

§ 11. İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARININ İSViÇRE MİLLETLERARASI TAHKİM KURALLARI ÇERÇEVESİNDE ETKİN ÇÖZÜMÜ

İsviçre Odaları Tahkim Kurumu'nun İşlevi ¹

Domitille Baizeau/Sam Moss

Giriş

İsviçre Milletlerarası Tahkim Kuralları (İsviçre Kuralları) her büyüklükteki uluslararası inşaat uyuşmazlığında sıklıkla kullanılmaktadır. Bu kurallar, on yıldan uzun bir süre önce kabul edildiğinden beri², özellikle etkin şekilde uygulandıkları ve maliyetleri azalttıkları için dünya çapında bir üne kavuşmuştur. İsviçre Kuralları'nın, 2012'de revize edilen halinde hem geliştirilen hem de yeni eklenen bir dizi özelliği, bu üne katkı sağlamaktadır. Bu makale, özellikle çok taraflı inşaat uyuşmazlıklarının çözümünde, İsviçre Odaları Tahkim Kurumu'nun [*Swiss Chambers' Arbitration Institution*] (*Kurum*) ve Tahkim Divanı'nın [*Court of Arbitration*] (*Divan*) oynadıkları role odaklanmak suretiyle İsviçre Kuralları'nı çeşitli yönleriyle ele almaktadır.

Bu makalede, öncelikle İsviçre Kuralları'nın temel özellikleri ile Kurum'un rolüne ilişkin genel bilgi verilecektir. Ardından, özellikle çok kademeli uyuşmazlık çözümü anlaşmaları bağlamında Divan'ın yetkiyi *prima facie* incelemesi üzerinde durulacak ve tahkim sözleşmelerinin imzacı

¹ Çeviren: **Gözde Kasap**, LL.M., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

² İsviçre Kuralları, Cenevre ve Zürih dahil olmak üzere toplam altı farklı İsviçre ticaret odasının tahkim kurallarının yeknesaklaştırılması sonucu ortaya çıkmıştır.

olmayan taraflara muhtemel yansımalarına değinilecektir. Bundan sonra, Divan'ın ilgili yargılamaları birleştirme yetkisi ve özellikle çok taraflı ve paralel tahkim yargılamalarında Divan'ın hakem kurulunun oluşturulmasındaki rolü incelenecektir.

I. İsviçre Kuralları'nın Temel Özellikleri

İsviçre Kuralları, taraflara esneklik tanıyan bir tahkim imkânı sunmakta ve böylelikle uyuşmazlıkların etkin çözümünü sağlarken, maliyetleri düşürmektedir. Bu bölümde öncelikle İsviçre Kuralları'nın temel özelliklerine değinilecektir. Ardından, Kurum tarafından yapılan basit ama etkili yargılamanın yürütülmesi süreci üzerinde durulacaktır.

A. İsviçre Kuralları'nın Temel Özelliklerine Genel Bir Bakış

İsviçre Kuralları'nın, inşaat uyuşmazlıklarına da uygulanacak şekilde yaygınlaşmasına katkı sağlayan bir dizi karakteristik özelliği bulunmaktadır.

Öncelikle, bu kurallar esnektir. İsviçre Kuralları, birçok modern tahkim kurallarının olduğu gibi, taraflara uygulanacak hukukun, tahkim dilinin, hakem sayısının ve tahkim yerinin belirlenmesinde serbesti tanır. Ayrıca bu kurallar uyarınca, taraflar kurum içi avukat da dahil olmak üzere diledikleri hukuki danışmanı seçebilirler.

İkinci olarak, İsviçre Kuralları uyuşmazlıkların çabuk çözümüne imkan verir. İsviçre Kuralları'na tâbi tahkimler yaklaşık 14 ay sürmektedir ki bu diğer birçok milletlerarası tahkim kurallarının öngördüğünden daha kısadır³.

Üçüncü olarak, İsviçre Kuralları, Divan tarafından dayatılan kesin süre olan dosyanın hakem kuruluna aktarılmasından sonraki altı ay içinde sonuçlandırılmasına yönelik hızlandırılmış bir prosedür öngörmektedir. Son on yılda İsviçre Kuralları'nın uygulandığı tahkimlerinin yaklaşık

³ **Christoph Brunner**, "Introduction to the Swiss Rules", Ed. Manuel Arroyo, Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, 2013, s. 327, N. 34.

olarak % 40'ı seri tahkim yargılaması ile sonuçlandırılmıştır. Bu prosedür tarafların anlaşması ile uygulanabileceği gibi; değeri bir milyon İsviçre Frank'ını geçmeyen davalarda da kendiliğinden uygulanmaktadır⁴. Seri tahkim prosedürünün uygulandığı tahkim yargılaması bir hakem tarafından görülür⁵. Buna ek olarak, seri tahkimde masrafları aza indirmek için, Tahkim Talebi ve Tahkim Talebine Cevap dilekçelerinin sunulmasının ardından tek bir duruşma⁶ gerçekleştirilir.

Seri tahkim usulü ve bu usulün bir milyon İsviçre Frank'ını geçmeyen miktardaki uyuşmazlıklarda kendiliğinden uygulanması sayesinde, İsviçre Kuralları, hem büyük hem de küçük çaplı uyuşmazlıklarda masraflar açısından verimlilik yaratır. Buna ek olarak, İsviçre Kuralları'nın Ek B metninde yer alan güncel Maliyet Tablosunda öngörüldüğü üzere, Kurum iki milyon İsviçre Frank'ını geçmeyen meblağdaki uyuşmazlıklarda hiçbir idari masraf talep etmemektedir. Bunun tek istisnası, 4,500 Franklık dosya masrafıdır.

Bundan başka, taraflar, çekişmesiz olarak acil durumlar için geçici hukuki koruma talep edebilirler. Böylece, gerekli olduğunda, kendi menfaatlerini korumak için hızlı hareket edebilirler. Geçici hukuki koruma taleplerine örnek olarak, şantiye erişimine izin vermeye zorlamak, şantiyeyi tahliye etmek ya da karşı tarafın teminatı paraya çevirmesini engellemek gösterilebilir. Prosedür hızlı, tarafsız ve gizlidir. İsviçre Kuralları'nın 43. maddesi uyarınca Divan tarafından atanan acil durum hakemi dosyanın kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar vermek zorundadır⁷. Acil durum için geçici koruma talebinde bulunulması anında tahkim prosedürü henüz başlamamışsa, koruma talebinin Divan tarafından kabulünden sonraki on gün içinde, başvuran taraf, bir tahkim talebinde bulunmalıdır.

