

İDARELER ARASI UYUŞMAZLIKLARDA MECBURÎ TAHKİM

Selman ÖZDEMİR*

ÖZET

Kanun koyucu kimi uyuşmazlıkların çözümünü hızlandırmak maksadı ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları öngörebilmektedir. Fakat kimi durumlarda, alternatif çözüm yoluna başvurmak ilgililerin tercihine bırakılmamakta, aksine bu yola başvurmak zorunlu olabilmektedir. Çalışmada, idareler arasındaki kimi uyuşmazlıkların çözümünde, zorunlu olarak başvurulması gereken uyuşmazlık çözüm yolu olan mecburî tahkim kurumu, konuya ilişkin olaylar üzerinden incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Mecburî Tahkim, Hakem, Mahkeme.

ABSTRACT

Compulsory Arbitration at Disputes Between Administrations

Legislator may predict with the intention of alternative dispute resolution methods to accelerate the solution of disputes. But in some cases, alternative solution to this was to preference of stakeholders stick, on the contrary it may be necessary to go to great lengths. That study, in some disputes arising between the administrations, to referral to compulsory dispute settlement as compulsory arbitration institution which is the way, events on the subject are examined through.

Key Words: Arbitration, Compulsory Arbitration, Referee, Court.

* Sakarya 1. İdare Mahkemesi Hâkimi.

GİRİŞ

İdarî rejimin benimsendiği ülkemizde, idarelerin eylem ve işlemleri, kural olarak idare hukuku ilke ve kurallarına tabidir. Bu nedenle idarin, kamu hukuku alanına münhasır faaliyetlerinden (Candan, 2006: 505) sadır olan uyuşmazlıklar da kural olarak kamu hukuku kuralları çerçevesinde idarî yargı nezdinde çözümlenir.

İstisnaî olarak, kimi idarî tasarruflardan kaynaklı uyuşmazlıklar kanun koyucu tarafından medenî yargıya, kimi idarî tasarruflardan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü ise ceza yargısına tevdi edilmiş; kimi idarî uyuşmazlıkların ise, taraflarca yargı dışı mekanizmalar tarafından çözümlenebilmesinin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir¹.

Öte yandan, idare aygıtının faaliyetlerini tek yanlı ve re'sen icra kabiliyetine haiz irade açıklamaları ile yürütmesine karşın; zamanla, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini özel kişilere gördürmek ihtiyacının hâsıl olması, kezâ kamu hizmetinin yürütülebilmesi için mal veya hizmet alınması gerekliliğinin ortaya çıkması gibi durumlar, idarenin özel hukuk alanında da hukukî muamelelerde bulunmasını gerekli kılmıştır (Akyılmaz v.d., 2009: 410). Dolayısıyla kimi zaman idareler, kamu hukuku alanı dışına çıkarak özel hukuk alanına ilişkin eylem ve işlemler de yapabilmekte; özel hukuk alanında (da) hareket edebilmektedir. Bu çerçevede, idarenin özel hukuk ilişkisi, bir özel hukuk kişisi ile olabildiği gibi, idare ile bir başka idare arasında da olabilmektedir (Gözler, 2009: 22).

İdarenin bir özel kişi ile girdiği özel hukuk ilişkilerinin çözümü, özel hukukun genel hükümlerine tabidir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık genel mahkemeler nezdinde giderilebileceği gibi; (ihtiyarî) tahkim kurumu aracılığı ile de giderilebilmektedir².

Ancak, özel hukuka tabi olan uyuşmazlığın her iki yanı (da) idare ise, bu durumda, uyuşmazlık çıkarmak isteyen idarenin genel mahkemeye müracaat etmek veya tahkime müracaat etmek şeklindeki seçimlik yetkisi, kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır.

Böyle bir durumda, ilgili idare, evvelâ uyuşmazlığın hakem tarafından

1. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların, taraflarca tahkim nezdinde çözümlenmesinin kararlaştırılabilmesine Anayasa'mız cevaz vermektedir.

2. İhtiyarî tahkimin uyuşmazlık çözüm yolu olarak seçiminde özel hukuk kişileri geniş bir serbesti içerisinde dirler. Ancak idare, özel hukuk kişisi sıfatı ile hareket ettiği durumlarda dahi, diğer gerçek veya tüzel kişilerde olduğu gibi bir serbesti içerisinde değildir. Ancak bu hususun, başka bir yazıda incelenmesi plânlandığından, söz konusu hususun detaylarına değinilmemiştir.

çözümünecek bir uyuşmazlık olup olmadığını araştırmak; uyuşmazlığın tahkime tabi bir uyuşmazlık olması halinde ise, zorunlu olarak hakeme müracaat etmek durumundadır. Uygulamada bu usule “mecburî tahkim” adı verilmektedir.

Çalışmada, idareler arasındaki “özel hukuk uyuşmazlıkları”nı çözme yollarından birisi olan “mecburî tahkim” müessesesinin ne olduğu açıklanmaya çalışılacak; mecburî tahkim usulünün hangi amaçla ihdas edildiği, hangi kurumların mecburî tahkimin kapsamına girdiği incelenecek; mecburî tahkim usulünün, amacına hizmet eden bir uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı irdelenerek çalışma sonlandırılacaktır.

1. TAHKİM KURUMU

Uyuşmazlıkları çözme faaliyeti Devletin asli ve sürekli görevleri arasında yer almasına ve Anayasa gereği bağımsız mahkemelerce Devlet adına icra edilen bir faaliyet olmasına karşın, gerek Anayasa koyucu, gerekse kanun koyucu bu kurala bir takım istisnalar getirmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için uygulanan ve normal olan yol dava yoludur. Bununla birlikte Devlet yargısının kazan ya da kaybetçiliğine karşı, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle, uyuşmazlık çözüldüğünde her iki taraf da kazançlı çıkmaktadır (Sarısözen, 2011: 256). Yirminci yüzyılın son çeyreğinde yargı sisteminin karşılaştığı ciddi krizler, alternatif uyuşmazlık çözümü usulleri konusundaki çalışmaları artırmıştır. Artan dava sayısına bağlı olarak davaların çözülme süresindeki uzama ve yüksek yargılama giderleri, vatandaşların adalete ulaşma hakkını kullanmayı giderek zorlaştırmıştır. Durum böyle olunca, her iki tarafın da menfaatinin olması halinde, uyuşmazlığın müzakere edilerek daha kolay çözüldüğü gözlemlenmiştir. Böylelikle taraflar, yıllarca sürececek mücadeleciler bir dava sürecinde yıpranmak ve ne gibi bir sonuçla karşılaşacaklarını tahmin edemedikleri belirsiz bir ortama katlanmak yerine, uyuşmazlık çözüm süreci üzerindeki kontrolün kendilerinde olduğu usulleri tercih etmeye başlamışlardır. Böylece uyuşmazlıklar, mahkemelerin dışında; fakat, mer’î hukuk kurallarına uygun bir süreçte çözülmeye başlamıştır (Özbek, 2005: 91).

Söz konusu süreç ve sosyal talepler Devletin yargı yetkisine bir takım istisnalar getirmesine sebep olmuştur. Bu istisnaların başında, bir kısım uyuşmazlıkların taraflarca karşılıklı müzâkereler (dostane çözüm, uzlaşma yolu) ile çözülmesi (Sefer, 2011: 59); bir kısım uyuşmazlıkların ise, tahkim veya arabulucu yolu ile çözülmesi gelmektedir. Dolayısıyla tahkimin, Devletin yasa tasarrufu ile yargı yetkisine koyduğu istisnalardan birisi olduğu söylenebilir (Orak, 2006: 81).

Tahkim kelimesi, Arapça kökenli “hüküm” kelimesinden türemiştir; kelime anlamı olarak kuvvetlendirme, sağlamaştırma anlamlarına gelmektedir (Devellioğlu, 2007: 1019). Hukukî manâda ise, iki tarafın anlaşarak, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarını; uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip sonuca bağlanmasını ifade etmektedir (Onursal, 2010).

Tahkim kurumunun, hukuk tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir. Yararlılık itibariyle topluluk halinde yaşayabilen insanların aralarındaki ihtilâflarda kavga ettikleri bilinmektedir. Zamanla kavgaya yatkın bir yapıya sahip olan insanların aralarındaki ihtilâfları, diğer insanlar aracılığıyla (onların hakem olması sureti ile) çözüme ulaştırma düşüncesi gelişmiştir. Böylelikle insanlar aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, öncelikle sulh olma yolunu öngören tahkime kavuşmuşlardır. Bu suretle, ihkak-ı hak (hakkını kendi eliyle alma) düşüncesine karşılık, adaletin yetkili araçlar eliyle paylaşılması düşüncesi ve uygulaması gelişmiş, böylece insanoğlu özel yargı ve devlet yargısı ile tanışmıştır (Balcı, 1999: 39).

İhkak-ı hakkın zararlarını gören insanlık, henüz Devlet otoritesinin tanınmadığı zamanlarda başlamak üzere ilk yargı kuruluşu olarak Tahkim’i geliştirmiş, bilâhare Devlet otoritesinin tanınması ile de Devlet yargısı oluşmuştur. Ancak, ilk dönemlerde herhangi bir müeyyidesi bulunmayan tahkim usulünün, tamamen manevî kudrete dayanması, muhataplarının anlayışına göre zaman zaman ihkak-ı hakka dönüşmesi, bu kurumun bir müeyyide ve teminata bağlanmasını gerektirmiş ve Devlet teminatı ile tahkimin sonuçları kanunî güvenceye alınmıştır (Balcı, 1999: 40).

Tarihî seyirde, Kitab-ı Mukaddes’le ilgili kaynaklar, Hz. Süleyman’ın hakem olarak ihtilâfların çözümüne nezaret ettiğini kaydederler. Büyük İskender’in babası II. Philip’in, M.Ö. 337 yılında Güney Yunanistan Devletleri ile imzaladığı bir barış anlaşmasıyla ilgili toprak uyuşmazlıklarını çözmek için tahkimi kullandığı bilinmektedir (Batur, 2010: 124).

Eski zamanlarda geçerli bazı anlayış ve uygulamaların tahkimin şekillenmesinde etkili olduğu, bu bağlamda tahkimin temelini antik döneme dayandığı görülmektedir. Örneğin Aristo, hakemler eliyle gerçekleştirilen adaleti yüceltirken, sitenin katı ve çoğu zaman bağnaz kurallarına rağmen gerçek adaletin ancak bu yolla sağlanabileceğine inanmaktaydı (Yeşilova, 2008: 86). Aynı zamanda antik dönemde tahkim, bir bakıma, site kanunlarının yenilenmesine; güncellenmesine de yol açmaktaydı ve bu durum sitenin geri kalmış, zalim kanunlarına ve kurulu düzenine bir başkaldırımı simgelemekteydi. Özellikle antik çağda hâkim anlayış, egemenin kurallarına tabi olmaksızın da tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıklarını, yine kendilerinin tabi olmak

istedikleri normlara uygun bir biçimde çözüme kavuşturabilmeleri idi (Yeşilova, 2008: 86).

Roma Devleti döneminde, önceleri hak aramak, bizzat hakkını kaybeden kişinin işi olarak görülüyordu ve Devlet'in bu alana müdahale etmemesi durumu benimsenmişti. Devlet, yalnızca kamu yararının büyük ölçüde zarar gördüğü kabul edilen bazı suçların kovuşturulması görevini üzerine almıştı ve bu çeşit suçlara kamu suçu denilmekteydi. Özel yararların zedelendiği/çatıştığı durumlar ise, özel suç olarak adlandırılıyor ve kovuşturulmaları, zarar görene bırakılıyordu. Kişilerin kendi anlaşmazlıklarını (sözleşme özgürlüğü çerçevesinde) kendilerinin çözmesi beklenmekte idi. Kişiler arasındaki çekişmelere Devletin müdahalesi, daha sonraki zamanlarda gerçekleşmişti. Dolayısıyla tahkim usulü, ilk olarak ihtiyarî şekilde, tarafların iradesine bırakılmış; daha sonra ise, zorunlu tahkim kabul edilmişti (Türkoğlu Özdemir, 2005: 168. Batur, 2010: 124).

Orta Çağ'dan 18. yüzyılın sonlarına kadar süren zaman aralığında, sosyal ve siyasî açıdan feodal ilişkiler egemendir ve dönemin önemli sosyal aktörlerinden olan tacirler, siyasî yapıdaki bu boşluğu, hem maddî hukuk hem de usul hukuku açısından kendileri doldürmüşler; kendi hukuk düzenlerini kurmuşlardır. Tahkim, özellikle ticaret ve o çağın koşullarındaki sanayi odaları/birlikleri nezdinde, hayli sık biçimde yaşanmakta; kurulu yargı düzeniyle bağdaşmayacak ölçüdeki kuralları ile işlerlik kazanmakta ve özellikle ait olunan zümrenin sosyal/ticarî kuralları sayesinde, son derece etkin biçimde icra edilmekte idi. Bu dönemde özellikle İngiltere'de Kralın mahkemelerinin ticarî meselelerde yetersiz olduğu kabul edilmekte idi (Yeşilova, 2008: 87).

19. yüzyılın başından II. Dünya Savaşı'nın sonlarına kadar olan dönemde ortaya çıkan ulus Devletlerin kanunlaştırma hareketleri içerisinde, tahkim de yer almıştır. Ancak, Devlet düzeninden, onun yargı gücünü oluşturan mahkemelerden ve düzenin simgesi olan millî hukuktan âdeta bir kaçışı ve kopuşu simgeleyen tahkim, son derece katı ve sıkı kurallara bağlanmıştır. Feodalitenin son bulması; merkezî Devletlerin ve krallıkların ülke üzerindeki egemenliklerinin artması, geçmişin kimi sosyal/ekonomik gruplarının sahip olduğu imtiyazların da sonu anlamına gelmiş ve bu anlayış tahkimi çoğu kez, kurulu yargı düzeninin tasfiyesi olarak görmüştür. Bu nedenle tahkim kayıtlarına geçerlilik tanınmaması; hakemlerce verilen kararların, mahkemelerce bir kez daha esasa yönelik olarak denetlenebilmesi, bu döneme has bir özellik olarak ortaya çıkmıştır (Yeşilova, 2008: 88).

Tahkim, taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan muayyen hukukî ihtilâfların; Devlet yargısı dışında, taraflarca seçilen, uyuşmazlık konusu alanda uzman olan ve "hakem" adı verilen "özel" şahıs(lar)

marifetiyle nihaî olarak karara bağlanmasını ifade etmektedir (Çavuşoğlu, 2007: 76. Odyakmaz, 1998: 185). Bu açıdan tahkim, sözleşme özgürlüğüne dayanan, ihtiyarî bir uyuşmazlık çözüm yoludur (Atlıhan, 2010: 943). Temelinde sözleşme özgürlüğünün bulunması nedeniyle adliye mahkemelerinin görev alanına giren, özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanması gerektiği belirtilmektedir (Berk, 2005-2006: 74). Bu bakımdan amaçları ve mahiyeti itibariyle bu kurumun özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından faydalı olduğu düşünülmektedir (Yeğengil, 1974: 102).