Son olarak, taraflarca tahkimden önce veya tahkim sırasında arabuluculuk prosedürünün başlatılması halinde, İsviçre Ticari Arabuluculuk

⁴ İsviçre Kuralları m. 42.

⁵ İsviçre Kuralları m. 42(2)(b).

⁶ İsviçre Kuralları m. 42(1)(b) ve (c).

⁷ İsviçre Kuralları m. 43(7).

Kuralları [*Swiss Rules of Commercial Mediation*] (İsviçre Arabuluculuk Kuralları), İsviçre Kuralları'nı tamamlayacak şekilde uygulanmaktadır. İsviçre Kuralları ile yürütülen tahkim yargılamaları sırasında, İsviçre Arabuluculuk Kuralları uyarınca, Kurum veya hakem kurulu taraflara arabuluculuk yoluna gitmeyi teklif edebilir⁸. Dahası, tahkim yargılaması sırasında tarafların sulh olması halinde, İsviçre Kuralları m. 34 uyarınca, mutabık kalınan şartları gösteren bir tahkim kararı da talep edilebilir⁹. Sonuç olarak, taraflar önceden İsviçre Arabuluculuk Kuralları'nın uygulanması konusunda anlaşmış olmasalar bile (taraflara tahkime başvurmadan önce arabuluculuğa başvurmak için belirli bir zaman aralığı öngören kademeli bir kuralın olmaması halinde), taraflardan biri İsviçre Arabuluculuk Kuralları uyarınca Kurum'dan diğer tarafı arabuluculuğu kabule davet etmesini talep edebilir¹⁰.

B. Yargılamanın İsviçre Odaları Tahkim Kurumu Tarafından “Basit” ama Etkin Şekilde Yönetilmesi

Yukarıda değinilen haller dışında, İsviçre Kuralları'nın diğer önemli bir özelliği de Divan yargılamasının yönetiminin basit ama etkili olmasıdır ki bu Sekretarya tarafından sağlanmaktadır.

İsviçre Kuralları, tahkim yargılamasına Divan'ın yalnızca sınırlı şekilde müdahale etmesine izin vermektedir. Divan yetki konularında sınırlı bir ölçüde de olsa “denetçi fonksiyonu” görmektedir. Buna göre Divan, davalının yetki itirazında bulunması veya tahkim talebine cevap vermemesi durumlarında “İsviçre Kuralları'na atıf yapan bir tahkim sözleşmesinin aşıkâr bir şekilde bulunmadığını”¹¹ tespit etmelidir. Buna ek olarak, Divan, her ne kadar bu yetkisini sınırlı olarak kullansa da, yargılamaları birleştirmeye yetkili olup, hakem kurulunun oluşturulmasında da kilit rol oynamaktadır (Bu konuda bkz. aşağıda, Bölüm II-IV).

⁸ İsviçre Arabuluculuk Kuralları m. 24(1).

⁹ İsviçre Arabuluculuk Kuralları m. 23(1).

¹⁰ İsviçre Arabuluculuk Kuralları m. 5.

¹¹ İsviçre Kuralları m. 3(12).

Divan ya da Sekretarya, diğer kurumların aksine, hakem kurulu karara varmadan önce, kararın içeriğini resmi olarak bütün boyutlarıyla ele almaz ve böylece gecikmelere engel olur. Bununla birlikte, hakem kurulunun ücrete ilişkin olarak vermiş olduğu kararı gözden geçirebilir ve bu ücreti uyarlama hakkına sahiptir¹². Ancak hakem kurulunun ilgili kriterlere göre ücreti değerlemesi daha yerinde olduğundan, Divan yalnızca değişiklik mutlaka gerekiyorsa bu yetkiyi kullanır¹³. Hakem kurulları gider avansı veya teminatı uyarlamadan önce, Divana danışır ve genellikle bu tavsiyeye uyarlar¹⁴. Bunun dışında, Maliyet Tablosunda ücretler için öngörülen en üst rakamı aşan bir teminat miktarı için Divan'ın onayı gereklidir.

Divan'ın diğer bazı gayri resmi rolleri de vardır. Örneğin, seri tahkim usulü (bkz. yukarıda I/B) dışında, İsviçre Kuralları, hakem kurulunun nihai karar vermesi için azami bir süre öngörmemesine rağmen, Divan ve Sekretarya, yargılamanın uygun bir hızda ilerlediğinden emin olmak için hakem kurulunu takip eder ve aksi durumda işleyişi hızlandırmak için hakem kuruluna baskı uygular.

Divan, İsviçre Kuralları uyarınca hızlıca ve tutarlı karar verecek şekilde organize edilmiştir. Sekretarya Tahkim Talebinin tebliğinden sonra Dava Yönetim Komitesi'ni [*Case Administration Committee*] görevlendirir. Bu Komite genellikle Divan üyesi bir ya da iki kişiden oluşur ve kural olarak "ilgili davaya ilişkin Divan'ın yetkileri dahilindeki tüm kararları"¹⁵ vermeye yetkilidir. Bağlantılı yargılamaların birleştirilmesi gibi daha titizlik gerektiren konulara ilişkin kararlar istisna oluşturur ve Divan'ın yedi üyesinden oluşan Divan Özel Komitesi'nin [*Court Special Committee*] (Özel Komite) görev alanına girer¹⁶.

¹² İsviçre Kuralları m. 40(4).

¹³ **Marco Stacher**, "Costs", Eds. Zuberbühler/Müller/Habegger, *Swiss Rules of International Arbitration*, 2. bası, Schulthess 2013, s. 395, N. 12.

¹⁴ İsviçre Kuralları m. 41(1) ve (3).

¹⁵ İsviçre Odaları Tahkim Kurumu'nun İç Kuralları m. 3.

¹⁶ İsviçre Odaları Tahkim Kurumu'nun İç Kuralları m. 4.