Tahkimde taraflar hukukî ilişki kurulmadan önce veya sonra anlaşarak/ sözleşerek, ilişkiden kaynaklı bir uyuşmazlığın çıkması halinde, bu uyuşmazlığın çözümünü, kendilerinin belirledikleri özel kişilere bırakmakta, bu kişiler tarafından uyuşmazlık hakkında verilecek olan karara uymaya riayeti kararlaştırmaktadırlar. Bu bakımdan tahkim, tarafların iradeleri üzerine bina edilen bir uyuşmazlık çözme yöntemidir (Şanlı, 1999: 5). Bir bakıma tahkim, o uyuşmazlık ve o uyuşmazlığın tarafları bakımından “sanki” bir mahkeme işlevi görmektedir. Ancak, tahkimin (ve hakemlerin) uyuşmazlık çözme fonksiyonları sınırlıdır. Çünkü hakemler, kendilerine hangi konu tevdi edilmiş ise, sadece o konu bakımından görevlidirler (Telli, 1980: 113).

İhtiyarî tahkim kurumunun mevcudiyetinde esasında iki farklı sözleşme aracılığıyla ilişkiler cereyan etmektedir. Bu sözleşmelerden ilki tahkim sözleşmesi, ikincisi ise hakem sözleşmesidir. Tahkim sözleşmesi ile taraflar hakeme müracaat etmeyi kararlaştırırlar ve hakeme götürülen ihtilaf sonrasında, taraflar ile hakem veya hakemler arasında zımnî bir sözleşme meydana gelir. Meydana gelen bu sözleşmeye, hakem sözleşmesi adı verilir. Bu şekilde taraflar ile hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi doğar ve bu ilişki vekâlet akdine dayanır. Şu halde hakem sözleşmesini, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla, hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak ve yükümlülük gibi usule ve maddî hukuka ilişkin hukukî ilişkilerin, özel hukuk hükümleri ve usul hukuku hükümleri dikkate alınarak düzenlendiği bir sözleşme olarak tanımlamak mümkündür (Biçkin, 2006: 381). Esasında hakem sözleşmesi (de) iki aşamalı bir sözleşmedir; birinci aşamada, taraflar hakemin seçtiğine dair bir sözleşme akdederler, ikinci aşamada ise hakemin hakemliği kabul ettiğine dair taraflarla hakemin sözleşme akdetmesi söz konusudur (Biçkin, 2006: 381).

Tahkim kurumu, Devlet yargısı (mahkeme) dışında ve aynı zamanda Devlet yargısı yanında, alternatif bir uyuşmazlık çözme yoludur. Tahkimde uyuşmazlığı, Devlet tarafından yargı yetkisi ile sıfatlandırılmamış kişiler çözmektedir. Tahkimin Devlet yargısı dışında olması nedeniyle, ihtilâfin çözümünde kullanılacak usul, ihtilâfin esasına uygulanacak olan hukuk, ihtilâfi çö-

zecek olan kişi, ihtilâfî çözecek olan kişinin yetkileri, hakemin ücreti³ (Kuru v.d., 2007: 853), muhakemenin dili gibi hususları taraflar belirlemektedir. Dolayısıyla tahkimde, Devlet yargısında bulunmayan bir serbesti vardır (Aslan ve Arat 2005: 3). Ayrıca, mahkemelerdeki yargılamaların aleniliği karşısında, tahkimde, mahkemelerin aksine bir kapalılık/gizlilik bulunmaktadır (Aybay, 1999: 55).

Bu noktada, genel özellikleri açıklanmaya çalışılan tahkim kurumunun kamu (idare) hukuku alanında uygulanabilirliğine dair hususlara (kısaca) değindikten sonra, asıl çalışma konusu olan mecburî tahkim müessesesinin incelenmesine geçilecektir.

Tahkimin temelinde bir konsensus ve esneklik bulunmaktadır. Bu konsensus ve esneklik ise, özel hukuk alanına münhasırdır. Kamu hukuku alanında iradeyi izhar bakımından, özel hukuk alanındaki irade serbestisi bulunamamaktadır. Kamu hukukunda görev ve yetkilerin önceden mevzuat tarafından belirlenmiş olması, diğer bir ifadeyle kamu makamlarının yetkilerinin verilmiş yetki olması nedeniyle, yetkilerin kullanımında özel hukuktaki kadar esneklik yoktur.

Bu nedenle kamu makamları, önceden belirlenmiş olan kurallara uygun ve ancak kamu menfaati amacına özgülenmiş işlemler tesis etmek zorundadırlar (Erkut, 1990: 10. Özkan, 1935: 71). Özel hukuk kişilerinin ise, bu şekilde bir zorunlulukları bulunmadığı gibi; iradeleri, görevleri ve yetkileri önceden belirlenmemiştir.

İdare hukukunun konusu, kamu ihtiyaçlarının tatmini ve kamu menfaatinin temini maksadı ile, kamu kudretinden ve kamu hukukundan doğan üstün yetki ve imtiyazların kullanılması sureti ile görülen hizmetleri kapsamaktadır. İdare, kamu kudretinden ve kamu hukukundan doğan üstün yetki ve imtiyazlarını kullanırken, özel hukuktan ayrı bir usul uygulamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetleri, kamu menfaati ve kamu hizmetlerine ilişkin usul, birbirinden farklı kavramlar değildir. Aksine bu kavramlar birbirini tamamlayan ve bir bütünü teşkil eden cüz'ülerdir (Onar, 1966: 99). Bu durumun doğal sonucu olarak, idarenin özel hukuk kişileri gibi “subjektif hakları” yoktur; idarenin, sınırları önceden belirlenmiş olan objektif görevleri ve bu görevlerin icrasını temin için idareye verilmiş yetkileri bulunmaktadır.

Diğer yandan; idare hukukunda umumî menfaat (kamu yararı), özel menfaate “tercih edilerek”, eylem ve işlem icra edilmektedir. Bunun sonucunda,

3. Kural olarak tahkimde görev alan hakemin ücretini taraflar tayin eder. Taraflar bir ücret tayin etmemiş veya ücret hususunda anlaşılammış ise, durumun niteliğine göre hakem, ücretinin belirlenmesi ve ödenmesine ilişkin olarak genel mahkemelerde edâ davası açılabilir.

özel hukukta hem serbest iradeye dayanan, hem de rızaî işlemler esas iken; idare hukukunda işlemler muhatabın rızasının olup olmadığına bakılmaksızın re'sen uygulanır (Onar, 1966: 101).

Dolayısıyla idare muhatabı ile (özel hukuk kişileri gibi) eşit konumda değil; aksine muhatabından üstün bir konumdadır⁴ (Aslan ve Arat, 2005: 7). Bu durum Anayasa koyucu tarafından da göz önünde bulundurularak; idarenin işleyişi, iş ve işlemleri, malları, idarenin tasarruflarının yargısal denetimi v.d. hususlar, özel hukuktan ayrı bir rejime tabi tutulmuştur (Onar, 1966: 101). Bu bakımdan, tahkim müessesesi, hukukî ilişkinin taraflarının irade ve rızalarından doğan, sübjektif ve eşit konumlara dayanan uyumsuzluklara tatbik edilebilir (Onar, 1966: 1931). Bu sebeple tahkim, özel hukuk alanına münhasır bir uyumsuzluk çözüm usulü olarak kabul edilmektedir⁵ ve idarî Yargıda tahkimin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir (Sosyal, 1999: 63).

Yukarıda izah edildiği üzere, tahkim bir özel hukuk müessesesidir ve sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ilişkilerden ve konulardan kaynaklanan uyumsuzlukların tahkim aracılığı ile çözümlenmesi düşünülebilir (Küçükgüngör, 2001: 142). Zira, özel hukuk alanında dahi, her durumda tahkim müessesesine başvurulamamaktadır (Gürdoğan, 1977: 207). Özel hukuk alanında boşanma, yaş düzeltme, evliliğin feshi, soy bağı, iflas ve çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer tahkim yoluna başvuramazlar. Nitekim bu konular kamu düzenini ilgilendiren ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden değildir (Ercan, 2011: 445).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda hakem, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak uzlaştırma yoluna gider. İdarî uyumsuzlukların müsebbibi olan durumlar ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konulardan kaynaklanmamaktadır. Bu ilişkilerin temelinde kamunun menfaati esas alınarak bir hizmetin gördürülmesi hususu yer alır. Kamu hizmetine konu olan hususlar ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan müteşekkil değildir. Dolayısıyla tahkimde tarafların çıkarları ön plânda tutulacağından, tarafların çıkarlarının ötesinde kamu menfaatinin (kamu çıkarlarının) gözetilmesinin pek düşünülemeyeceği belirtilmektedir (Günday, 2004: 315).

4. İdare ile olan ilişkilerde her ne kadar bir eşitsizlik ve idare lehine bir dengesizlik/ağırlık görülse de, bu durum aynı zamanda idarenin kısıtlanmasını da beraberinde getirmektedir.

5. Ancak, Türk hukukunda, kamu tüzel kişilerinin taraf oldukları uyumsuzlukların çözümünde, tahkim yoluna gitmelerini yasaklayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. ... Ayrıca, adli-idarî yargı ayrımının anayasal dayanağı olduğu kabul edilen sistemlerde de, bir idarî uyumsuzluğun çözümünün özel bir yasal düzenleme ile adli yargının görev alanına sokulmasının anayasaya aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmektedir (TAN, 1999;11v.d.).

Ancak, özellikle imtiyaz sözleşmeleri aracılığı ile yabancı yatırımcıların kamu idareleri ile akdettikleri sözleşmelerin ticarî niteliklerinin ağır bastığı, mukayeseli hukukta bu tür uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümlendiği, bu tür uyuşmazlıkların mahkemeler dışında çözümlenmesinin yatırımcı kuruluşlar bakımından bir güvence arz ettiği, uluslararası yatırımlarda ticarî mahiyeti ağır basan sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların hukuk mahkemelelerinde dahi çözümlenmezken idare mahkemelerinde çözümlenmesinin uygun olmayacağı, Türk müteşebbislerin yatırımlarının yoğun olduğu (Kırgızistan, Azerbaycan gibi) ülkelerde dahi, Türk müteşebbislerin tahkim şartlı olarak sözleşme akdettikleri, bu hususun eşyanın tabiatından ileri geldiği ve günümüz iktisadî ve ticarî hayatının idarî sözleşmeler bakımından tahkimi zorunlu kıldığı belirtilmiş (Sayman, 1999: 21); tahkim yolunun kamu hukuku alanında adil yargılanma bakımından da gerekli olduğu belirtilmiştir. Tahkimde belirlenen yöntem ile bir hafta, on gün duruşma yapılabilirdiği ve icra edilen duruşmada bilirkişilerin getirilebildiği, sorguya çekilebildiği, uzmanlık alanlarının ölçülebildiği, tarafların kendi delillerini kendi toplayabildiği; çapraz sorgulamanın yapılabilirdiği, firmaların mühendisler, teknisyenler, mimarlar, muhasebeciler, avukatlar, çevreciler ile birlikte sav ve savunmada bulunabildikleri; Devlet mahkemelerinde ise bu şekilde bir yargılanmanın vuku bulmadığı, bu bakımdan tahkimin zorunlu ve gerekli olduğu, bu uygulamaların uyuşmazlığın özel hukuk kişisi bakımından futbol maçını tarafsız sahada oynuyor gibi bir his uyandırdığı ve yatırımcı kuruluşlar bakımından bu hissın önemli olduğu ifade edilmiştir (Sayman, 1999: 22).

Bu doğrultuda, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından idarenin denetimi ve gözetimi altında yerine getirilmesi, kimi hizmetlerin ise özellikle teknik boyutunun ağırlıklı olması nedeniyle yurt dışı kaynaklı firmalarca yerine getirilmesi, özel kişilerin yatırım yapması veya hizmete katılması noktasında kamu makamlarından bir takım güvence taleplerinde bulunmaya başlamalarına sebep olmuştur. Teorik olarak bağımsız kabul edilseler dahi millî mahkemelerin Devlet'e bağlı oldukları, millî mahkemelerin Devlet'in sosyal, siyasî ve iktisadî politikalarının etkisinde oldukları, dolayısıyla millî mahkemelerin kendilerini bağlı oldukları Devlet'in tezlerinin etkisi altında hissedecekleri, bu hususun ise onların tarafsızlığını etkileyeceği, ayrıca tahkimde uzmanlaşmış kişilerin sektörde bulunan ticarî örf ve adetleri bilip uygulayacakları, az masraflı, hızlı ve gizli olması ve ticarî sırların saklı tutulması şeklindeki görüşler aracılığı ile, uluslararası ticaret camiasının ihtiyaç ve talepleri de dikkate alınarak Anayasa'da değişiklik yapılmış ve kamu hukuku alanında da tahkim müessesesinin uygulanabileceği kabul edilmiştir (Özay, 2004: 394).

Nitekim Anayasa'nın 125. maddesinde, ...kamu hizmetleri ile ilgili imti-

yaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği... hüküm altına alınmış ve idarî sözleşmeler bakımından tahkimin kabul edilebileceği belirtilmiştir⁶. Ancak, Anayasa'nın öngördüğü tarafların sözleşmeye tahkime ilişkin kural koyabileceklerine ve tahkimin uygulanmasına dair istisna, her türlü idarî sözleşmeyi kapsamamaktadır; dolayısıyla her idarî sözleşmede değil, sadece "kamu hizmetleri ile ilgili olan" "imtiyaz şartlaşmalarında ve sözleşmelerinde" tahkim yoluna müracaat edilebilecektir (Gözler, 2009: 244).

Hülâsa tahkim kurumu, (kural olarak) üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen konularda, taraf iradeleri ile görev yapan, özelleştirilmiş bir uyuşmazlık çözme kurumudur ve uygulamada bu tür tahkime, ihtiyarî tahkim adı verilmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi gereği kural olarak ihtiyarî tahkime özel hukuk uyuşmazlıklarında müracaat edilebilmektedir. İstisnaî olarak ise, "kamu hizmetleri ile ilgili olan" "imtiyaz şartlaşmalarında ve sözleşmelerinde" de ihtiyarî tahkime müracaat edilebilmektedir.

2. MECBURÎ TAHKİM

Tahkim kurumu kendi içerisinde ihtiyarî tahkim, mecburî tahkim; kurumsal tahkim, arızî tahkim; alelâde tahkim, ticarî tahkim; millî tahkim, milletlerarası tahkim; iki taraflı tahkim, çok taraflı tahkim (Aslan v.d., 2005: 3) ve kurumsal tahkim⁷, *ad-hoc* tahkim gibi çeşitli ayrımlara tabi tutulabilmektedir (Demir, 2010).

Biz bu sınıflandırmalardan, ihtiyarî tahkim ve mecburî tahkim ayrımı çerçevesinde konuyu incelemeye çalışacağız: İhtiyarî tahkimde uyuşmazlığın tarafları dilerse mahkemeye müracaat ederler, dilerse tahkim yoluna giderek hakeme müracaat ederler (Özkurt, 2011).

Buna karşılık bazı hallerde tahkime müracaat taraf iradelerine bırakılmamış, mevzuat ile zorunlu kılınmış olabilir. Bu durumda tarafların ihtilâfin

6. Özbek, idare hukuku alanında tahkimin her zaman uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir usul olarak görülmesi ve kesin ve açık olarak tanımlanmış alanlarda idarî yargıya yardımcı bir usul olarak kullanılması gerektiğini belirtmektedir (Özbek, 2005;114). Gözler ise, Anayasa'daki söz konusu hüküm ile Türk yargı organlarının (adli ve idarî) yargı yetkisinin (milletlerarası) tahkim karşısında daraldığını belirtmektedir (Gözler, 2009;18).

7. Tahkimin belirli kurallar çerçevesinde sadece belirli bir uyuşmazlık için kurulmayıp, önceden belirlenmiş kurullarla çalışan ve tahkim sürecinin Sekreteryası bulunan kurumlar tarafından takip edildiği, profesyonel kurumlar tarafından çözümlenmesi tahkimde kurumsallaşmanın önemini gündeme getirmiş; Türkiye'de ticaretin merkezi olan İstanbul'da bir tahkim merkezi oluşturulması gerekliliği vurgulanmış; ticaret merkezi olan İstanbul'da bir tahkim merkezi oluşması fikri 02/10/2009 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planında yer almıştır (Of, 2012;129).

çözümü için genel mahkemelerde dava açmak hakları bulunmamaktadır (Azizov, 2004: 12). Uyuşmazlığın çözümü kanun tarafından hakeme tevdi edilmiş ise, taraflar ne dava açabilirler, ne de ihtiyarî tahkime müracaat edebilirler; uyuşmazlığın, kanunun öngördüğü hakem/hakemler tarafından çözümlenmesi zorunludur (Taşdelen, 2004: 279. Mutlay, 2006: 8). Diğer bir deyişle zorunlu tahkimin öngörüldüğü alanlarda tarafların ihtiyarî tahkime müracaat yetkileri olmadığı gibi, bu alanlarda mahkemelerin genel yargı yetkisi de ortadan kaldırılmıştır (Ağar, 2006: 309).

Mecburî tahkim usulü, tarafların iradesine bakılmaksızın kanun koyucu tarafından (herhalde kamu yararına olduğu düşüncesi ile) öngörülmektedir (Berk, 2005-2006: 74). “Mecburî tahkim” adlandırmasından anlaşılacağı üzere, tahkimin birinci ayırt edici özelliği olan “iradilik” unsuru, mecburî tahkimde mevcut değildir. Hattâ mecburî tahkimde, tahkime başvurulmasının altında yatan nedenlerin de geçerli olmadığı söylenebilir. Zira tahkim yolu ile bir uyuşmazlığın taraflarına söz konusu uyuşmazlığın yargıçlarını seçme ve bu uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kuralları belirleme yetkisi tanınmaktadır. Bu anlamda, tahkim yolunun uyuşmazlığın çözümünde esneklik sağlayan ve irade özerkliğini ön plana çıkaran bir yönü vardır. Mecburî tahkimde ise, bu esneklikten söz etmeye olanak bulunmadığı gibi, irade özerkliğinin herhangi bir biçimde devreye girdiğini savunmak da mümkün değildir (Öztürk, 2011: 620). Ancak, gerek kanun koyucunun uyuşmazlık çözümüne dair işi tahkim olarak adlandırması, gerekse genel olarak mahkemelerce uygulanan yargılama usullerinden farklı ve davalara nazaran kısa süren bir çözüm usulünün uygulanıyor olması, kurumun tahkim olarak adlandırılmasına sebep olmaktadır.

İç hukukumuzda mecburî tahkim ile ilgili olan birden fazla düzenleme vardır: Bu düzenlemelere Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında KHK; Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu; Çeltik Ekimi Kanunu⁸, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve Umumî Mühlhak ve Hususî Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususî İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun örnek gösterilebilir.

8. Anılan Kanun’un 14. maddesinde, “...İki taraf uyuşamazlarsa çeltik komisyonuna müracaat ederler ve komisyon yapacağı araştırma üzerine bir uzlaşma şekli bulur ve alakalılara bildirir. Komisyon kararına razı olmayanlar mahkemeye müracaat edebilirler ve mahkeme sonuna kadar komisyonun kararı üzerine gidilir” hükmüne yer verilmiş olduğundan, adı geçen Kanun’da tahkime müracaat zorunlu kılınmakla birlikte, tahkim kararından memnun olmayanların mahkemeye müracaat hakları saklı tutulmuştur.

3. İHTİYARÎ TAHKİM İLE 3533 SAYILI KANUN'DA YER ALAN MECBURÎ TAHKİMİN FARKLARI

Tahkim, sözleşme özgürlüğüne dayanan, ihtiyarî bir uyuşmazlık çözüm yoludur (Atlıhan, 2010: 943). Mecburî tahkim ise, zorunlu bir uyuşmazlık çözüm usulüdür. 3533 sayılı Kanun kapsamında kalan idareler arasındaki bir uyuşmazlıkta, bu idareler ne mahkemeye müracaat edebilirler, ne de ihtiyarî tahkime müracaat edebilirler. Bu idareler, uyuşmazlığın çözümü için, hakeme müracaat etmek zorundadırlar.

İhtiyarî tahkimin uygulanabilmesi için, bu hususta taraflarca anlaşılması gerekmektedir. Mecburî tahkimde ise, tarafların anlaşmalarının olup olmadığının bir önemi yoktur. Taraflar mecburen hakeme başvurmak zorundadır.

İhtiyarî tahkimde görev yapan *ad hoc* (amaca özel-niyete mahsus) hakem, görev ve yetkisini, uyuşmazlığın taraflarınca önceden hazırlanmış olan sözleşmeden almaktadır. 3533 sayılı Kanun uyarınca görev yapan hakem ise, görev ve yetkisini Kanun'dan almaktadır.

İhtiyarî tahkimde hakemi taraflar belirler. Hakem, tarafların “özel” hâkimidir. Devlet yargıcı gibi yüzlerce işi bulunmadığından kendisine verilen meseleyi daha kısa bir zamanda tetkik edebilir. Ayrıca taraflar, istedikleri bir tahkim usulünü hakeme kabul ettirebilirler. 3533 sayılı Kanun'da düzenlenen mecburî tahkimde ise, hakem Kanun tarafından önceden belirlenmiştir. Ayrıca uygulanacak usul de, kısmen veya tamamen, kanun tarafından belirlenmektedir.

İhtiyarî tahkimde hakemin ücretini taraflar belirlemekte, ücreti taraflar ödemektedir. 3533 sayılı Kanun uyarınca görev alan hakem ise, hakemlik görevine karşılık olarak herhangi bir ücret almamaktadır.

Kural olarak, ihtiyarî tahkimde kişi ve konu sınırlamasının olup olmaya-çağı belirleme yetkisi taraflara bırakılmış iken; 3533 sayılı Kanun'da düzenlenen mecburî tahkimin kapsamı kanun koyucu tarafından kişi ve konu bakımından sınırlandırılmıştır.

3533 sayılı Kanun'da hakemlerin reddedilip reddedilemeyeceklerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁹. Oysa gerek 6100 sayılı Kanun'da, gerek (mülga) 1086 sayılı Kanun'da, gerekse 4686 sayılı Kanun'da hakemlerin reddedilebilmelerine imkân tanınmıştır¹⁰ (Ansay, 1960: 412).

9. Anayasa Mahkemesi, 3533 sayılı Kanun uyarınca görev yapan hakemin reddedilememesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin E: 1968/57, K: 1969/29 Sayılı Kararı (22.3.1971 gün ve 13786 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır).

10. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa, Adalet Bakanlığı Yay. Ankara, 2011, s.504 v.d.

Hakem kararlarına başvuru yolları bakımından ise, ihtiyarî tahkimde (mülga) 1086 sayılı Kanun'da temyiz ve yargılamanın yenilenmesi yolları, 6100 sayılı Kanun'da ise hakem kararlarına karşı iptal davası açılması ve iptal kararlarına karşı (da) temyiz yoluna başvurulabilmesi kabul edilmiştir. 3533 sayılı Kanun'da düzenlenen mecburî tahkimde ise, hakem kararına karşı kanun yolu başvurusu öngörülmemiş, yeniden kararı veren hakeme itiraz etme imkânı getirilmiştir.

6100 sayılı Kanun kapsamında, tahkimin esas hakkındaki karar süresi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça 1 yıl olarak belirlenmiştir (Sarısözen, 2011: 379). Mecburî tahkimde ise, esas hakkında herhangi bir karar verme süresi öngörülmemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sulhe verdiği özel önem sebebiyle ihtiyarî tahkimde de sulh ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilecektir (Sarısözen, 2011: 379). Ancak mecburî tahkimde sulh müessesesi düzenlenmediği gibi, tarafların sulh olması halinde ne şekilde bir uygulama yapılacağı da mevzuatta öngörülmemiştir.

Öte yandan, 3533 sayılı Kanun'da hakemin yetkilerinin neler olduğu "hakem, hukuk hâkiminin haiz olduğu bütün yetkilere haizdir" şeklinde belirtilerek, mecburî tahkimdeki hakemin 6100 sayılı Kanun'da yer yetkileri kullanabileceği kabul edilmiştir. Ancak hakemin sorumluluğunun olup olmadığı ise belirtilmemiştir. İhtiyarî tahkim kapsamında görev alan hakemlerin sorumlulukları ise 6100 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. 6100 sayılı Kanun'un 419. maddesinde "Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakemin, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu" kuralına yer verilmiştir.

İhtiyarî tahkimde, 6100 sayılı Kanun'da sınırlı olarak sayılan hallerde mahkemelerin tahkime yardımı veya müdahalesi yetkisi verilmesine karşın, zorunlu tahkimde (çoğunlukla) böyle bir müdahale uygulaması bulunmamaktadır.

4. 3533 SAYILI KANUN

3533 sayılı Kanun, pozitif hukukumuzdaki idareyi ilgilendiren tahkime ilişkin kanunlardan birisidir. Bu Kanun, 29.06.1938 tarihinde kabul edilmiş; 16.07.1938 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak, 01.09.1938 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, 30.12.1981, 03.07.2003 ve 31.07.2008 tarihli kanunlar ile ek ve değişiklikler yapılmıştır.

4. 1. Kanun'un Amacı

Kanun yapım tekniği çerçevesinde, bir kanunun başlangıç/giriş kısmında, “Amaç” veya “Amaç ve Kapsam” başlıklı bir maddenin bulunması ve genel sözcükler kullanarak, hedefi saptırıcı ayrıntılara girmeksizin, kanunun amacının ne olduğunun izah edilmesi gerekmektedir (Bayram, 2008: 120).

3533 sayılı Kanun sistematığında ise, madde başlıklarına yer verilmediği görülmektedir. Ancak, Kanun'un 1. maddesinde, “Umumî, mülhak ve hususî bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle, sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususî idarelere aid olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilâflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunanların bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilecekleri” hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeden, 3533 sayılı Kanun'un amacının, maddede yazılı olan uyuşmazlıkların tahkim usulü ile çözümü olduğu söylenebilir.

Fakat, 3533 sayılı Kanun'a neden ihtiyaç duyulduğu, kanun koyucunun böyle bir tahkim usulünü neden öngördüğü ve bu tahkim usulünden neyi amaçladığı hususları kanun metninden tam olarak anlaşılamamaktadır.

Neden mecburî tahkim usulünün ihdas edildiğini, bu usul ile neyin amaçlandığını anlayabilmek için; Kanun'un gerekçesine ve konuya ilişkin meclis tutanaklarına bakmak gerekmektedir.

3533 sayılı Kanun Layihası ve Dâhiliye, Adliye, Malîye ve Bütçe encümenleri mazbatalarının esbabı mucibe kısmında özetle¹¹; “Umumî, mülhak veya hususî bütçelerle idare edilen daireler arasında tahaddüs eden ‘hususî hukuk’ ihtilâflarının özel bir mahiyet arz ettiği...”, “...esas olarak kamu hizmeti ve kamu görevi icra eden bu resmî dairelerin aynı maksat etrafında çalıştıkları...”, “...bu dairelerin her birisinde hukuk müşavirliği teşkilâtının bulunduğu, münâzaalı hususların katğı bir safhaya intikâlinden evvel esaslı tetkiklere tabi tutulduğu...”, “...uyuşmazlığın taraflarının hukukî statüsü de dikkate alındığında, esaslı tetkik safhalarından geçmiş olan ihtilâfların daha seri bir usulle halledilmesinin kabulü gerektiği...” belirtilmiştir.

Bu açıklamaları müteakiben, “Genel bütçeye dâhil idareler arasında çıkacak olan uyuşmazlıkların İcra Vekilleri Heyeti'nce hallolacağı, Bakanlar Kurulu'nun bu yetkisini, süreli olmak kaydıyla, bir bakana devredebileceği” belirtilmiştir.

Kanun tasarısının genel gerekçesinde ise, “Katma bütçeli idareler arasında veya katma bütçeli bir idare ile genel bütçeye dâhil bir idare arasında tahad-

11. T. C. Başvekâlet Kararlar Müdürlüğünün 6/2298 Sayılı Üst Yazısı (1938 tarihli).

düs eden ihtilâfların, Başvekâlet müsteşarı tarafından; mahallî idarelere veya sermayesinin tamamı Devlete, belediyeye veya özel idareye ait teşekküller arasında çıkacak ihtilâfların ise, mahallîn yüksek dereceli hukuk hâkim veya reisi tarafından çözüleceği” belirtilmiştir.

Söz konusu uyuşmazlıkların tahkim yolu ile halli konusunda, 3533 sayılı Kanun hakkındaki Dâhiliye Encümeni Mazbatasında ise, kamu kurumları arasında çıkan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulması, tahkimin faydaları ve kanunun gerekliliği özetle şu şekilde açıklanmaktadır¹²: “Umumî, mülhak veya hususî bütçelerle idare edilen daireler arasında veya bunlardan birisi ile belediyeler arasında çıkan “hususî hukuk” ihtilâflarının, eşhas hukuku ihtilâflarından ayrı bir mahiyet arz ettiklerinden, kudretli hukuk müşavirlerine haiz olan bu idarelerin, iddia ettikleri haklarını hakem yolu ile daha seri bir şekilde elde etmelerinin, hem bu idarelerin beyhude zaman kaybetmemelerine, hem de mahkemelerin iş yüklerinin azaltılmasına vesile olacağı...” şeklinde izah edilmiştir.

Gerek kanunun genel gerekçesinden, gerekse konuya ilişkin olan İçişleri Komisyonu görüşünden anlaşıldığı üzere, mecburî tahkime ihtiyaç durulmasının sebeplerinin;

a) Umumî, mülhak veya hususî bütçelerle idare edilen daireler arasındaki “özel hukuk” uyuşmazlıklarının, diğer kişilere ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarına göre özel bir mahiyet arz etmesi,

b) Kamu hizmeti ve kamu görevi icra eden bu resmî dairelerin aynı maksat etrafında çalışmaları¹³,

c) Bu dairelerin her birisinde hukuk müşavirliği teşkilâtının bulunması, çekişmeli hususların kesin bir safhaya intikalinden evvel, hukuk müşavirlikleri aracılığı ile konuların esaslı incelemelere tabi tutulması¹⁴ şeklinde açıklanmıştır. Açıklanan sebepler çerçevesinde, 3533 sayılı Kanun’un amacı,

1. İhtilafların, daha seri bir usulle halledilmesi,
2. Böylelikle bu idarelerin boşa zaman kaybetmelerinin önlenmesi ve

12. Dâhiliye Encümeninin 10.07.1938 gün E: 1/1085, K: 42 Sayılı Mazbatası.

13. Metinde yer alan “Aynı maksat etrafında çalışma” tuncesi ile; söz konusu idarelerin görev alanları bakımından kamu hizmeti sunmak ve kamu düzenini temin etmek amacı ile çalıştıkları hususu vurgulanmaktadır.

14. 1938 tarihli Kanun gerekçesinde, idarelerin “kudretli” hukuk müşavirlerinin bulunduğu belirtilmekle birlikte; günümüzde dâhi, özellikle mahallî idarelerin önemli bir kısmında hukuk müşavirliği teşkilâtının bulunmadığı gibi, hukukçu istihdamının da söz konusu olmadığı, yargı önüne intikal eden uyuşmazlıklarda bile hukukî yardımdan faydalanılmadığı bir vakıdır.