Ayrıca Divan'ın yapısı sayesinde, ilgili pratik ve ticari gerçekler ile inşaat sektörü de dahil olmak üzere uyuşmazlığın doğduğu sektörlerin özellikleri dikkate alınarak karar verilir. Divan'ın otuz üyesi de tahkim uygulamasında uzmanlaşmış ve uluslararası inşaat tahkiminde çok tecrübeli isimlerdir.

II. Divan'ın Yetkiyi *Prima Facie* İncelemesi

Divan'ın, bazı koşullarda, yetki konusunu *prima facie* inceleme görevi bulunmaktadır. Özellikle, inşaat uyuşmazlıklarında sık karşılaşılan kademeli uyuşmazlık çözümü anlaşmasını bir tarafın ihlal etmesi veya bir tarafın tahkim sözleşmesini, imzacı olmayan garanti veren veya *joint venture* ortağına teşmil etmek istemesi hallerinde, Divan'ın bu yönde inceleme yapması gerekir.

A. İsviçre Kuralları m. 3(12) uyarınca Divan'ın Karar Vermesi

İsviçre Kuralları m. 3(12) uyarınca Divan, davalının yetki itirazında bulunması ya da Tahkim Talebini cevapsız bırakması halinde bir “denetçi görevi” görür. Ancak bu görev sınırsız değildir. Nitekim Divan “İsviçre Kuralları'na gönderme yapan bir tahkim sözleşmesinin aşıkâr bir şekilde bulunmadığını” tespit etmek için yalnızca *prima facie* inceleme yapabilir:

“Davalı Tahkim Talebine bir cevap vermez veya bu Kurallar uyarınca yürütülen tahkime itiraz ederse, İsviçre Kuralları'na gönderme yapan bir tahkim sözleşmesinin aşıkâr bir şekilde bulunmadığı tespit edilmedikçe Divan davayı yönetebilir.”¹⁷

Başka bir deyişle, Divan'ın tahkimin yürütülemeyeceğine karar vermesi için İsviçre Kuralları uyarınca tahkime gidileceği hususunda anlaşma olmadığının açık olması gerekir. Diğer tüm yetki sorunlarına ilişkin kararı Hakem Kurulu verecektir.

¹⁷ Vurgu Yazar tarafından eklenmiştir.

Uygulamada, m. 3(12) uyarınca karar vermesi gerektiğinde Divan hızlıca hareket etmektedir. Sekretarya tarafından Divana gönderilen ve davalının yetki itirazında bulunmasından ya da tahkim ihbarına yanıt verme hakkını kaybetmesinden sonraki birkaç gün içinde sonuçlanan bu tür *prima facie* incelemeler taraflar arasında dilekçe teatisi olmaksızın yapılmaktadır.

B. Vakıalara Dayalı Kurgusal Bir Örnek: Divan'ın m. 3(12)'yi Uygulaması

Divan'ın İsviçre Kuralları m. 3(12) uyarınca *prima facie* incelemeyi nasıl gerçekleştirdiğini örneklendirebilmek için vakıalara dayalı bir kurguya başvurmak yararlı olacaktır. Aşağıda yer alan örnek, inşaat hukuku uygulamacılarına tanıdık gelecektir:

Katarlı iş sahibi ile Türk yüklenici arasında, Koreli altyüklenicinin kaynak işlemini ayıplı ifa etmesine dayanan bir uyuşmazlık doğmuştur. İsviçre hukukuna tâbi ana sözleşme, tahkimden önce, uyuşmazlığın çözümü amacıyla arabuluculuk yoluna başvurulması için 60 günlük bir süre öngörmektedir. Buna ek olarak ana sözleşme gereği tahkim, İsviçre Kuralları uyarınca oluşturulacak üç üyeli bir hakem kurulu tarafından Cenevre'de gerçekleştirilecektir.

İnşaat sözleşmesi çerçevesinde, ana şirket yüklenicinin ifasını garanti etmektedir. Bu teminat sözleşmesi, uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ana şirket inşaat sözleşmesini imzalamamıştır ama projenin belirli aşamalarında yüklenici adına doğrudan iş sahibi ile müzakerelerde bulunmuş ve şirketler topluluğu arasındaki iç anlaşmalara istinaden yüklenicinin bazı işlerini ifa etmiştir.

İş sahibi ayıbı fark ettiğinde, bunu yükleniciye bildirmiştir. yüklenici işin ayıplı olduğunu reddetmiştir ve her iki taraf da uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sürecini başlatmamıştır. Üç ay sonra, İş sahibi hem yükleniciye hem de ana şirket'e karşı İsviçre Kuralları uyarınca tahkim yargılaması başlatmıştır. Yüklenici, Tahkim Talebine verdiği cevap di-

lekçesinde İş sahibinin tahkimden önce arabuluculuk yoluna gitmesi gerektiğinden bahisle yetki itirazında bulunmuştur. Ana şirket ise herhangi bir cevap dilekçesi sunmamıştır.

Bu kurguda, hem yüklenicinin yetki itirazında bulunması hem de Ana şirket'in tahkim talebine cevap vermemesi sonucunda, Divan'ın yetkiyi *prima facie* incelemesini gerektiren iki ayrı yetki sorunu ortaya çıkar. İlk tahkim öncesi gerekliliklerin yerine getirilmemesinden doğmakta iken; ikincisi ana şirket'in tahkim sözleşmesinin imzacı tarafı olmamasından kaynaklanmaktadır.

Öncelikle ilk sorun açısından değerlendirme yapmak gerekir. İsviçre Kuralları'nın kademeli uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükmü tahkime atfı yapmış ise Divan, tahkim öncesi gerekliliklerin yerine getirilmediği itirazının incelenmesini hakem kuruluna bırakacaktır. Gerçekten de, böylesi bir itirazı değerlendirmek, İsviçre Kuralları m. 13(2) uyarınca Divan'ın yetki alanının ötesine geçen birçok yasal ve olgusal hususun (Yüklenicinin bu koşullar altında tahkim öncesi gerekliliklere uyup uymadığı gibi) incelenmesini gerektirir.

İkinci yetki sorunu, ana şirketin tahkim sözleşmesinin imzacı tarafı olmamasından kaynaklanmaktadır. Ana şirketin imzacı olmamasına rağmen, İş Sahibi, ana şirketin sözleşme görüşmelerine veya asıl sözleşmenin ifasına katılmış olması nedeniyle tahkim sözleşmesinin ana şirket'i de kapsamı gerektiğini iddia etmişse, Divan büyük olasılıkla tahkim sürecinin devamına karar verecektir. Uygulanacak hukuk çerçevesinde tahkim sözleşmesinin uygulama alanının genişletilip genişletilmeyeceği sorusu, esasa ilişkin bir değerlendirme gerektirdiğinden hakem kuruluna bırakılmaktadır.

Divan, ana şirket bağlamında bir tahkim sözleşmesinin var olmadığını açıkça tespit etse bile, tahkim yargılaması yükleniciye karşı devam ettirilebilir. Gerçekten de İsviçre Kuralları m. 13(2) uyarınca, Divan'ın bir davalıya ilişkin olarak tahkime gidilemeyeceğine karar vermesi, diğer taraflara/davalılara karşı tahkim yargılamasının yürütülmesine engel olmayacaktır. Aynı yönde, Divan, açıkça tahkim sözleşmesinin kapsamında yer almayan birtakım talepler tespit etse bile, İsviçre Kuralları uyarınca

en azından taleplerden birine bu tahkim sözleşmesi çerçevesinde hükmedilebiliyorsa, hakem kurulu yargılamaya devam edebilecektir.

III. Divan'ın Tahkim Yargılamalarını Birleştirme Yetkisi

İki ya da daha çok tahkim yargılamasının birleştirilmesi hususu genellikle birçok tarafın ve sözleşmenin var olduğu inşaat uyuşmazlıklarında karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu husus çok hassas ve tartışmalıdır (bkz. aşağıda III/A). İsviçre Kuralları uyarınca Divan'ın, birleştirme kararı verme konusunda diğer tahkim kurumlarına kıyasla daha geniş yetkileri bulunmaktadır. Yine de, uygulamada, Divan bu hususta katı bir tutum sergilemektedir (bkz. aşağıda III/B). Buna ilişkin bir örnek aşağıda sunulmaktadır (bkz. aşağıda III/C).

A. İnşaat Uyuşmazlıklarında Tahkim Yargılamalarının Birleştirilmesi

İnşaat projeleri genellikle iş sahibi, yüklenici, alt yüklenici ve mühendis gibi çok sayıda taraf arasında akdedilen birbirinden bağımsız sözleşmelerden oluşmaktadır. Bunun sonucunda, bir uyuşmazlık doğduğunda taraflar aynı fiili veya hukuki sorunlara ilişkin, birden fazla sözleşmeye dayalı olarak ve birden fazla tarafa yönelen, birbiriyle çelişme riski taşıyan kararların çıkmasına sebep olan, paralel tahkim yargılamaları veya birbirini takip eden, yüksek maliyetli yargılamalar söz konusu olabilmektedir.

Bağlantılı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi, paralel ya da birbirini takip eden yargılamalardan doğan problemlerin çözümü için etkili bir yoldur. Örneğin, birden çok tarafın ve/veya sözleşmenin bulunduğu uyuşmazlıkların tek bir davada çözülmesi usulî açıdan daha etkin ve düşük maliyetlidir. Bu sayede, birden fazla hakem kurulunun aynı maddi ve hukuki konulara ilişkin delilleri gözden geçirmesi ve değerlendirmesi ihtiyacı ortadan kalkacağı gibi, farklı kararlar verilmesi riski de ortadan kalkar. Buna ek olarak, birleştirilmiş tahkim yargılamasına diğer tarafların dahil olması ve ek deliller sunması sayesinde hakem kurulu, olayları daha iyi değerlendirebilir. Daha önce de ifade edildiği üzere, birleştirilmiş

tahkim yargılaması çelişkili kararların çıkması riskini de ortadan kaldırmaktadır.

Ne var ki, birleştirme, özellikle inşaat uyuşmazlıkları bağlamında hassas bir konudur. Gerçekten de, birden çok tarafın ve/veya sözleşmenin bulunduğu inşaat uyuşmazlıklarında, yargılamaların birleştirilmesi bazı durumlarda taraflardan birinin veya birkaçının menfaatine aykırı olabilir.

Söz gelimi, bir tarafın diğer bir tarafla olan ilişkisindeki bazı hususları, örneğin sözleşme bedelini, gizli tutmakta menfaati olabilir. Bunun dışında, birleştirme sonucunda dava hem usul hem de esas açısından daha karmaşık hale gelebilmekte ve dolayısıyla yargılama süre ve masrafları artabilmektedir. Yargılamaların birleştirilmesi, incelenecek olan somut olaylar ile hukuki meselelerin genişlemesine ve ayrıca yeni tarafların dahil olması sonucunda usulî sorunların artmasına yol açabilir.

Her ne kadar bazı taraflar açısından tahkim yargılamalarının birleştirilmesi daha verimli ve düşük maliyetli olabilse de, bu durum tüm taraflar için geçerli değildir. Örneğin, iş sahibi ve alt yükleniciye karşı ayrı başlatılan ama birbirleriyle ilgili olan tahkim yargılamaları söz konusu ise, bu yargılamaların birleştirilmesi yüklenicinin yararına olabilir. Bununla birlikte, birleştirme sonucunda yargılamanın daha karmaşık ve maliyetli hâle gelmesi çoğu olayda ne iş sahibinin ne de alt yüklenicinin menfaatine olur. Ayrıca uyuşmazlıkların belirli bir sıra ile çözümlenmesinde de tarafların menfaati olabilir. Örneğin, sigortaya ilişkin veya bir başka nedenden ötürü, iş sahibi ile olan uyuşmazlığın alt yüklenici ile olan uyuşmazlıktan önce çözümlenmesi yüklenici yararına olabileceği gibi bunun tam aksi de mümkün olabilir.