3. Mahkemelerin iş yüklerinin azaltılmasıdır.

4. 2. Kanun'un Kapsamı

4. 2. 1. Kanun'un Kişi Bakımından Kapsamı

3533 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, 3533 sayılı Kanun uyarınca mecburî tahkime tabi olan idareler sayma yolu ile sınırlanmıştır. Buna göre;

- Umumî (genel) bütçeli idareler,
- Mülhak (katma) bütçeli idareler¹⁵,
- Hususî (özel) bütçeli idareler¹⁶,
- Belediyeler,
- Sermayesinin tamamı Devlete ait olan daire ve müesseseler,
- Sermayesinin tamamı belediyeye ait daire ve müesseseler ve
- Sermayesinin tamamı il özel idarelerine ait olan daire ve müesseseler

3533 sayılı Kanun kapsamında yer alan idarelerdir.

Bu noktada, kanun metninde yer alan “sermayesinin tamamı Devlete ait olan daire ve müessese” kavramından ne anlaşılmasının gerektiği; diğer bir deyişle, KİT'lerin ve kamu bankaları olarak adlandırılan bankaların, kişi bakımından 3533 sayılı Kanun kapsamında yer alıp almadıklarının özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

4.2.1.1. Kamu İktisadî Teşebbüsleri Bakımından Konunun İncelenmesi

KİT kavramının anlam ve kapsamı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte; bu kavram, genel olarak, kamu kaynakları kullanmak suretiyle iktisadî alanda faaliyet gösteren “Devlet Kuruluşları”nı ifade etmektedir¹⁷.

233 sayılı KHK'da KİT'ler, “iktisadî Devlet teşekkülleri” ve “kamu iktisadî kuruluşları” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur¹⁸. İDT, “teşekkül” sermayesinin tamamı Devlet'e ait, “iktisadî alanda” “ticarî esaslara göre” fa-

15. 22.12.2005 tarih ve 5436 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin son fıkrasında, “İlgili mevzuatında gerekli düzenleme yapılmıyaya kadar, mevzuatta katma bütçeli idarelere yapılan atıfların, katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanun'la özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleri bakımından, ilgisine göre bu idarelere yapılmış sayılacağı; bu fıkranın uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve gerektiğinde düzenleme yapmaya Maliye Bakanı'nın yetkili olduğu” hüküm altına alınmıştır.

16. 1050 sayılı (mülga) Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 115. maddesinde, “mahallî sarfiyat ve varidatı ihtiva eden bütçelere “hususî bütçe” deneceği” hükmüne yer verilmiştir. Danıştay'a göre, köy bütçelerinin 1050 sayılı Kanun kapsamında hususî bütçe addedilmesi hukuken mümkün değildir; Danıştay 1. Dairesinin, 11.11.1948 tarih ve E: 1943/33, K: 1948/30 sayılı kararı.

17. “Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Tanımı, Kuruluş Nedenleri, Tarihiçesi, Hukukî Yapısı ve Denetim Şekli”; http://www.ydk.gov.tr/kit99/Birinci_Bolum.htm,(10.12.09)

18. İdare, Kurum, Kuruluş, Merkezî Yönetim v.b. terimlerin anlam ve mahiyetleri hakkında bkz. Gözler, 2011, 838 v.d.

aliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadî teşebbüslerini ifade etmektedir.

KİK ise, “kuruluş” sermayesinin tamamı Devlet’e ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan, kamu hizmeti niteliği ağır basan, gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadî teşebbüslerini ifade etmektedir¹⁹.

Kuruluş ve faaliyet amaçları göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu kurumların mecburî tahkime tabi olup olmadıkları hususu incelenirken, bu kurumlardan sermayesinin tamamı Devlet’e ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan, kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadî kuruluşlarının mecburî tahkime tabi olmaları gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak Yargıtay’ın İDT ve KİT ayrımı yapılmaksızın bütün KİK’lerin 3533 sayılı Kanun kapsamına girmediği yönünde kararları bulunmaktadır²⁰.

Sermayesinin tamamı Devlet’e ait olmakla birlikte, iktisadî alanda ticarî esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadî teşebbüsleri ise, “kamu kurumu” değildir. Bu nedenle İDT’ler, mecburî tahkim usulüne tabi değildir.

Nitekim, Giresun İl Özel İdaresi ile TEDAŞ arasında vuku bulan “kira tespiti”ne ilişkin uyuşmazlığın 3533 sayılı Kanun kapsamında çözülüp çözülemeyeceği hususu, dolayısıyla tarafların (kişilerin) 3533 sayılı Kanun kapsamında kalan idarelerden olup olmadıkları hususu, Yargıtay tarafından şu şekilde incelenmiştir: Yargıtay’a göre, İl Özel İdaresi’nin 3533 sayılı Kanun kapsamında kaldığı tartışmasızdır.

“TEDAŞ ise, bir iktisadî Devlet teşekkülüdür. KİT’ler, ticarî işletme kurup işlettikleri için, tacirdirler. Sermayelerinin Devlet’e ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesesi vasfı kazandırmaz; (bunlar) özel hukuk tüzel kişilerdirler, haklarında özel hukuk hükümleri uygulanır. TEDAŞ, 3533 sayılı Kanun kapsamında kalan bir idare olmadığından, olayda 3533 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. ...Kanunun sınırlayıcı yöntemle belirlediği kapsamın, yorum yoluyla genişletilmesi ...bir kurumun, salt ser-

19. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile 233 sayılı KHK ekleri yeniden belirlenmiş; TCDD, DHMİ, TEKEL, Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü, Türk Telekom KİK statüsünde bırakılmış; daha önce KİK statüsünde olan THY, ÇAYKUR ve TİGEM’e ise, İDT statüsü verilmiş; daha sonra ise Türk Telekom özelleştirilmiş, TCDD özelleştirme programına alınmıştır. (Bilahare TEKEL özelleştirme kapsamına alınmış ve bağlı ortaklıklarının bir kısmı özel sektöre devredilmiş ve kurumun özelleştirme süreci devam etmektedir. Türk Telekom ise özelleştirilerek, kamu kurumu niteliği sona erdirilmiştir.)

20. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 19.09.2009 tarih ve E: 2008/4047, K: 2008/10828 sayılı kararında ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 15.02.2010 tarih ve E: 2010/347, K: 2010/1351 sayılı kararında, TCDD’nin 3533 sayılı Kanun kapsamında kalmadığı hüküm altına alınmıştır.

mayesinin Devlet'e ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi gibi unsurlar göz önünde tutularak Kanun kapsamına dâhil edilmesine çalışılması, en başta yorum ilkelerine ters düşer²¹.

Yargıtay'ın bu kararından da anlaşıldığı üzere, sermayesinin tamamı Devlet'e ait olsa dahi, iktisadî Devlet teşekkülleri²² 3533 sayılı Kanun kapsamında değildir.

4.2.1.2. Kamu Bankaları Bakımından Konunun İncelenmesi

Kamu bankaları denildiğinde akla gelen bankalar; Emlâk Bankası, Halk Bankası, Vakıflar Bankası, Ziraat Bankası ve Merkez Bankası olmakla birlikte; anılan bankaların kamusal niteliklerinin ayrı ayrı incelenmesi ve 3533 sayılı Kanun kapsamında kalıp kalmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

6219 sayılı Kanun'un, 5018 sayılı Kanun'un, 233 Sayılı KHK'nin ve 399 sayılı KHK'nin ilgili hükümleri ile Vakıfbank'ın hisse oranlarının çoğunluğunun mazbut ve mühlak vakıflara ait olduğu hususu bir arada değerlendirildiğinde; Vakıfbank'ın mevcut yapısı içerisinde bir "kamu payının bulunmadığı"; 5018 sayılı Kanun ile 233 sayılı KHK kapsamına girmediği; bu nedenle bir KİT olmadığı; çalışanlarının 399 sayılı KHK'ye tabi olmadıkları ve nihayetinde Vakıflar Bankası'nın bir kamu kurumu olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A. Ş. ve Türkiye Emlâk Bankası A. Ş. ise, 22.11.2000 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan 4603 sayılı Kanun'la 3,5 yıl içinde yeniden yapılandırılıp özelleştirilmek üzere KİT statüsünden çıkarılmışlardır. Bu sebeple adı geçen bankaların da kamu kurumu niteliğinde olmadıkları anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, söz konusu bankaların hukukî durumları dikkate alındığında, anılan bankalara ilişkin uyuşmazlıklarda mecburî tahkim usulünün uygulanması hukuken mümkün değildir.

1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 1. maddesinde ise, Merkez Bankası'nın bir anonim şirket ve bu Kanun'da sarahat bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabi olduğu hüküm altına alınmış olup; Merkez Bankası ile Ziraat Bankası arasında çıkan ve hakem sıfatı ile karara bağlanan uyuşmazlığı temyizen inceleyen Yargıtay, Merkez Bankası'nın 3533 sayılı Kanun'a tabi olup olmadığı hususunu şu şekilde izah etmiştir²³;

"...1211 sayılı Kanun'un 5. ve devam eden maddelerinde, davalı Merkez Bankası A.Ş.'nin sermayesinin tamamının Devlet'e ait olmadığı belirtildiğinden, Merkez Bankası'nın 3533 sayılı Kanun'un 1. maddesinde ifade edilen kurumlardan sayılmayacağı. ...davacı Ziraat Bankası'nın, 4603 sayılı Kanun ile Anonim Şirket'e dönüştürüldüğü ve sermayesinin tamamının Devlet'e ait

21. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, E: 2005/3-560, K: 2005/587 sayılı kararı.

22. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, E: 1993/4416, K: 1994/1461 sayılı kararı.

23. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi; E: 2005/10808, K: 2005/12391 sayılı kararı.

olması ve de bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesinin, bu Şirket'e kamu hukuku tüzel kişiliği niteliği kazandırmayacağı; bu nedenle davacı Ziraat Bankası A.Ş. ile davalı Merkez Bankası A.Ş.'nin taraf olduğu davalara hakem sıfatı ile değil, genel hükümler uyarınca bakılması gerektiği..."

hüküm altına alınmıştır.

Bu bakımdan, bir idarenin 3533 sayılı Kanun kapsamında yer alabilmesi için iki şart bulunmaktadır. Bu şartlardan ilki, ilgili idarenin sermayesinin tamamının Devlet'e ait olması şartıdır. Şartlardan ikincisi ise, bu idarenin aynı zamanda kamu hukuku tüzel kişisi olması şartıdır. Belirtilen şartlara haiz olan idareler arasındaki uyuşmazlıkların, mecburî tahkim yolu ile çözülmesi gerekmektedir²⁴ (Acar v.d., 2009: 160).

Öte yandan, 3533 sayılı Kanun kapsamına gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri dâhil değildir²⁵. Özel hukuk kişilerinin mecburî tahkimden faydalanmaları mümkün olmadığından, bu kişilerin genel hükümlere göre uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaları gerekmektedir²⁶.

4. 2. 2. Kanun'un Konu Bakımından Kapsamı

4. 2. 2. 1. Kural

3533 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un konu bakımından kapsamı, adliye mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar²⁷ ile sınırlandırılmıştır.

24. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi; E: 2003/12672, K: 2004/1967 sayılı kararı.

25. Kocaeliler Belediye Başkanlığı'nın davacı, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü ile Andaç İnşaat Şirketi'nin davalı olarak gösterildiği (genel hükümlere göre açılan) davada yerel mahkeme kararını temyizen inceleyen Yargıtay; "3533 Sayılı Kanun'a tabi iki kamu kuruluşu arasındaki dava genel mahkemede açılmış ve bu Kanun'a tabi olmayan bir kişinin de kamu kuruluşu ile birlikte davalı gösterilmiş olması halinde, gerçek kişi hakkındaki davanın mecburî tahkime tabi tutulmasının yasal olarak mümkün olmadığı ve ...3533 sayılı Kanun'da özel kişinin tahkimden yararlanacağına ilişkin bir hükmün bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin; E: 2004/3230, K: 2004/2894 sayılı kararı.

26. Konuya ilişkin diğer bir olayda; Orman Genel Müdürlüğü ile Türkler Belediyesi arasında, trafik kazası sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta; gerçek kişiler ile adı geçen idareler (birlikte) Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açmıştır. Mahkeme, 3533 sayılı Kanun gereğince itilâfın tahkim yolu ile halli gerektiğinden, Belediye aleyhine açılan davanın görülmekte olan davadan ayrılarak 3533 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmek üzere hakem esasına kaydının yapılarak, idareler bakımından yargılamaya hakem sıfatı ile devam edilmesine karar vermiş, karar Yargıtay tarafından onanmıştır; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin E: 2005/1156, K: 2005/835 sayılı kararı.

27. Hazine ile Orman Genel Müdürlüğü arasında, orman sınırı niteliğinin kaybı ve taşınmazın orman alanından çıkarılmasına ilişkin olan ve Kadastro Mahkemesi nezdinde açılan davada; yerel mahkemece verilen kararı temyizen inceleyen Yargıtay; "6831 sayılı Orman Kanunu'nda, orman sınırlamasına karşı açılacak itiraz davalarında Kadastro Mahkemelerinin görevlendirilmelerine karşın; bu görevlendirmenin gerçek kişilerle ilgili olan davalar bakımından geçerli olduğu, uyuşmazlıktaki tarafların ise, 3533 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında kalan idareler olduğu ve hakem sıfatı ile bakılması gereken uyuşmazlığın Kadastro Mahkemesi'ne aktarılamayacağı" gerekçesi ile kararı bozmuştur. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi; E: 1990/3274, K: 1990/3736.

Dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları kişi bakımından 3533 sayılı Kanun kapsamına girseler dahi, uyuşmazlık özel hukuk konusuna ilişkin bir uyuşmazlık değilse, mecburî tahkime başvurulamayacaktır. Bu nedenle, 3533 sayılı Kanun kapsamında kalan idareler arasında kamu hukukundan kaynaklı olan uyuşmazlıkların hakem kararı ile çözümlenmesi mümkün değildir.

Konuya ilişkin bir olayda, uyuşmazlığın özel hukuk alanına mı, yoksa kamu hukuku alanına mı ilişkin olduğu; bu kapsamda uyuşmazlığın hakem tarafından çözümlenip çözülemeyeceği Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından şu şekilde incelenmiştir: Olayda, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca doldurma ve kurutma suretiyle kazanılan araziler üzerinde yapılacak olan ticarî amaçlı tesisler, dolgu yapan belediyelerce işletilmek istenilmektedir. Talepler üzerine, Maliye Bakanlığı Millî Emlâk Genel Müdürlüğü'nce bir protokol hazırlanmış ve protokol ile konu hakkındaki esaslar düzenlenmiştir. Bilahare protokol Bakanlık Makamı'nca, 10.8.1996 gün ve 380 sayı ile onaylanmıştır.

Bakanlık onayı sonrasında, İstanbul Defterdarlığı ile İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı arasında, 31.03.1997 tarihinde, ticarî amaçlı tesislerin işletilmesi ile ilgili protokol imzalanmıştır.

Bilahare İstanbul Defterdarlığı'nın 27.05.1998 tarihini taşıyan yazısı ile "Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın kendisine düşen görevleri yerine getirmemesinden dolayı hayata geçirilmeyen protokol nedeniyle, herhangi bir işlem yapılamayan dolgu alanlarının idare altına alınabilmesi için protokolün feshinin uygun olacağı" Maliye Bakanlığı'na bildirilmiş; anılan yazı dikkate alınarak protokol, 06.04.1999 tarih ve 349 sayılı olur ile tek taraflı feshedilmiştir.