İnşaat uyuşmazlıkları bağlamında davaya katılma da birleştirme gibi tartışmalı bir husus olup, kendi içinde birtakım avantaj ve dezavantajlar taşır. İsviçre Kuralları m. 4(2) uyarınca, üçüncü bir kişinin davaya katılması konusunda karar verecek olan İsviçre Odaları Tahkim Kurumu değil hakem kurulu olduğundan, bu çalışmada davaya katılma ayrıntılı şekilde incelenmeyecektir. Ancak kısaca belirtmek gerekir ki, hakemin atanmasından sonra üçüncü kişinin davaya katılmasına izin vermeyen

ICC Tahkim Kuralları m. 7'nin tam tersine, İsviçre Kuralları ancak hakem kurulunun oluşturulmasından sonra davaya katılma konusunu düzenlemiştir.

B. İsviçre Kuralları uyarınca Divan'ın Birleştirmeye Karar Verme Yetkisi ve Uygulamada Bu Yetkinin Kullanılması

İsviçre Kuralları m. 4(1) uyarınca birleştirme kararının verilmesinde Divan'ın takdir yetkisi geniştir:

“Sunulan Tahkim Talebi'nin tarafları arasında işbu Kurallar uyarınca yürütülen derdest bir başka tahkim yargılamasının mevcut olması hâlinde Divan, tarafların ve onaylanmış hakemin de görüşlerini aldıktan sonra, yeni tahkim davasının derdest tahkim yargılaması ile birleştirilmesine karar verebilir. Divan, yeni bir Tahkim Talebi sunulduğunda, bu Talebin tarafları ile derdest tahkimin tarafları birbir aynı olmasa dahi birleştirmeye karar verebilir.”

Divan, taraflardan birinin veya birkaçının onayı ve hatta tarafların herhangi bir talebi dahi olmaksızın birleştirmeye resen karar verebilir. Divan ayrıca, bütün davalardaki taraflar aynı olmasa ve uyuşmazlıklar aynı sözleşmeden doğmasa dahi birleştirme kararı verebilir. Aynı yönde, Divan'ın birleştirme kararı verilebilmesi için tahkim yargılamalarının aynı tahkim şartına dayanmasına da gerek yoktur. Ayrıca, ilk başlatılan yargılama için bir hakem kurulu oluşturulmuş olması da Divan'ın bu yönde bir karar vermesine engel teşkil etmez.

Birleştirmeye karar verilmesi hususunda, Divan'ın sahip olduğu takdir yetkisinin kapsamı, ICC veya LCIA gibi diğer tahkim kurumlarından çok daha geniştir. Örneğin, ICC Kuralları'nın 10. maddesi uyarınca ICC Milletlerarası Tahkim Divanı ancak aşağıdaki şartların varlığı hâlinde birleştirme kararı verebilir: (1) bütün tarafların bu konuda uzlaşmış olması, (2) bütün taleplerin aynı tahkim sözleşmesi uyarınca ileri sürülmüş olması veya (3) tahkim sözleşmelerinin birbiriyle bağdaştırılabilir nitelikte olması ve uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiye ilişkin ve aynı

taraf lar arasında olması. LCIA Kuralları ise, ICC kuralarından daha da sınırlı hallerde birleştirmeye izin verir. Nitekim LCIA Kuralları'nın 22.6 maddesi uyarınca, LCIA Divanı'nın birleştirmeye karar verebilmesi için ilgili davaların aynı taraflar arasında ve aynı tahkim sözleşmesi uyarınca başlatılmış olması ve henüz tahkim kurullarının oluşturulmamış olması gerekmektedir¹⁸.

Uygulamada Divan'ın İsviçre Kuralları m. 4(1) uyarınca kendisine verilen bu geniş yetkiyi yine de sınırlı bir şekilde kullandığı görülmektedir. Gerçekten de Divan, yalnızca "sınırlı ve meşru hâllerde ve genellikle sadece tarafların onayıyla"¹⁹ ve ilgili diğer etmenleri dikkatle tartarak birleştirme kararı vermektedir.

Nitekim İsviçre Kuralları m. 4(1) uyarınca Divan'ın, birleştirme kararı verirken "ilgili bütün koşulları", ancak özellikle de "davalardaki bağlantı ve derdest tahkim yargılamalarında kaydedilen ilerlemeyi" dikkate alması gerekir²⁰. Divan, yargılamalar arasındaki bağlantıyı değerlendirirken, elindeki bilgiler ışığında, davaların benzer hukuki sorunlar içerip içermediğine ve/veya bağlantılı olgulardan kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve önemli ölçüde örtüşen delil, tanık, ve uzman beyanı olup olmadığına bakacaktır. Derdest davalarda kaydedilmiş olan ilerleme hususunda ise Divan, birleştirmenin derdest tahkim yargılamasına olan etkisini, özellikle de sonra başlatılan tahkimde sunulan yeni olgular nedeniyle oluşabilecek olası gecikmeleri ve birleştirme sonucunda yeniden bir hakem kurulunun oluşturulmasına gerek olup olmadığını dikkate

¹⁸ LCIA Kuralları ayrıca, bütün tarafların bu hususta anlaşması veya tahkim davalarının aynı taraflar arasında görülmesi fakat diğer tahkimde hakem kurulunun hiç oluşturulmamış olması halinde Mahkemenin onayıyla kurulun davaların birleştirmesine de izin vermektedir.

¹⁹ **Philipp Bärtsch/Angelina Petti**, "Consolidation and Joinder", Eds. Zuberbühler/Müller/Habegger, Swiss Rules of International Arbitration, 2. bası, Schulthess, 2013, s. 52, N. 26. Ayrıca bkz. **Daniel Wehrli/Marco Stacher**, "Arbitration under the Swiss Rules", Ed. Corerdo-Moss, International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features, Cambridge 2013, s. 345 - s. 365.

²⁰ **Dorothee Schramm**, "Article 4: Consolidation and Joinder", Ed. Arroyo, Arbitration in Switzerland: the Practitioner's Guide, Wolters Kluwer, 2013, s. 360, N. 16.

alacaktır. Genellikle, derdest tahkim yargılaması ilerledikçe Divan'ın birleştirmeye karar vermekte daha isteksiz olduğu görülmektedir²¹.