Fesih, İstanbul Defterdarlığı'nın 13.05.1999 gün ve 19524 sayılı yazısı ile İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na bildirilmiş; fesih sonrasında Belediye Başkanlığı vekilince, dolgu alanlarına ilişkin protokolün tek taraflı feshine ilişkin Bakanlık onayı ile buna bağlı Defterdarlık işleminin iptali isteğiyle, 14.07.1999 tarihinde İstanbul 3. İdare Mahkemesi nezdinde (İstanbul Valiliği ile Maliye Bakanlığı aleyhine) dava ikâme edilmiştir.

Davalılardan Maliye Bakanlığı, birinci savunma dilekçesinde, feshedilen protokolle, uygulamadan doğan uyuşmazlıkların 3533 sayılı Kanun'a göre çözümleneceği öngörüldüğünden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde hake-min görevli olduğu, uyuşmazlığın idarî yargının görev alanına girmediği ileri sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

İstanbul 3. İdare Mahkemesi; Maliye Bakanlığı'nın görev itirazını reddederek görevlilik kararı vermiştir.

Maliye Bakanlığı, İdare Mahkemesi'nce verilen görevlilik kararının kaldırılması istemiyle, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'na sunulmak üzere dilekçe verilmiş; İdare Mahkemesi, dosyanın uyuşmazlık çıkarma isteminde bulunmaya yetkili olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine karar vermiş; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı “uyuşmazlığın tahkim yoluyla görüm ve çözümü gerektiği ve İdare Mahkemesi'nin görevlilik kararının kaldırılması gerektiği” savıyla, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmıştır. Konuyu esastan inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi ise, uyuşmazlığın çözümünün 3533 sayılı Kanun kapsamında olmadığına, idarî yargının görevinde olduğuna karar vermiştir²⁸.

4. 2. 2. 1. Kuralın İstisnası

Kanun koyucu, 3533 sayılı Kanun'un 4. maddesinde 1981 yılında yaptığı değişiklik ile adliye mahkemelerinin görev alanına girmekle birlikte; taşınmazın aynına yönelik olan uyuşmazlıkları hakemin görev alanından çıkarmıştır. Böylelikle, adliye mahkemelerinin görev alanına girmekle birlikte, taşınmazın aynına yönelik olan uyuşmazlıklar, genel mahkemelerde çözümlenecektir.

Bu durumda, uyuşmazlığın tarafları 3533 sayılı Kanun'da sayılan idarelerden olsa dahi, kamulaştırma davalarının bedel tespitine ilişkin uyuşmazlıkları²⁹ gibi taşınmazın aynına yönelik olan uyuşmazlıklar³⁰ hakem tarafından değil, genel mahkemeler tarafından genel usullere göre çözümlenecektir.

4. 2. 2. 3. İstisnanın Müstesnası

3533 sayılı Kanun'un 1'inci, 2'inci ve 4'üncü maddeleri birlikte ele alındığında; 3533 sayılı Kanun kapsamına giren uyuşmazlık konularının taraf idareler bakımından farklılık arz ettiği görülmektedir.

Hâkim unvanlı hakem, adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunan uyuşmazlıkları, hakem sıfatı ile çözecektir. Ancak, taşınmazın aynına yönelik olanlar bu kuraldan müstesnadır.

Kanun'un 2. maddesinde ise, genel bütçeye dâhil idareler arasında çıkan ihtilâflar bakımından, Kanun'un 4. maddesinde sayıldığı gibi, taşınmazın aynına yönelik olanlara ilişkin bir kısıtlama getirilmemiştir.

Bu nedenle bakan unvanlı hakem, (taşınmazın aynına ilişkin olanlar dâhil) adliye mahkemelerinin vazifesi dâhilinde bulunan uyuşmazlıkları hakem sıfatı ile çözme yetkisine haizdir.

28. Uyuşmazlık Mahkemesinin 10.11.2000 tarih ve E: 2000/24, K: 2000/41 Sayılı Kararı.

29. Yargıtay 18.Hukuk Dairesi'nin E: 2003/9960, K: 2004/806 Sayılı Kararı.

30. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin E: 2004/1392, K: 2004/3976 Sayılı Kararı.

5. MECBURÎ TAHKİM SONUNDA VERİLEN HAKEM KARARLARININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

5. 1. Genel Olarak

Yargı yetkisi, bir Devletin egemenliğinin tezahürlerindedir. Dolayısıyla kural, bir uyuşmazlığın, Devlet mahkemeleri aracılığıyla çözüme kavuşturulmasıdır. Nitekim Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 36. maddesinde ise, herkesin, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa gereği, her ne suretle olursa olsun, hiçbir kişi veya kurumun yargı mercileri önünde davacı veya davalı olması engellenemez³¹. Şayet bir kanun, bir kişi veya kurumun yargı mercileri önünde hakkını savunmasını engellemekte ise, bu kanunun Anayasa'ya aykırı olacağı tartışmasızdır³².

Anayasa'nın 141. maddesi gereği, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif metodların yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir³³.

O halde bir uyuşmazlığın Devlet mahkemelerine müracaat edilmeksizin çözüme kavuşturulmasına yönelik olan tahkim, Devletin yargı yetkisinin ye-

31. Hak arama özgürlüğüne Anayasa ile bir takım istisnalar getirildiği görülmektedir: 17.03.2011 tarih ve 6214 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun ile spor tahkim kurulu kararlarına karşı; Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlara ve emirlere karşı; Anayasa'nın yargı bölümünde yer almasına karşın yargı yetkisinin kullanımına dair iş ve işlem yapmayan, birer idarî nitelikli kurumlar olan HSYK'nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı, YSK kararlarına karşı ve Sayıştay'ın mahallî idarelerin hesap ve işlemleri hakkındaki kararları haricindeki (merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumları hakkındaki) kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı kabul edilerek; anılan işlemler bakımından, hak arama özgürlüğüne (yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkına) kısıtlama getirilmiştir.

32. Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında, "Tahkim Kurulu ...kararlar(ı) aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" hükmü yer almakta idi. Anayasa Mahkemesi, anılan hükmün, "...tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamamasının, tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarını engellediği; ...Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olduğu" gerekçesiyle, "...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" tuncesinin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2011 tarih ve E: 2010/61, K: 2011/7 Sayılı Kararı. (Anayasa Mahkemesi'nin Kanun'da yer alan hükmü iptali sonrasında, benzer bir hüküm 17.03.2011 tarih ve 6214 sayılı Kanun ile Anayasa'ya konulmuştur.)

33. Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.2008 tarih ve E: 2006/78, K: 2008/84 Sayılı Kararı.

rine geçen bir uyuşmazlık çözme türüdür. Bu anlamda tahkim, Devletin genel yargı yetkisi yanında istisnaî bir nitelik taşımaktadır (Küçükgüngör, 2001: 141).

3533 sayılı Kanun'da öngörülen tahkim usulü de istisnaî niteliktedir. Bu tahkim usulünde hakem tarafından verilen kararların niteliği (de) önemlidir. Anılan tahkimde, hakem tarafından verilen karar bir yargı kararı mıdır, yoksa yargı kararına benzer usullerle alınmış bir idarî karar mıdır? Bu hususun açıklığa kavuşturulması halinde; 3533 sayılı Kanun uyarınca görev yapan hakem tarafından verilen kararın hukukî niteliği daha iyi anlaşılabilir.

5. 2. Hakemin Niteliği (Hakem Bir Mahkeme Midir?)

Hukuk kuralının ihlâli iddiası ortaya atıldıktan sonra, iddia edilen bir ihlâlin gerçekten olup olmadığı ve ihlâl varsa bu ihlâlin kimin tarafından ne şekilde gerçekleştirildiği; yapıldığı iddia olunan ihlâl dolayısıyla, ihlâli gerçekleştirenlere uygulanması gerekli müeyyidenin ne olacağı sorunlarının çözümü amacıyla, muhakeme faaliyeti adı verilen yargılama işi yürütülmektedir. Dolayısıyla muhakeme faaliyeti, ihlâlin hangi şekilde ve kimleri muhatap aldığı (maddî sorun) ve hangi hukuk kurallarının ne şekilde ihlâl edildiği (hukukî sorun) olmak üzere iki temel sorunu çözmeyi amaçlamaktadır (Feyzioğlu, 1996: 3).

Teknik anlamda dava ise, hakkının ihlâl olduğu veya tehlikeye düşürüldüğünü veya kendisinden haksız bir talepte bulunduğu iddia eden kişinin "mahkemededen" hukukî koruma istemesi olarak ifade edilmektedir (Şen, 1998: 283). Bir diğer deyişle dava, bir mahkemededen verilecek hükümle hukukî himayenin temini dileğidir (Ansay, 1960: 200).

Muhakemeye ilişkin açıklamalar ile davaya ilişkin açıklamalar bir arada ele alındığında, tahkim yolunun amacı ile dava yolunun amacının, tahkime başvuran kişi ile davacı bakımından benzeştiği, tahkim yolu ile (dava yolunda olduğu gibi) hakkın ihlâli veya tehlikeye düşürüldüğü iddiasına yer verildiği, bu iddia dolayısıyla hukukî koruma talep edildiği ve bu talep çerçevesinde, maddî gerçeğin bulunup, ihlâlin olup olmadığının tespiti ve en nihayetinde hukukî korumanın sağlanması şeklinde bir karar verilmesi aşamalarının bulunduğu görülmektedir.

Bu bakımdan hakem, Devlet yargısı dışında bir makam iken; Devlet adına yargı yetkisini kullanan ve aynı zamanda mahkeme hüviyetine haiz olan, bağımsızlığı ve tarafsızlığı anayasal teminat altına alınan bir makam değildir.

3533 sayılı Kanun'da hakemin niteliği hakkında herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bir mercinin, teknik anlamda mahkeme olarak kabul edilebil-

mesi için, o merciin “Devletçe objektif hukuk kurallarına göre kaza tevzi görev ve yetkisi ile vazifelendirilmiş” olması gerekmektedir (Başlar, 2005: 7). “Bunlar vazifelerini, kullanan kaza hakkının nev’i ve mahiyetine göre bir veya birden ziyade yargıçlardan mürekkep heyetler halinde yaparlar” (Başlar, 2005: 7). “Mahkemeler adlî, idarî ve askerî olmak üzere üçe ayrılırlar” (Başlar, 2005: 7).

Bu tanıma göre bir merciin mahkeme olarak kabulü için³⁴;

- Merciin Devlet tarafından görevlendirilmesi,
- Kararların objektif (yazılı) hukuk kurallarına göre verilmesi,
- Adlî, idarî veya askerî yargının içinde yer alması,
- Yargıçlardan müteşekkil olması³⁵
- Nitelik, teşkilât ve kuruluş olarak “Anayasal” teminata sahip olması gerekmektedir (Başlar, 2005: 7).

3533 sayılı Kanun’da yer alan hakemlerin durumları ele alındığında şu şekilde bir sonuçla karşılaşmaktadır: 3533 sayılı Kanun’a göre, genel bütçeye dâhil idareler arasında çıkan özel hukuk uyuşmazlıkları “bakan” unvanlı bir hakem³⁶ aracılığı ile çözüme kavuşturulacaktır.

3533 sayılı Kanun Layihası ve Dâhiliye, Adlîye, Malîye ve Bütçe encümenleri mazbatalarının esbabı mucibe kısmında ise, uyuşmazlıkların İcra Vekilleri Heyeti’nce hallolacağı ve Bakanlar Kurulu’nun bu yetkisini süreli olmak kaydıyla bir bakana devredebileceği öngörülmüştür³⁷.

Esasında öngörülen bu usul, genel bütçeye dâhil idarelerin birbirine karşı dava açamayacaklarının ve idarenin bütünlüğü ilkesinin tipik bir sonucudur. Nitekim müstakar hale gelen Danıştay kararlarına göre de, Devlet tüzel kişiliğini temsil eden bakanlıklar birbirlerine karşı idarî dava açamazlar³⁸. Bu tür uyuşmazlıkların Bakanlar Kurulu tarafından çözümlenmesi gereklidir. Danıştay’ın, kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda içtihatlarla getirmiş olduğu kuralı, kanun koyucu özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda (usulü de belirtmek sureti ile) kanun ile getirmiştir.

Bakan unvanlı hakemin konumu ile mahkeme kavramının unsurları

34. AİHM tarafından öngörülen mahkeme kavramının, yukarıda belirtilen mahkeme kavramından daha geniş olduğunun belirtilmesinde fayda mülahaza edilmektedir.

35. Burada kastedilen yargıç, Anayasanın öngördüğü teminatlara haiz olan (teknik anlamda yargıçlık sıfatına haiz) yargıçtır.

36. Kuru, bakanın hakemliğine ilişkin hükmün hemen hiç uygulanmadığını aktarmaktadır (Kuru, 2001;5881).

37. T. C. Başvekâlet Kararlar Müdürlüğünün 6/2298 Sayılı Üst Yazısı.

38. Danıştay İDDGK’nun E: 1995/930, K: 1997/703 sayılı kararı.

dikkate alındığında, bakan unvanlı hakemin kanunla Devlet tarafından görevlendirilen bir mercii olduğu görülmektedir. Ancak Kanun'da uyuşmazlığın çözümünde, yazılı objektif kuralları uygulayıp uygulamayacağı hususu vurgulanmamıştır. Dolayısıyla bakan unvanlı hakem uyuşmazlığı, maslahata göre çözülebileceği gibi, yazılı objektif kurallara göre de çözülebilir.

Öte yandan, bakan unvanlı hakem ne adlî yargı teşkilâtının, ne idarî yargı teşkilâtının, ne de askerî yargı teşkilâtının bir unsurudur. Kezâ bakan unvanlı hakem, Anayasa'nın öngördüğü yargıç teminatına da haiz değildir. Fakat uyuşmazlığın çözümü esnasında bakan unvanlı hakem, hâkimin haiz olduğu bütün yetkileri kullanabilir ve lüzum gördüğü takdirde tarafları da dinleyerek bir karar verir.

Bakan unvanlı hakemin vermiş olduğu kararlar hem maddî açıdan, hem de organik açıdan idarî nitelikte kararlardır. Başka bir ifadeyle bakan unvanlı hakemin yargı yetkisini değil, yürütme ve idare yetkisini kullandığını söylemek yanlış olmayacaktır (Ayanoğlu, 2007: 57). Ancak, 3533 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince, verilecek kararlar kesin ve tescile tabi değildir, "kararlar aleyhine" hiç bir makam ve "mahkemeye" müracaat edilemez.

İhtilâf sonucu verilen bir kararın kesin olmasının amacı, sosyal hayatta uyuşmazlığı çözmekle görevli makama olan inanç, hukukî istikrar, güven ve kararlılık duygusunun yerleşmesi, nihayetinde toplumun dirlik ve düzeninin temin edilmesi, hukukî ilişkinin tarafları arasındaki ihtilâfi gideren makamın kararlarına mutlak ve nihaî bir nitelik tanımakla mümkün olabilir. Bu zorunluluk ihtilâfin çözümü hakkında verilen kararın bir noktadan sonra kesinlik arz etmesi gerektiği ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. İhtilaf çözümü sonucunda verilen kararın, bir aşamadan sonra kesin olarak addedilmesinin amacı, birbirine aykırı kararlar verilmesinin önüne geçmek, çözüme kavuşan bir uyuşmazlığa ilânihair son vermektir. Bu açıdan bir ihtilâf çözümü hakkında verilen kararın bir aşamadan sonra kesin olarak addedilmesi hem bir ihtiyaçtır, hem de bu kurum doğrudan kamu düzeni ile ilgilidir (Telli, 1980: 102).