Bunlara ek olarak, birleştirme kararını verirken Divan'ın tarafların menfaatlerini ve konularını da dikkatlice değerlendirmesi gerekir. Örneğin Divan, gizlilik esasına dayanılarak ileri sürülen itirazları veya davaların farklı profildeki veya nitelikteki hakemler tarafından dinlenmesi gerektiği yönünde yapılan ve haklı bir temele dayanan bütün itirazları dikkate alır. Diğer taraftan, her iki yargılama için taraflarca atanan hakemlerin aynı kişiler olması da Divan'ın birleştirme kararı vermesini destekleyen bir etmen olarak kabul edilir²². Ayrıca Divan bu kararı verirken, birleştirmenin sağlayacağı verim ile tarafların bazıları için yaratabileceği ek maliyetleri karşılaştırarak bir denge kurmaya çalışır. Son olarak Divan, birden çok sözleşmenin uyuşmazlık konusu olduğu davalarda, tarafların en başta neden birden çok sözleşme kurduğu hususunu da göz önünde bulundurur.

Tarafların birleştirme konusunda anlaşmış olmaları veya birleştirmeye karşı herhangi geçerli bir itirazda bulunmamış olmaları ve birleştirme kararı verilebilmesi için aranan diğer tüm şartların yerine gelmiş olması hâlinde bile, Divan'ın birleştirme kararı vermeden önce bir hususu daha göz önünde tutması gerekir. Bu da, uyuşmazlıkların dayandığı tahkim sözleşmelerinin birbiriyle uyumlu olup olmadığıdır. Divan bu değerlendirmeyi yaparken özellikle bu anlaşmalar uyarınca belirlenen hakem sayısını ve hakemlerin sahip olması gereken nitelikleri, yargılamanın dilini, kabul edilen herhangi bir özel prosedür olup olmadığını dikkate alacaktır. Tahkim yeri de bu kapsamda değerlendirilir, ancak birleştirmeye karar verilmesinde anılan diğer hususlar kadar önem taşımaz.

Kısacası, Divan İsviçre Kuralları m. 4(1) uyarınca yetkisini kullanırken sınırlayıcı ve ölçülü bir tutum sergilemekte ve birleştirmeye karar verirken tüm ilgili koşulları göz önünde tutmaktadır. Divan bunu yapar-

²¹ Bkz. **Bärtsch/Petti**, s. 52, N. 33; **Schramm**, s. 360, N. 17.

²² Bkz. **Paolo Michele Patocchi**, "The Practice of the Special Committee of the Swiss Chambers of Commerce in the Administration of Arbitrations Conducted under the Swiss Rules of the International Arbitration (2004-2007)" Ed. Müller, *New Developments in International Commercial Arbitration 2007*, Schulthess 2007, s. 91.

ken, inşaat uyuşmazlıkları da dahil olmak üzere karmaşık tahkimlerde avukat ya da hakem olarak görev yapmış olan üyelerin tecrübelerinden de faydalanmaktadır. Uygulamada Divan'ın yalnızca, aynı taraflar (veya aynı şirket toplulukları) arasında yapılan “yatay” sözleşmeler zincirinin varlığı hâlinde birleştirmeye karar verme eğiliminde olduğu görülmektedir. Buna örnek olarak belirli bir sistemin tasarımı, tedariki ve kurulması sözleşmesi ve bununla bağlantılı bir bakım sözleşmesi gösterilebilir.

Son olarak, Divan'ın, tarafları tamamen aynı olmayan iki tahkim yargılamasının birleştirilmesine karar vermesi hâlinde, bu birleştirmenin taraflara eşit muamele edilmesi ilkesi bağlamında birtakım sorunlar doğurması mümkündür. Bu durum, birleştirme kararı verildiğinde, ilk tahkim yargılaması için hakem kurulunun tamamen veya kısmen oluşturulmuş olması hâlinde ortaya çıkar. Bu nedenle m. 4(1) uyarınca, birleştirme hâlinde tarafların “hakem tayin etme hakkından feragat etmiş sayılacağı”, Divan'ın “halihazırdaki hakem tayinini ve onayını iptal etme” konusunda yetkili olduğu ve bu durumda hakem kurulunun İsviçre Kuralları'nın İkinci Bölümü uyarınca oluşturulacağı kabul edilmektedir.

Divan, hakem tayininin veya onayının iptaline karar verme yetkisini kullanırken özellikle tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*) ile kararın olası tenfiz yeri hukukunu da inceler. Zira ilk tahkim yargılamasında görevli olan hakemlerin, birleştirme kararı sonucunda yürütülecek yargılamada da görevlendirilmesi hâlinde, taraflardan birinin eşit muamele edilmesini ihlal edildiği gerekçesiyle, bu kararın iptalini veya tenfizinin reddini talep etmesi hâlinde başarılı olma olasılığı, bu hukuk sitemleri uyarınca değerlendirilir²³. Divan ayrıca ikinci tahkim yargılamasında görev yapacak hakemlerin, ilk tahkim yargılamasında ihtiyaç duyulmayan birtakım özel niteliklere sahip olmaları hususunu da dikkate alır²⁴.

²³ Schramm, s. 360, N. 21.

²⁴ Schramm, s. 360, N. 25.

C. Vakıalara Dayalı Kurgusal Bir Örnek: İsviçre Kuralları m. 4(1) Uyarınca Divan'ın Birleştirmeye Yaklaşımı

Divan'ın çok taraflı ve paralel tahkim yargılamalarında hakem kurulunun oluşturulması hususundaki yetkisini nasıl kullanacağı, yukarıda Divan'ın bu yetkiyi *prima facie* incelemesi konusunda verilen örnek üzerinden değerlendirilebilir:

İş sahibinin tahkim sürecini başlatmasından kısa bir süre sonra, yüklenici, altyükleniciye karşı, kaynak işleminin ayıplı ifası nedeniyle, İsviçre Kuralları uyarınca ayrı bir tahkim davası açar. Daha sonra İsviçre Kuralları m. 4(1) uyarınca yargılamaların birleştirilmesini talep eder. Hem İş Sahibi hem de altyüklenici birleştirmeye itiraz eder.

Yukarıda değinildiği gibi, tarafların birbiriyle aynı olmaması, uyumsuzluğun aynı sözleşmeden doğmuş olmaması ve her iki tarafın da birleştirmeye itiraz etmesi hâlinde bile, Divan birleştirme kararı verebilir. Böyle bir durumda verilen birleştirme kararının dahi, aynı teknik sorunlardan doğan ve çoğunlukla aynı veya benzer kanıtları içeren davalarda etkinliği arttıracığı ve çelişkili kararlar verilmesi riskini ortadan kaldıracağı düşünülebilir.

Bununla birlikte, iş sahibinin veya alt yüklenicinin, birleştirme kararı sonucunda yargılama süresinin uzaması ve masrafların aşırı derecede artması riskine yönelik meşru bir temele dayanan itirazlarını ileri sürmesi hâlinde, Divan'ın birleştirmeye karar vermemesi muhtemeldir. Gerçekten de uygulamada Divan, genellikle tarafların aynı olmaması veya aynı şirket topluluklarına dahil olmaması hâlinde yargılamaların birleştirmesine karar verme konusunda çekingen bir tutum sergilemektedir.

IV. Hakem Kurulunun Oluşturulması

İsviçre Kuralları uyarınca Divan, hakem kurulunun oluşturulmasında da rol oynar. Örneğin, özellikle inşaat uyumsuzlukları başta olmak üzere, birden çok tarafın dahil olduğu uyumsuzluklarda ve aynı ya da

benzer uyuşmazlıkların görüldüğü paralel yargılamaların mevcut olması durumunda Divan'ın bu görevi öne çıkar.

A. Hakem Kurulunun Oluşturulmasında Divan'ın Rolü

Divan İsviçre Kuralları uyarınca hakem kurulunun oluşturulmasında birden çok role sahiptir. İlk olarak, tarafların hakemi veya ortak hakemleri atamasında, Divan'ın onayı gereklidir²⁵. İkinci olarak, tarafların tek hakemin tayini hususunda uzlaşmaması ya da üç üyeli kurullarda taraflardan birinin hakem atayamaması ya da iki tarafça atanan hakemlerin bir baş hakem üzerinde anlaşmaması hâlinde, Divan'ın doğrudan bir hakem ataması söz konusu olur.

Divan'ın bir hakem ataması gerektiği hallerde, bu görev genelde hızlıca yerine getirilir. Taraflardan biri bunu talep etmeden önce, Divan bu yetkisini kullanmaya hazır durumdadır. Ayrıca Divan, hakemin tâbi olduğu vatandaşlığın veya niteliklerinin taraflara danışılmasını gerekli görürse, taraflara kanaatlerini bildirmeleri için kısa bir süre tanıyacaktır.

İsviçre Kuralları, Divan'ın hakem tayininde göz önünde bulundurması gereken kriterleri düzenlememiştir. Ancak uygulamada Divan, ilgili davada, hakemlerin herhangi özel bir uzmanlığa veya deneyime sahip olmalarının gerekli olup olmadığını dikkat almaktadır. Örneğin, bir inşaat uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, Divan genellikle bu tür uyuşmazlıklarda tecrübeli bir hakemi görevlendirir. Divan ayrıca olası hakemin, uygulanacak hukuk hakkında yeterli bilgiye sahip olup olmadığını²⁶, (bu konuda kesin bir kural bulunmasa da) vatandaşlığını, yargılamanın dilini ve özellikle tek hakem ya da hakem kurulu başkanı olarak seçilmiş ise, bu hakemin genel tahkim tecrübesini göz önünde bulundurur.

İsviçre Kuralları Divan'a, "hakem atamasının iptali, baştan veya yeniden hakem atanması ve bu hakemlerden birinin duruşma hakemi

²⁵ İsviçre Kuralları m. 5(1).

²⁶ **Micha Bühler/Michael Feit**, "Composition of the Arbitral Tribunal: Art. 8", Ed. Zuberbühler/Müller/Habegger, Swiss Rules of International Arbitration, 2. bası, Schulthess, 2013, Art. 8, N. 14.

olarak atanması”²⁷ dahil olmak üzere, “hakem kurulunun oluşturulmasındaki...bütün eksiklikleri tamamlama yetkisi” vermektedir. Hüküm, UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın m. 10(3) hükmüne benzemekle birlikte, özellikle taraflardan birinin bu yönde bir talebinin olmaması halinde bile Divan’ın müdahalesine izin vermesinden ötürü, UNCITRAL Kuralları’ndan daha geniştir. Divan bu yetkiyi, söz gelimi sözleşmede yer alan tahkim kurallarının hakemlerin atanma mekanizması belirlemesi ancak bu mekanizmanın o ya da bu nedenle uygulanamaması hâlinde, bir tarafın birleştirme ya da davaya katılmaya itiraz etme şansı bulamadığı hâllerde veya hakemin görevini ifa etmemesi durumunda ortaya çıkan sorunlarla başa çıkmak için bir araç olarak kullanabilir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere (bkz. yukarıda bölüm III, B/C), Divan’ın birleştirme veya davaya katılmaya karar vermesi, ilgili tarafların tamamının onayı olmaksızın pek muhtemel değildir.

B. Aynı İnşaat Projesi Kapsamındaki Çok Taraflı Veya Paralel Tahkim Yargılamalarında Hakem Kurulunun Oluşturulması

İkiden çok tarafın dahil olduğu tahkimlerde yargılama tek hakem ile yürütülüyorsa, tarafların tamamının ortak hakemin atanmasında anlaşmaları ya da Divan’ın doğrudan İsviçre Kuralları m. 7 uyarınca hakemi ataması söz konusu olacağından, pek fazla sorun ile karşılaşılmaz. Üç hakemli tahkim kurulları ile yürütülen ve ikiden çok tarafın dahil olduğu bir yargılama söz konusu olduğunda ise, iki taraflı bir davada olduğu gibi her tarafın kendi hakemini ataması yönünde bir çözüme gidilmez. Bu nedenle İsviçre Kuralları m. 8(4) uyarınca, aksine bir anlaşma yok ise, bir hakem davacı veya davacılar grubu, diğer hakem ise davalı veya davalılar grubu tarafından atanır.

Bununla birlikte, davacılar ya da davalılar grubunun kendi içinde belirli bir hakemin atanması konusunda anlaşması da zor olabilir. Bu durum, özellikle, davalılar grubunda yer alan kişilerin menfaatlerinin farklı olması hâlinde görülür. Öte yandan bazı hukuk sistemlerinde, İsviçre

²⁷ İsviçre Kuralları m. 5(3).