İnceleme konumuz olan mecburî tahkim sonunda verilen kararların da, yukarıda açıklanan ihtiyaçlara binaen kesin olması öngörülmüştür. Ancak anılan kesinlik, yargısal kesinlik değildir. Dolayısıyla karar verildikten sonra, ne ilgili bakan tarafından, ne de Bakanlar Kurulu tarafından değiştirilemez, kaldırılmaz veya geri alınamaz nitelikte bir karara dönüşmektedir. Fakat kanun koyucu, karara karşı mahkemeye müracaat yolunu kapatmıştır.

Bir kararın yargısal anlamda kesin hüküm içerebilmesi için kararın, evvelâ "mahkeme sıfatı"na haiz bir makam tarafından verilmesi; kanunda belirtilen usuller uyarınca itiraz veya temyiz sürelerinin geçirilmiş olması veya

itiraz veya temyize başvurma sürelerinin geçirilmesi sonucunda kararın değişmez bir nitelik alması gerekmektedir (Çağlayan, 1999: 123).

3533 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerine göre verilen karar ise, mahkeme sıfatına haiz bir makam tarafından verilmiş değil, aksine bir idarî merci olan bakan tarafından verilmiş karardır. Bu nedenle, anılan kararın yargısal nitelikte olduğunu söylemek güçtür. Ancak kanun koyucu kararın verilmesi ile kesinleşmesini öngörmüş; kesinleşmeye ilâveten, karar aleyhine “mahkemeye” müracaat edilmesini yasaklamıştır. (Mahkemeye müracaatın yasaklanması ile esasında zımnî olarak hakemin mahkeme hüviyetine haiz olmadığı da kabul edilmiştir.)

Hâkim unvanlı hakem³⁹ kararları bakımından konu ele alındığında ise şu şekilde bir durumla karşılaşılmaktadır: Kanun koyucu genel bütçeli idarelerin kendi arasında çıkan uyuşmazlıklardaki hakemlik görevini bir bakana vermiştir. Genel bütçeye tabi olmayan idareler ile genel bütçeli idareler arasındaki ve kanun kapsamındaki diğer idarelerin kendi arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin hakemlik görev ve yetkisi ise, kanun koyucu tarafından hukuk hâkimlerine tevdi edilmiştir.

Maddî ve hukukî açıdan bakan unvanlı hakem ile hâkim unvanlı hakemin hakemlik görevi birbirine eş değer niteliktedir. Dolayısıyla, genel bütçeye tabi olmayan idareler ile genel bütçeli idareler arasındaki ve diğer idarelerin kendi arasındaki uyuşmazlıklarda hakemlik görevini hâkim unvanlı birinin yapıyor olması, verilen kararların hukukî niteliğini değiştirmemektedir.

Her ne kadar hâkim unvanlı birisi tarafından verilmiş olsa da, hâkim unvanlı kişi, söz konusu uyuşmazlıklarda hâkim sıfatı ile (Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan kişi olarak) değil, hakem sıfatı ile görev almaktadır. Öte yandan; kanun taslağında, Bakanlar Kurulu ile başbakanlık müsteşarına verilmiş olan bu görev, genel kurul görüşmelerinde Bakanlar Kurulu ve başbakanlık müsteşarından alınarak, bakan unvanlı ve hâkim unvanlı hakemlere tevdi edilmiştir. Bu bakımdan, hâkimin hakem sıfatı ile vermiş olduğu kararlar da, aynen bakanın hakem sıfatı ile vermiş olduğu kararlarda olduğu gibi; teknik anlamda yargısal bir karar değildir.

Hukuk hâkiminin anılan ihtilâflarda hakem olarak tayin edilmelerinin sebebinin, hukuk hâkimlerinin “özel hukuk” uyuşmazlıklarının çözümü hu-

39. Hakem olarak görev yapacak hukuk hâkiminin hangi mahkemede görev yaptığı önemli değildir. Hakem sulh ve asliye hukuk mahkemesi hâkimi olabileceği gibi, iş mahkemesi, aile mahkemesi, ticaret mahkemesi, tüketici mahkemesi hâkimi de olabilir. Önemli olan, hakemin en kıdemli hukuk mahkemesi hâkimi olmasıdır. Uygulamada ise, en kıdemli hukuk mahkemesi hâkiminin olayı çözmesi yerine, en kıdemli asliye hukuk mahkemesi hâkiminin olayı çözmesi usulü benimsenmiştir.

susunda uzman olmalarından kaynaklanmaktadır. (Kanaatimizce) Bu hâl hariçinde, hâkimlerin hakem tayin edilmelerinin özel bir sebebi bulunmamaktadır. Aksi halde, genel bütçeli idareler bakımından bakana tevdi edilen hakemlik görevi, diğer idareler bakımından hukuk hâkimi yerine mülkî amire veya başka bir kişiye/kurula tevdi edilebilirdi.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca, bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, ilgili hükmün iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edebilmektedir. Uygulamada bu usule itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurma usulü denilmektedir.

İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunabilmek için, başvuruda bulunan makamın "mahkeme sıfatına" haiz olması gerekmektedir. Konuya ilişkin olarak 3533 sayılı kanun hükümlerine göre hakem sıfat ve yetkisini haiz İstanbul Yüksek Dereceli Hukuk Hâkimliği tarafından ve Ömerli Yüksek Dereceli Hukuk Hâkimliği tarafından yapılan müracaatlar, bu müracaatı yapan makamın hâkim unvanının bulunmasının, uyuşmazlığın mahkeme önünde görüldüğü anlamına gelmeyeceği ve mecburî tahkim merciinin mahkeme sıfatına haiz olmadığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁴⁰.

3533 sayılı Kanun uyarınca görev yapan hâkim unvanlı hakem, Yargıtay tarafından da mahkeme olarak kabul edilmemektedir. Nitekim, Gümüşbucağı Belediye Başkanlığı ile Hazine arasında çıkan mülkiyete ve tescile ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay, "...Hakemin mahkeme sayılmayacağı, bu sebeple hakemin sadece mülkiyetin kime ait olduğuna dair uyuşmazlığı çözümlenebileceği, tescil kararının ise mahkeme tarafından verilmesi gerektiği"ne hükmetmiştir⁴¹.

6. KANUN'DA YER ALAN USUL KURALLARI

3533 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, ihtilâfların bu Kanun'da yazılı tahkim usulüne göre halledileceği hüküm altına alınmıştır. 3533 sayılı Kanun'da yer alan ihtilâf çözümüne ilişkin usuller, doğrudan 3533 sayılı Kanun'da yer alan usuller ve dolaylı olarak 3533 sayılı Kanun'da yer alan usuller olarak iki kısımda incelenebilir.

40. Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.1963 tarih ve E: 1964/46, K: 1963/43 Sayılı Kararı. Anayasa Mahkemesi'nin 04.02.1988 tarih ve E: 1988/2, K: 1988/4 Sayılı Kararı.

41. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 15.09.1986 tarih ve 1986/7751, K: 1986/8006 Sayılı Kararı.

6. 1. Görev

Hukuk dilinde görev, bir uyuşmazlığı “konu” bakımından çözümleyecek olan makamı gösteren kuralları içermektedir (Karavelioğlu, 2006: 719. Yıldırım, 1996: 87). Bu bakımdan 3533 sayılı Kanun incelendiğinde dört türlü görev kuralının yer aldığı görülmektedir.

İlk kurala göre, 3533 sayılı Kanun’un 1. ve 4. maddelerinde sayılan idareler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıkları, hakemin görevine girmektedir.

İkinci kurala göre, Kanun’un 1. maddesinde yer alan uyuşmazlıklar bakan unvanlı hakemin görevine girmekte iken; Kanun’un 4. maddesinde yer alan uyuşmazlıklar hâkim unvanlı hakemin görevine girmektedir.

Üçüncü kurala göre, özel hukuk uyuşmazlığı olmasına karşın, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar hakemin değil, genel mahkemelerin görevine girmektedir.

Dördüncü kurala göre, özel kanunda bir mahkeme uyuşmazlığın çözümünde görevli kılınmış ise, uyuşmazlık, hakemin görevine girmez. Örneğin, Kadastro Kanun’un 26/2. maddesinde, Kadastro Mahkemelerinde görülen davalarda, 3533 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır⁴². Bu nedenle 3533 sayılı Kanun kapsamında kalan idareler arasında olsa dahi, orman sınırlamasına itiraza (orman kadastro suna) ilişkin uyuşmazlıkların Kadastro Mahkemelerince çözümlenmesi gerekmektedir⁴³ (Kuru, 2001: 5878).

6. 2. Yetki

Yetki, bir uyuşmazlığı “coğrafi” yer bakımından, hangi yer merciinin çözümleyeceğini gösteren kuralları içermektedir (Candan, 2006: 496). 3533 sayılı Kanun’un 1. maddesine giren idareler bakımından görevli olan bakan unvanlı hakem, 1. maddede sayılan uyuşmazlıklarda genel yetkili hakemdir.

3533 sayılı Kanun’un 4. maddesinde yer alan uyuşmazlıklarda yetkili hakem ise, uyuşmazlıklar;

- a) İdareler aynı yerde ise, o yerdeki hakem,
- b) Taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda, taşınmazın bulunduğu yerdeki hakem,

42. Kadastro Kanunu’nda 22.02.2005 tarihinde yapılan değişiklikten evvel, 3533 sayılı Kanun kapsamında kalan idareler arasındaki orman sınırlamasına itiraz uyuşmazlıkları hakemler tarafından çözümlenmekte idi (Kuru, 1977;521).

43. Kezâ kamulaştırmaya ilişkin uyuşmazlıklar (da) benzer niteliktedir.

- c) Taraflar değişik yerlerde bulunuyorlarsa, davalı durumunda olan daire veya müessesenin bulunduğu yerdeki hakem,
- d) Davalılar birden çok ise, bunlardan birinin bulunduğu yerdeki hakemin yetkisindedir.

6. 3. Başvuru

3533 sayılı Kanun kapsamına giren işlerin hakem tarafından incelenebilmesi için, taraflardan birinin “yazılı” müracaatı gereklidir.

Dolayısıyla mecburî tahkimde kural yazılılıktır. Ancak Kanun’da hake- min lüzum görmesi halinde tarafları da dinleyebileceği belirtildiğinden, sözlülük usulünün de mecburî tahkimde kabul edildiği; buna istinaden mecburî tahkimde, “karma usul”ün kabul edildiği sonucuna varılmaktadır (Ücran, 2002: 3).

6. 4. Hakemin Yetkileri

Hakem, Kanun’un 5. maddesi gereğince, “tetkikatın ve tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin etmekle” yetkilidir. Dolayısıyla hakem, ne şekilde bir usul uygulanacağını serbestçe belirleyebilir. Bu belirlemede mevcut kurallardan faydalanabileceği gibi, kendiliğinden de kurallar koyabilir. Keza tahkime ilişkin süreleri belirleme konusunda da hakem tam bir serbesti içerisinde.

Hakem lüzum gördüğü takdirde tarafları da dinleyebilir. Fakat taraflar gelmezse, 6100 sayılı Kanun’un 150/1’inci maddesinde yer alan “Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilir” hükmü, mecburî tahkimde uygulanamaz. Dolayısıyla tarafları dinlemek maksadı ile çağırılmış olmasına karşın, tarafların davete icabet etmemeleri halinde hakem, dosyanın işlemden kaldırılmasına karar veremez; taraflar gelmese dahi, uyuşmazlığı sonuçlandırmak zorundadır (Kuru, 2001: 5904).

Hem bakan unvanlı hakem, hem de hâkim unvanlı hakem, hukuk hâkiminin haiz olduğu bütün yetkilere haizdir. Uygulamada ise, neredeyse bütün usulî konularda “kıyasen” Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun’un (Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun) ihtiyarî tahkime ilişkin hükümleri uygulanarak uyuşmazlıklar halledilmektedir (Yeğengil, 1974: 102).

7. KANUN YOLLARI

3533 sayılı Kanun’a göre, bakan unvanlı hakem tarafından verilen kararlar, kararın verilmesi ile birlikte kesinleşmektedir. Kanun koyucu kamu yararı

öngörüsü ile bu kararlar aleyhine ne itiraz usulü, ne de başka bir mercie veya mahkemeye başvuru yolu öngörmüştür.

Ancak, 3533 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre hâkim unvanlı hakem tarafından verilen kararlar, bir kereye mahsus itiraza tabidir. Bu kararlar bakımından, karara karşı “Yeniden tetkiki icap ettirecek haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde”, kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde, kararı veren hakeme itiraz edilebilir. Dolayısıyla hâkim unvanlı hakemin kararı 30 günlük itiraz süresinin geçmesi ile veya itiraz üzerine verilen karar ile birlikte kesinleşmektedir.

Bu durum, 3533 sayılı Kanun'un ne 2. maddesindeki hakem kararı bakımından ne de 4. maddesindeki hakem kararı bakımından, karara karşı kanun yolu şeklinde bir müracaat usulünün öngörülmediğini; bu kararların temyize tabi olmadığını göstermektedir.

Nitekim, hâkim unvanlı hakem kararlarına karşı temyiz talepli olarak Yargıtay'a yapılan müracaatlar, mecburî tahkimde hakem kararına karşı temyiz yolu öngörülmediğinden birer itiraz başvurusu olarak değerlendirilmekte, temyiz başvurusu ilgili hakeme tevdi edilmektedir (Kuru, 2001: 5905).

Uygulamanın bu kurala bir istisna getirdiğini söylemek mümkündür. Bu istisna, hakemin baktığı işin, hakemin görevine girip girmediği bakımından Yargıtay'ca incelemeye tabi tutulmasıdır. Diğer bir deyişle, hakem kararına karşı yapılan temyiz talepleri, sadece uyuşmazlığın konusunun hakemin görevine mi, yoksa mahkemenin görevine mi girdiği hususu bakımından incelenmekte, bu husus haricinde temyiz talepleri incelenmemekte, kararın esas denetlenmemektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin bir kararında⁴⁴ hakem kararlarının temyize tabi olup olmadığı hususu şu şekilde ele alınmıştır;

“...3533 sayılı Kanun'un 6. maddesinde hakem tarafından verilecek olan kararlar kat'idir ve tescile tabi değildir hükmüne yer verilerek, bu kararlar aleyhine başka bir mahkemeye itiraz edilemeyeceği, Yargıtay'a başvurma hakkının bulunmadığı belirtilmiş ise de; Anayasa'nın 36. maddesine göre herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; Anayasa'nın 90. maddesine göre uygulanması zorunlu olan AİHS'nin 6. ve 13. maddelerinde kişisel hak ve yükümlülüklerin karara bağlanmasında tarafların etkin bir biçimde mahkemeye ulaşma imkânından yoksun bırakılmaması

44. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E: 2005/13-414, K: 2005/464 Sayılı Kararı (Akt.: Çavdar, 2007;878).

gerektiği düzenlenmiş; AİHM'nin de zorunlu tahkim ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında da, "tahkim kararlarının kesin olmasının bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesi ile çelişkili olduğu"nun vurgulandığı; Türk Anayasa Hukuku bakımından ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ihtiyarî tahkim konusunda tarafların seçimlik bir hakka sahip olduklarını ancak, zorunlu tahkimde ise tarafların özgür iradesinden söz etmenin mümkün olmadığı ve sorunun Anayasal bir boyutunun olduğu..."

hususları belirtilerek, temyiz müracaatı "görev yönünden" incelenmiştir.