Kuralları m. 8(4)'te düzenlenen bu atama mekanizmasının, taraflara eşit muamele edilmesi ilkesini ihlal ettiği ileri sürülebilir.

Bu sorunlara çözüm getirmek amacıyla, İsviçre Kuralları m. 8(5)'de bir tarafın veya bir grup tarafın hakemini atayamaması hâli düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, Divan'ın yetkisi doğrudan hakem atayabilme yetkisi ile sınırlı değildir. Buna ek olarak, Divan bütün hakemleri **atamaya** ve kurul başkanını belirlemeye de **yetkilidir**. Ayrıca Divan'ın, İsviçre Kuralları'nın 5(3). maddesinin kendisine tanıdığı geniş yetkiler sayesinde, halihazırda atanmış bir hakemin atamasını iptal etmesi de mümkündür.

Ancak belirtmek gerekir ki, bir grup tarafın hakem atayamadığı her durumda Divan'ın tüm hakemleri atama yetkisini kullanması söz konusu olmaz. Divan bu yetkisini kullanırken, diğer tarafı ya da tarafları hakem atama haklarından mahrum etmeyi gerektirecek koşulların mevcudiyetini dikkatlice değerlendirecektir. Bazı yazarlara göre, Divan'ın bu yetkisini özellikle, tahkim yeri hukuku uyarınca (örneğin Fransız hukuku), İsviçre Kuralları m. 8(4) hükmü ile belirlenen hakem atama mekanizmasının, taraflara eşit muamele ilkesini ihlal ettiğinin kabul edildiği durumlarda kullanması gerekir²⁸.

Son olarak, aynı proje kapsamındaki paralel tahkim yargılamaları için Divan'ın bir ya da birden fazla hakem ataması gerektiğinde Divan, davalar arasındaki bağlantıyı değerlendirerek, bu yargılamalar için aynı hakem(ler)i tayin etmenin uygun olup olmadığına bakarak davalar arasındaki bağlantıyı kuracaktır.

C. Vakıalara Dayalı Kurgusal Bir Örnek: Çok Taraflı ve Paralel Tahkim Yargılamalarında Hakem Kurulunun Oluşturulmasında Divan'ın Tutumu

Divan'ın çok taraflı ve paralel tahkim yargılamalarında hakem kurulunun oluşturulması hususundaki yetkisini nasıl kullandığı yukarıda verilen örneğe aşağıda yapılan ekleme ile açıklanabilir:

²⁸ Bühler/Feit, Art. 8, N. 37.

İş sahibi hem yükleniciye hem de ana sözleşmeye taraf olan yüklenicinin joint-venture ortağına karşı tahkim yargılamasını başlatır. Ancak yüklenici ve joint-venture ortağı, hakem tayininde anlaşamazlar ve Divan'dan bir hakem atamasını talep ederler.

İş sahibi daha sonra yükleniciye karşı, projenin başka bir aşamasına ilişkin, önceki sözleşmeyle neredeyse aynı özellikleri taşıyan ayrı bir sözleşmeye dayanarak paralel bir tahkim yargılaması başlatır. İş sahibinin talebi, yüklenicinin kaynak işini kusurlu ifasından kaynaklanmaktadır. Taraflar, bir önceki yargılamada görev yapan hakemleri atarlar, ancak bu hakemler bir hakem kurulu başkanı üzerinde anlaşamazlar.

Bu kurguda öne çıkan soru, Divan'ın m. 8(5) uyarınca tüm hakemleri atama yetkisini kullanmasına gerek olup olmadığıdır. Tahkim yeri hukukunun, bir davalı ya da davacı grubunun anlaşarak bir hakem ataması yönündeki düzenlemenin tarafların eşit muamelesi ilkesini ihlal etmediğini kabul eden İsviçre hukuku olduğu dikkate alındığında²⁹, Divan'ın tüm hakemleri atama yetkisini kullanmaması ve sadece davalılar adına bir hakem atama yoluna gitmesi muhtemeldir. Divan bu atamayı yaparken, hakemin sahip olması gereken nitelikleri, bu hakemin inşaat uyumsuzluklarında tek hakem ya da kurulun bir üyesi olarak sahip olduğu tecrübeyi ve uygulanacak hukuk olan İsviçre hukukuna aşina olup olmadığını dikkate alacaktır.

Paralel tahkim yargılamalarında ise, Divan'ın önceki davalardaki hakem kurulu başkanını ikinci tahkim davasında da başkan olarak ataması muhtemeldir. Tarafların baş hakemi birlikte atamış olmaları ihtimalinde, Divan bunu dikkate alır. Tahkim davalarının aynı projenin farklı aşamalarında ortaya çıkan uyumsuzluklardan kaynaklandığı ve bu yüzden aynı teknik sorunlara ilişkin olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu davalarda aynı hakemlerin atanması özellikle etkinliği sağlamak ve çelişkili karar verilmesini önlemek açısından faydalı olabilecektir.

²⁹ Böhler/Feit, Art. 8, N. 18.

Sonuç

İsviçre Kuralları uyarınca yürütülen tahkim yargılamalarının temel özelliği, Kurum tarafından gerçekleştirilen sınırlı, fakat etkili yönetim sayesinde etkin ve az maliyetli süreçler olmasıdır. Gerçekten de bu Kurallar uyarınca Divan'ın tahkim yargılamalarına müdahalesinin sınırlı olduğu görülmektedir. Her ne kadar davaların birleştirilmesi ve hakem kurulunun oluşturulması gibi bazı hususlarda Divan'ın takdir yetkisi çok geniş olsa da, Divan bu yetkisini bu çalışmada da değinildiği gibi oldukça sınırlı bir şekilde ve tüm koşulları dikkate alarak kullanmaktadır. Bununla birlikte, Divan'ın bu yetkisi ve Divan'ı oluşturan üyelerin milletlerarası tahkim ve inşaat uyuşmazlıklarındaki tecrübeleri sayesinde, özellikle inşaat sektöründe karşılaşılan, çok taraflı ve çok sözleşmeli karmaşık uyuşmazlıkların etkin bir şekilde çözümlendiği söylenebilir.