ASKİ ile Hazine arasında vuku bulan, hakem tarafından verilen ancak, temyizde bozulan bir karar hakkında, hakem tarafından ısrar edilmiş; konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikâl etmiştir: Genel Kurul, hakem kararına karşı temyize başvurulup başvurulamayacağı hususunu şu şekilde ele almıştır⁴⁵:

"...3533 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen hakem kararları itirazı kabildir. İtiraz üzerine verilen kararlar da kesindir. Ancak, hakemin yetki ve görevi dışında vermiş olduğu kararlar, kamu düzenini ihlâl edecek mahiyette ise, bu hususlar temyiz edilebileceği gibi, Yargıtay'ca re'sen gözetilmesi gerekmektedir... ASKİ'nin hukukî statüsü incelendiğinde, ASKİ'nin 3533 Sayılı Kanun kapsamında olmadığı ve uyuşmazlığın mecburî tahkimin görevi dışında kaldığı..."

gerekçesi ile hakem kararı görev yönünden incelemeye tabi tutulmuştur.

Öte yandan, usulde yer almamasına karşın mecburî tahkim kararları aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından (göreve ilişkin olarak) Kanun yararına bozma talebi ile de Yargıtay'a başvurulabilmektedir.

Nitekim, Türk Telekomünikasyon A.Ş. (halefi) ile Nizip Belediye Başkanlığı arasındaki uyuşmazlığı hakem sıfatı ile çözen, Nizip Asliye Hukuk Hâkimliği'nce verilmiş karar aleyhine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Kanun yararına bozulma talep edilmiş ve konuyu inceleyen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, hakem kararını bozmuştur⁴⁶.

Yargıtay tarafından uygulana gelen, hakem kararının görev yönünden incelenmesi usulünün, hukuka aykırı olduğuna dair görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, 3533 sayılı Kanun kesin bir şekilde mecburî tahkimde verilen kararın başka bir merci tarafından incelenmesini yasaklamıştır. Bu yasağın

45. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E: 2005/13-414, K: 2005/464 Sayılı Kararı.

46. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin E: 2002/7548, K: 2002/8095 Sayılı Kararı (17.11.2009 tarih ve 27409 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır).

içine, işin hakemin görevine girip girmediği hususu da dâhildir. Konuyla ilgili olan, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin E: 2002/7548, K: 2002/8095 Sayılı Kararı'nda yer alan karşı oyda, mecburî tahkim kararlarının (görev yönünden dahi) temyizen incelenemeyeceği hususu şu şekilde açıklanmıştır:

“3533 sayılı Kanun, 1086 sayılı HUMK'nun yürürlüğe girmesinden yaklaşık 10 yıl sonra kabul edilmiştir. 3533 sayılı Kanun ile kamu kurumları arasındaki uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması, adli yargının görevinden çıkarılmış, hakemlere verilmiştir. Kanunda hangi uyuşmazlıklara bakanın, hangilerine ise hukuk hâkiminin hakem sıfatı ile bakacağı belirtilmiştir. Burada, hakemin hâkim (unvanlı) olması, tamamen Kanun koyucunun bir tercihidir; bu hususun kararın kesinliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Diğer bir ifadeyle, “zorunlu tahkimi yargının bir süjesi olarak değerlendirmek mümkün değildir”. Aksi halde Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen ve bakanın hakem sıfatı ile vermiş olduğu kararlar kesin olduğu halde; Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen ve hâkimin hakem sıfatı ile vermiş olduğu kararların kesin olmadığı şeklinde bir ikilik ortaya çıkar ki, bu husus Kanun'un amacına ters düşmektedir.

Mahkemelerin görevleri Kanunla belirlenir ve 3533 sayılı Kanun'da Yargıtay'a bir görev verilmemiş, aksine hakem kararının kesin olduğu belirtilmiştir.

Bu kurallara rağmen temyiz incelemesi yapılmasının gerekçesi, hakem kararının hâkim tarafından verilmiş olması ise, buradan hâkimlerce verilen her kararın temyiz edilebileceği, dolayısıyla ilçe seçim kurulu başkanı olan hâkimin, seçimle ilgili verdiği kararın da, sırf hâkim tarafından verilmiş olması dolayısıyla Yargıtay'da temyiz edilebileceği sonucuna varılır ki, bu sonuç da mevzuata ve tatabikata aykırıdır.

Özel kanun olan 3533 sayılı Kanun'da belirtildiği üzere, hakem tarafından verilen kararlar aleyhine hiçbir mercie başvurulamaz. Dolayısıyla Yargıtay'ın her ne suretle olursa olsun hakem kararını inceleme yetkisi yoktur. İşin yazılı emir yolu ile dairesimize gelmiş olması yukardaki olanaksızlığı tersine çevirmediği gibi, önceki kararların Yargıtay aşamasından geçmiş olması nedeniyle HUMK'nun 25/son maddesi uygulamasının (da) adalet mahkemesi kararları hakkında uygulanması gerekmesine göre, burada uygulama olanağının bulunmaması nedeniyle inceleme yetkimiz bulunmamaktadır.”

Belediye ile Hazine arasında çıkan bir uyuşmazlıkta, belediye tarafından hakeme müracaat edilerek, bir taşınmazın belediye adına tescili talep edilmiş; başvuru hakem tarafından kabul edilerek, taşınmaz belediye adına tescil edilmiştir.

Oysa ki; hakemin tescile karar verme görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Hakemin görev ve yetkisi, uyuşmazlığa konu taşınmazın, belediyeye mi ait olduğunun, yoksa Hazine'ye mi ait olduğunun belirlenmesi ile sınırlıdır. Tescil kararının “mahkeme” tarafından verilmesi gerekmektedir.

Anılan uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay da, bu görüştedir⁴⁷. “Hakem tescile karar veremez, tescile ancak mahkeme karar verebilir. Hakem ise, mahkeme sayılmaz. ...görev meselesi kamu düzenindedir. Kamu hukukunda yetkiler, önceden sınırları çizilmiş ve verilmiş yetkililerdir. Kamu hukukunda, bir hususta yetkili olabilmek için, evvelâ o hususta görevli olunması gerekmektedir”. Olayda hakem, görev alanına girmeyen bir hususta yetkisini kullanmıştır. Bu durum ise, ağır bir yetki tecavüzüdür.

Yargıtay'ın hakem kararlarına karşı yapılan temyiz taleplerinde esasa ilişkin bir inceleme yapmaması Kanun'a uygundur. Çünkü 3533 sayılı Kanun'da hakem kararlarının kesin olduğu ve kararlara karşı mahkemeye müracaat yolunun olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay'ın hakem kararlarına karşı yapılan temyiz taleplerini sadece görev yönünden incelemesi de hukuka uygundur. Hakemin 3533 sayılı Kanun kapsamında kalmayan bir konuda karar vermesi, ağır bir görev ve yetki tecavüzüdür. 3533 sayılı Kanun kapsamına girmeyen konularda hakem tarafından verilen kararların kesin olduğunu kabul etmek hukuken mümkün değildir. Uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesi, tahkimde çözümlenmesine oranla, çok daha güvenli bir yoldur. Bu sebeple, görev hususu bakımından Yargıtay'ın hakem kararlarını incelemesinin, yerinde bir inceleme olduğunu düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz” tümcesinin iptaline ilişkin kararında⁴⁸, anılan tümcenin “ tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarını engellediği; ...Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olduğu” saptamasına yer vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesine dayanarak ilgili yasal düzenlemeyi iptal ederken, yargı işlevi yönünden bir değerlendirme yaparak; bir bakıma, tek dereceli bir tahkim yargılamasını, hak arama özgürlüğünü sağlamak açısından yetersiz bulmuştur (Öztürk, 2011: 618). Aynı şekilde, mecburî tahkim sonunda verilen kararların da tek dereceli şekilde incelemeye tabi tutulması, hem aynı konuda farklı kararların ortaya çıkmasına yol açmakta, hem de hak arama özgürlüğü açısından yetersiz bir durum ortaya çıkarmaktadır.

47. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin, 15.09.1986 tarih ve 7751/8006 sayılı kararı.

48. Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2011 tarih ve E: 2010/61, K: 2011/7 Sayılı Kararı.

Öte yandan, mecburî tahkimde yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenlemenin bulunmayışı, mecburî tahkimin taraflarının yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunma yetkilerinin olmadığını göstermektedir. Hâlbuki ihtiyarî tahkimde, yargılamanın yenilenmesi kurumu kabul edilmiş, 6100 sayılı Kanun'un 443. maddesinde, yargılamanın yenilenmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümlerin niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkimde de uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu durum ise, zorunlu tahkim yolunun daha az güvenceli bir uyumsuzluk çözüm usulü olduğunu göstermektedir. Ancak, 3533 sayılı Kanun'da "hakemin, hukuk hâkiminin haiz olduğu bütün yetkilere haiz olduğu" kabul edildiğinden, hukuk hâkimi tarafından kullanılan 6100 sayılı Kanun'daki yargılamanın yenilenmesine dair hükümlerin mecburî tahkimde de uygulanabilir olduğu düşünülmektedir.

8. MECBURÎ TAHKİMDE GÖREV UYUŞMAZLIĞI

Mecburî tahkim müessesesi, teknik anlamda bir mahkeme hüviyetine haiz değildir. Ancak kanun koyucu, mahkemelerin görev alanlarının kamu düzeninden olması nedeniyle, görev hususunu ayrıca ele almak ihtiyacı duyarak, mecburî tahkimde görev uyumsuzluğu çıkarılabilmesi yolunu (sınırlı olarak) açmıştır.

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 1. maddesi, mecburî tahkimde hakem ile görev uyumsuzluğu çıkarılıp çıkarılmayacağı konusunda ikili bir ayırım yaparak, görev uyumsuzluğu çıkarılması şartlarını;

1. Özel kanun uyarınca hakeme başvurmanın "zorunlu" olması,
1. Hakemlik görevinin hâkim unvanlı hakem tarafından yerine getirilmesi şeklinde belirlemiştir.

Buna göre, şayet 3533 sayılı Kanun uyarınca uyumsuzluk, bakan unvanlı hakem tarafından çözülmesi gereken bir uyumsuzluk ise, görev uyumsuzluğu çıkarılamayacaktır. Bu durumda, idarî yargıda bir dava açılmış ve karşı taraf görev itirazında bulunmuş ise, görevlilik kararı şeklinde ara kararı vermeye gerek olmadığı gibi, davanın görev yönünden reddine hükmetmeye de gerek yoktur. Nitekim, görev itirazının ara kararı vermek sureti ile karşılanabilmesi veya davanın görev yönünden reddedilebilmesi için, uyumsuzluğun görev uyumsuzluğu çıkarılabilecek (konunun Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikâl edebilecek) nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla (idarî yargı bünyesindeki) bir mahkeme, uyumsuzluğun bakan unvanlı hakem tarafından çözümlenmesi gerektiğini düşünmekte ise, 3533 sayılı Kanun gereği uyumsuzluğun bakan hakem tarafından çözümlenmesi gerektiğinden, dava hakkında, karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermesi uygundur⁴⁹.

49. Nitekim, mülkiyeti Orman Genel Müdürlüğü'ne ait, ...parsel sayılı taşınmazın resmî tesis alanından çıkarılarak, turizm tesis alanına dönüştürülmesi yönünde imar plânı değişikliği yapılması isteminin reddi-

Fakat uyuşmazlık hâkim unvanlı hakemin görevine girecek nitelikte ve uyuşmazlık hakkında dava açılmış ve görev itirazında bulunulmuş, (idarî yargı bünyesindeki) Mahkeme (de) uyuşmazlığı kendi görev alanı içinde görmekte ise, (hâkim unvanlı hakem ile görev uyuşmazlığı çıkarılmasına kanun cevaz verdiğinden) görevlilik kararı vermeli; görev alanı içerisinde görmemekte ise, davayı görev yönünden reddetmelidir.

Hukuk mahkemelerinde açılan davalarda ise, uyuşmazlığın mecburî tahkimde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmış ise, kimi mahkemeler tarafından ara kararı niteliğinde bir karar ile “her ne kadar asliye hukuk mahkemesinde dava ikâme edilmiş ise de, uyuşmazlığın 3533 sayılı Kanun kapsamına girdiğinden bahisle, uyuşmazlığa hakem sıfatı ile devam edilmesine yönelik” kararlar alınarak, uyuşmazlık görülmeye devam edilmektedir.⁵⁰

Kanaatimizce anılan usul hatalı bir usuldür. Hukuk mahkemesi, uyuşmazlığın mecburî tahkim yolu ile çözümleneceği sonucuna varmış ise, karar numarası almak sureti ile görevsizlik kararı vermeli, dosyadan el çekmeli ve bu karara karşı kanun yolu açık olarak, kararı taraflara tebliğ etmelidir. Hukuk mahkemesi, kanun yolu süresi geçtikten sonra, uyuşmazlığa ilişkin dosyaya ayrı bir esas numarası vermek ve ayrı bir esasa kaydetmek sureti ile uyuşmazlığın hakem sıfatı ile çözümlenmesi sağlanmalıdır.

9. MECBURÎ TAHKİM SONUNDA VERİLEN HAKEM KARARLARININ İNFAZI

Uyuşmazlıkların seri şekilde çözümlenmesi, uyuşmazlığın nihaî olarak

ne ilişkin 03.07.2002 tarih ve 2890 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı işleminin iptali istemi ile Orman Genel Müdürlüğü ve Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı arasında çıkan uyuşmazlık hakkında verilen; 3533 sayılı Kanun uyarınca, davacı Orman Genel Müdürlüğü ile davalı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı'nın ...uyuşmazlığı... dava ile çözümlenimin idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle işin esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair Muğla İdare Mahkemesi'nin 27.8.2003 tarih ve E: 2002/1035, K: 2003/783 sayılı kararı Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay 6. Dairesi'nin 24.11.2006 tarih ve E: 2004/5143, K: 2006/5510 Sayılı Kararı. [Karar her ne kadar onanmış ise de, (kanaatimizce) söz konusu imar plânı değişikliğine dair uyuşmazlık, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olmadığından, bu uyuşmazlığın mecburî tahkimde çözümlenmesi hukuken mümkün değildir.]

50. Kuru; hukuk mahkemesinin, uyuşmazlığın 3533 sayılı Kanun kapsamında çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık olduğu sonucuna varmış ise, uyuşmazlığa hakem sıfatı ile devam edilmesi yönünde karar alması veya bir kısım uyuşmazlık hakkında mahkemeye bir kısım uyuşmazlık hakkında da hakeme başvurulmuş ve uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi gerektiği düşünülmekte ise, dosyaların hakem sıfatı ile birleştirilmesine dair karar almak sureti ile uyuşmazlığın çözümünün usul ekonomisine daha uygun olduğunu belirtilmektedir (Kuru, 2001;5904).

sonuçlanması bakımından yeterli değildir. Aynı zamanda, uyuşmazlık sonunda verilen kararın hızlı ve etkili biçimde yerine getirilmesi gerekmektedir.

Hukukun amaçlarından birisi (de); “kişiler arasında veya kişiler ile Devlet arasında ortaya çıkan menfaat çatışmalarını azaltmak, dengelemek ve bu suretle adaleti sağlamak” olarak açıklanmaktadır (Çiftçi, 2008: 6). Mecburî tahkim yolu ise, özel bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak hukukumuzda kabul görmüş; bu yol ile idareler arası özel hukuka ilişkin menfaat çatışmaları azaltılmak ve dengelenmek amaçlanmıştır.

İlgili idareler mecburî tahkim yolu ile muhatap idareden bir alacağı olduğunu veya muhatap idarenin bir menfaatini ihlâl ettiğini ispat edebilmektedirler. Alacak veya menfaat ispat edildikten sonra, taraf idarelerin kural olarak kendiliğinden uyuşmazlık sonunda verilen kararı yerine getirmesi beklenir. Ancak uygulamada bu beklenti gerçekleşmemektedir. Bu sebeple ilgili idarelerin, icra hukuku adı verilen hukuk dalından faydalanmaları gerekmektedir.

İcra hukuku, edimini kendi iradesi ile îfa etmeyen kişiye karşı, alacaklının menfaatlerini Devlet gücü ile koruyan bir hukuk dalıdır (Çiftçi, 2008: 7) şeklinde tanımlanabilir. Bu bakımdan mecburî tahkim, ilgili idarenin alacak veya menfaatinin tespitini sağlamakta iken; cebri icra, tespit olunan alacağın veya menfaatin kamu kudreti ile cebren yerine getirilmesini sağlamaktadır (Ülkü, 2006: 1).

Kanun koyucu (da), mecburî tahkim sonunda hakem tarafından verilmiş olan kararların yerine getirilmesi için, etkili bir takip yolu olan ilâmlı icra usulünü kabul etmiştir. Nitekim 3533 sayılı Kanun’un 7. maddesinde, hakemler tarafından verilen kararların, ilâmların icrasına dair olan umumî hükümlere göre infaz olunacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla hakem kararlarının infazı, İcra ve İflas Kanunu’nun 24’üncü ve takip eden maddelerindeki hükümlere göre gerçekleştirilecektir.

SONUÇ

Ülkemizde yargının yavaş işleminin ve adaletin gecikmesinin nedenlerinden birisi, mahkemelerdeki iş yüküdür. Yargının hızlanmasını sağlamaya yönelik alınan tedbirler arasında mahkemelerin iş yükünün azaltılması; mahkemelerin iş yükünün azaltılması maksadı ile alınan tedbirler arasında ise, uyuşmazlıkların mahkemelere intikâl etmeden çözümü maksadı ile tahkim kurumunun yaygınlaştırılması çalışmaları bulunmaktadır (İnan, 1996: 3). Bu husus, 3533 sayılı Kanun’un gerekçesinde de belirtilmiştir.

Uygulamada ortaya çıkan durum ise, tahkim müessesesinin ve 3533 sayılı Kanun’un amacı ile kısmen uyumludur. Uygulamada, kıdemli hukuk hâ-

kiminin hakem olarak görevlendirilmesi nedeniyle, kıdemli hukuk hâkimine, görevli olduğu konulara ilâveten hakemlik görevi dolayısıyla da iş gelmektedir. Bu durumda ise, mahkemenin iş yükünün azaltılması söz konusu olmamakta; aksine mahkemenin iş yükü, hâkime hakemlik görevi nedeniyle gelen işler yüzünden artmaktadır.

Özellikle küçük adliyelerde, sayıca az hâkimin görev yaptığı yerlerde ve uzmanlaşmış mahkemelerin bulunmadığı (asliye hukuk mahkemesi sıfatı ile uyuşmazlıkların çözümlendiği) yerlerde ilgili hâkime, mahkeme iş yüküne ilâveten, hakemlik görevinden dolayı işler (de) gelmektedir ki; bu durumda, mahkemenin iş yükü nicelik olarak azalmış görünse de, mahkeme hâkiminin görevi hem nicelik olarak, hem de nitelik olarak artmaktadır.

Uygulamada, tahkim merciindeki uyuşmazlık ile mahkemedeki uyuşmazlık hakkında bağlantı kararları verilebilmektedir. Oysa, bir uyuşmazlık hakemin görevine girmekte ise, mahkemenin görevine girmemekte, mahkemenin görevine girmekte ise, hakemin görevine girmemektedir. Bu nedenle, tahkim merciinde bulunan bir dosya ile mahkemede bulunan bir dosyanın bağlantılı olduğundan bahisle birleştirilmesi uygun değildir.

3533 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde, 6183 sayılı Kanun'a tabi olanlar dâhil, belediyeler arasındaki bir alacak iddiasına dayalı olarak, herhangi bir takip veya dava sebebiyle borçlunun mal ve hakları üzerine konmuş ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve hacizlerin, bu konudaki işlem ve kararlar hangi merci veya yargı organınca tesis edilmiş olursa olsun, alacağı karşılayacak tutarda bir teminatın gösterilmesi halinde, talep üzerine mecburî tahkim mahkemesince kaldırılacağı ve bu kararın kesin olup derhal uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Bir kamu alacağının tahsiline ilişkin olarak ilgili idare tarafından alınan tedbir ve haciz kararları özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olmadığından, bu konu hakemin görev alanı dışında kalmaktadır. Bu çerçevede, Kanun'un 6/A maddesinin lafzının daha açık yazılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

Ayrıca, hâkimlerin hakem olarak görev yapmaları usulüne son verilmesi ve mahkeme haricinde bir merci veya kurulun hakem mercii olarak görevli kılınmasının, mevcut durum bakımından Kanun'un mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacına daha iyi hizmet edeceği düşünülmektedir.

Öte yandan, Kanun kapsamında görevli olan bakan unvanlı hakem ile hâkim unvanlı hakemin kararlarının kesinleşme sürecindeki farklılığın giderilmesi gerekmektedir.

Ayrıca tahkim müessesesine başvurulmasının amaçlarından birisi hakemin uyuşmazlık konusu alanda uzman olması halidir. Zira hakem, tahkimdeki

en önemli kişidir. Bir başka ifade ile tahkim müessesesinde hakem ne kadar uyumsuzluk konusu alanda uzman ise, tahkim de o derecede iyidir denebilir⁵¹. Mecburî tahkim müessesesinde ise, hakemin önceden kanunla belirlenmesi, uyumsuzluk konusu alanda uzman olmayan kişilerin hakemlik görevini ifa etmesine neden olabilecektir. Bu sebeple hakemlik görevinin tek bir kişiden ziyade, kurumların iç işleyişlerini, malî, idarî ve hukukî durumlarını, vizyonlarını ve kurumlardan beklenen hizmetleri her açıdan değerlendirme yetisine sahip olacak şekilde birden fazla kişiden müteşekkil bir heyetin yapmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Nitekim idareler arası özel hukuk uyumsuzluklarının mahiyeti (kanaatimizce) idare tanımı kapsamında kalmayan gerçek ve tüzel özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzlukların mahiyetinden farklıdır. Zira idareler arası özel hukuk uyumsuzlukları medenî hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku alanlarını ilgilendirdiği kadar; anayasa hukuku, idare hukuku ve malî hukuk alanlarını da ilgilendirmektedir. Bu hususlar da dikkate alınarak hakemlik görevinin farklı uzmanlık alanlarından oluşan birden fazla kişiden müteşekkil heyet tarafından icra edilmesi daha uygun olacaktır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa gereği, her ne suretle olursa olsun, hiçbir kişi veya kurumun yargı mercileri önünde davacı veya davalı olması engellenemez. Şayet bir kanun, bir kişi veya kurumun yargı mercileri önünde hakkını savunmasını engellemekte ise, bu kanunun Anayasa'ya aykırı olacağı tartışmasızdır.

3533 sayılı Kanun uyarınca müracaat edilen hakemler Anayasa'da öngörülen manâda yargı mercii değildir. Ayrıca bu hakemler tarafından verilen kararlara karşı yargı mercilerine de müracaat edilememektedir. Dolayısıyla 3533 sayılı Kanun ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olması engellenmediği gibi, hakem kararlarının esasa ilişkin denetimleri de yapılamamaktadır. Bu durumun düzeltilmesi maksadı ile Kanun'da tadilat yapılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Acar A. R., Alkış S. ve Aykul F. (2009). *Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği 2008 Yılı Mütalâaları*, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Yayınları, Ankara.

Ağar S. (2006). "Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonunun Yeri ve İşlevi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 63.

51 "Millî Tahkim"; www.taa.gov.tr/dosya/belge/Milli_Tahkim.pptx, (01.10.2012).

- Akyılmaz B., Sezginer M. ve Kaya C. (2009).** *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Ansay S. Ş. (1960).** *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Aslan Z. ve Arat N. (2005).** “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4-Sayı:8.
- Atlıhan Ö. (2010).** “Tahkim Sözleşmesinin Unsurlarının ve Hükümlerinin Ulusal-Uluslararası Ticarî Tahkim ve Yatırım Tahkimi İşliğinde İncelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan, Cilt-84,Sayı:2.
- Aybay R. (1999).** “Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur”, *Mülkiye*, C.23,Sayı:217.
- Ayanoğlu T. (2007).** “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 74.
- Azizov H. (2004).** Uluslararası Ticarî Tahkim, Ankara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Balcı M. (1999).** İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, İstanbul.
- Başlar K. (2005).** *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Roma Yay., Ankara.
- Batur M. (2010).** “Tahkim ve Toplu İş Sözleşmelerinin Yorumu”, *Sicil Dergisi*, Aralık Sayısı.
- Bayram E. (2008).** “Kanun Sistematiğinde ‘Madde’”, *Yasama Dergisi*, Sayı:8.
- Berk K. (2005-2006).** “Türkiye Futbol Federasyonu’nca Çözümlenen Uyuşmazlıkların Niteliği Bakımından Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 25, Sayı 1-2.
- Biçkin İ. (2006).** “Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67.
- Candan T. (2006).** *Açıklamalı İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, Hukuk ve Maliye Yayınları, Ankara.
- Çağlayan R. (1999).** “İdarî Yargıda Kesin Hüküm”, *Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C-3,Sayı:1.
- Çavdar S. (2007).** İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Ankara.
- Çavuşoğlu A. E. (2007).** Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, İstanbul Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul.
- Çiftçi P. (2008).** İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Dokuz Eylül Üniversitesi

SBE Yüksek Lisans Tezi, İzmir.

Demir Ş. “Türkiye’de Tahkim”, <http://www.tahkim.net/makaleler/turkiye-de-tahkim>, (Erişim tarihi 24.07.2010).

Devellioğlu F. (2007). *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara.

Ercan İ. (2011). *Medenî Usul Hukuku*, Levha Yayınları, İstanbul.

Erkut C. (1990). İdarî İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara.

Feyzioğlu M. (1996). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Us-A Yayıncılık, Ankara.

Gözler K. (2009). İdare Hukuku C-II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

Gözler K. (2011). “5018 ve 6085 sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 60, Sayı 4.

Günday M. (2004). İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara.

Gürdoğan B. (1977). “Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı C-II*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara.

İnan A. (1996). “Kamunun Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinin Çözümünde Tahkim Yolu”; *Sayıştay Dergisi*, Ocak-Mart.

Karavelioğlu C. (2006). İdarî Yargılama Usulü Kanunu –C.I, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara.

Kuru B. (1977). “Orman Sınırlamasına İtiraz Davaları”, *Osman F. Berki’ye Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

Kuru B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü–C.VI*, Demir Demir Yayınları, İstanbul.

Kuru B., Arslan R. ve Yılmaz E. (2007). *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.

Küçükgüngör E. (2001). “Türkiye Futbol Federasyonunun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.50,Sayı:2.

Mutlay F. B. (2006). Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Marmara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Odyakmaz Z. (1998). “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık, Cilt:II,Sayı:1- 2.

Of E. S. (2012). “Karşılaştırmalı Hukukta Tahkim Merkezi ve İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, Sayı 42.

- Onar S. S. (1966).** İdare Hukukunun Umumî Esasları C-I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Onar S. S. (1966).** İdare Hukukunun Umumî Esasları C-III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Onursal E.** “Hakem Mi?, Hâkim Mi?, Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümü Size Bağlı”, www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/ead/tanitimkoordinasyondb/hakem.doc, (Erişim tarihi 24.07.2010).
- Orak C. Ç. (2006).** *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- Özay İ. H. (2004).** *Günüşğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Özbek M. (2005).** “İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller-I”, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, Sayı 56.
- Özbek M. (2005).** “İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller-II”, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, Sayı 57.
- Özkan M. Ş. (1935).** İdare Hukuku (Ders Notları), Köy Hocası Matbaası, Ankara.
- Özkurt M. E.** “CAS (Spor Tahkim Divanı) Tahkimi”, <http://www.ozkurt.av.tr/v2/?p=164>, (Erişim tarihi 30.12.2011).
- Öztürk K. B. (2011).** “İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Sarisözen M. S. (2011).** “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medenî Usul Hukukumuzda Getirdiğı Yeni Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliğı Dergisi*, Sayı 96.
- Sarisözen M. S. (2011).** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C-XV, Sayı 1-2.
- Sayman Y. (1999).** İdarî Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli (Konuşma Metni), *Barolar Birliğı Yayınları*, Ankara.
- Soysal M. (1999).** İdarî Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli (Konuşma Metni), *Barolar Birliğı Yayınları*, Ankara.
- Sefer D. (2011).** “Uzlaşma Kurumu”, *Adalet Dergisi*, Sayı 40.
- Şanlı C. (1999).** İdarî Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli (Konuşma Metni), *Barolar Birliğı Yayınları*, Ankara.
- Şen M. (1998).** “Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C-II, Sayı:1.
- Tan T. (1999).** “İdare Hukuku ve Tahkim”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.32,Sayı:3.

Taşdelen A. (2004). “Baro Hakem Kurulu Faaliyetlerinin Harçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6,Sayı:2.

Telli S. T. (1980). “İdarî Yargıda Kesin Hüküm”, İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler-C.III, Danıştay Yayınları, Ankara.

Türkoğlu Özdemir G. (2005). “Roma Medenî Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Sayı 1.

Ülkü N. G. (2006). İcra Hukukunda Ödeme Emri, Marmara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Ürcan G. (2002). Sözlü Yargılama Usulü, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, İzmir.

Yeğengil R. (1974). *Tahkim*, Cezaevi Matbaası, İstanbul.

Yeşilova B. (2008). “Milletlerarası Tahkimin Hukukî Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 76.

Yıldırım R. (1996). “Türk İdarî Yargısında Görev ve Yetki”, *Amme İdaresi Dergisi*, C-29, Sayı 3.

MEVZUAT KAYNAKLARI

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa, Adâlet Bakanlığı Yay., Ankara, 2011.

T. C. Başvekâlet Kararlar Müdürlüğü'nün 6/2298 Sayılı Üst Yazısı.

Dâhiliye Encümeni'nin 10.07.1938 gün E: 1/1085, K: 42 Sayılı Mazbatası.

“Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Tanımı, Kuruluş Nedenleri, Tarihçesi, Hukukî Yapısı ve Denetim Şekli”; http://www.ydk.gov.tr/kit99/Birinci_Bolum.htm, (Erişim tarihi 10.12.2009).

“Millî Tahkim”; www.taa.gov.tr/dosya/belge/Milli_Tahkim.pptx, (Erişim tarihi 01.10.2012).

UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Mevzuat Programı

İNTERNET KAYNAKLARI

www.anayasa.gov.tr

www.danistay.gov.tr

www.kararevi.com

www.kararara.com

www.resmigazete.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.uysmazlik.gov.tr

www.yargitay.gov.tr