

İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM VE KATILIM BANKALARINDA UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

Ensari YÜCEL*

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Türkiye

MAKALE BİLGİSİ

Makale Geçmişi:

Başvuru 27 Temmuz 2017

Kabul 17 Aralık 2017

JEL Sınıflandırma:

G21

J52

K15

Anahtar Kavramlar:

İslam Hukukunda Tahkim

Ticari Tahkim

Türk Hukukunda Tahkim

Katılım Bankası

Uyuşmazlık

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, faizsiz finans ilkelerine göre faaliyet gösteren Katılım bankalarının, kendileri ile paydaşları arasında çıkan uyuşmazlıkları, mevzuatı ihlal etmeden, tahkim yoluyla İslam hukukuna göre çözmelerinin mümkün olup olmadığını araştırmak ve tahkimin yararlarını ortaya koymaktır. Konunun analizi İslam hukuku ve Türk hukuku açısından yapılmaktadır. Araştırma sonuçlarına göre, her iki hukuk sisteminde tarafların iradelerine tabi meselelerde tahkimin cereyan ettiği tespit edilmiştir. Mevzuata göre, Katılım bankalarının çıkan veya çıkacak uyuşmazlıklarda tahkime gidebilmesi için sözleşmelerinde tahkim şartına yer vermeleri veya tahkim sözleşmesi düzenlemeleri gerekir. Taraflar, hakemlere uyuşmazlıkları hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre çözme yetkisi tanıdıkları takdirde, uyuşmazlığı İslam hukukuna göre çözmelerine bir engel görünmemektedir. Araştırmada varılan diğer bir sonuç ise tahkim yargılamasının basit, çabuk, ucuz, gizli ve tarafların hakem ve hukuk seçilebilme haklarına sahip olmaları, tahkimin tercih edilmesini cazip kılmaktadır.

* İslam Ekonomisi ve Finans Bölümü, İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Halkalı Cad. 34303, Küçükçekmece, İstanbul. E-posta: ensari.yucel@izu.edu.tr

Kaynak göster: Yücel, E. (2017). İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü. *İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi*, 3(2), 137-160

ARBITRATION IN ISLAMIC LAW AND SETTLEMENT DISPUTES IN PARTICIPATION BANKS BY ARBITRATION

Ensari YÜCEL*

Istanbul Sabahattin Zaim University, Turkey

ARTICLE INFO

Article history:

Received 27 July 2017

Accepted 17 Dec 2017

JEL Classification:

G21

J52

K15

Keywords:

Arbitration in Islamic Law

Commercial Arbitration

Arbitration in Turkish Law

Participation Bank

Dispute

ABSTRACT

The aim of this Article is to study whether it is possible for Participation banks operating according to interest-free finance principles to apply Islamic law to the settlement of disputes between themselves and their stakeholders by arbitration in frame of the prevailing Turkish law and to demonstrate the benefits of arbitration. The subject is analyzed under Islamic law and Turkish law. It is concluded that arbitration is applicable to the disputes that are within the parties' disposal in both legal systems. According to the Turkish legislation, the Participation banks must include an arbitration clause in their agreement or sign an arbitration agreement in order to settle disputes by arbitration. Moreover, if the Parties have expressly authorized arbitrators to decide disputes 'ex aequo et bono' and as 'amiable compositeur', then it does not appear any obstacle to arbitrators to settle disputes under Islamic law. Another result is that arbitration seems to be very attractive due to its simplicity, speed, cheapness, privacy and the parties have rights to choose arbitrators and law.

*Department of Islamic Economics and Finance, Istanbul Sabahattin Zaim University, Halkalı Cad. 34303, Küçükçekmece, İstanbul. E-mail: ensari.yucel@izu.edu.tr

To cite this article: Yücel, E. (2017). Arbitration in Islamic Law and Settlement Disputes in Participation Banks by Arbitration. *Journal of Islamic Economics and Finance*, 3(2) 137-160.

© IZU International Research Center for Islamic Economics and Finance. All rights reserved.

Sosyal bir varlık olan insan, aile ve cemiyet hayatına ihtiyaç doğar. Yaşadığı sürece, çevresiyle bir takım sosyal, ekonomik, siyasi ve kültürel ilişkiler içerine girer. Bu ilişkinlerin doğal sonucu olarak da zaman zaman ihtilaflar oluşur. Bu ihtilafların bir kısmı taraflarca çözülürken, bir kısmı için üçüncü kişilerin aracılığına ihtiyaç duyulur. İhtilafların çözüm yeri olarak ilk akla gelen mahkemeler olmakla birlikte, arabuluculuk, dostane çözüm ve tahkim gibi alternatif çözüm yöntemleri de tarihte varlıklarını sürdürmüşlerdir. Tahkim, Devletin olmadığı veya zayıf olduğu dönem ve toplumlarda, çoğu kez tek yargılama yöntemi olarak kabul görmüştür.

Tahkimin diğer alternatif çözüm yöntemlerinden farkı kararlarının bağlayıcı olması, mahkemelerden ayrılan yönü ise tarafların kendi hakemlerini seçebilmeleridir. Bu Çalışmada, Katılım bankalarının iktisadi ve finansal faaliyetlerini yürütürken kendileri ile paydaşları arasında çıkan ihtilafları, Türk mevzuatı çerçevesinde tahkim yoluyla İslam hukukuna göre çözme imkanının olup olmadığına ve tahkimi neden tercih etmeleri gerektiğine cevap bulmaktır. Şu tespitin yapılmasında yarar var. Katılım bankaları finansal faaliyetlerini yürütürken Türk mevzuatı çerçevesinde İslam hukukuna göre hareket etmektedirler.

Bu çalışmada araştırma yöntemi olarak tahkim konusu İslam hukuku ve Türk hukuku açısından incelenmiştir. Evvela İslam hukukunda tahkim ele alınmış ve bu kapsamda, tahkim kavramı, mahiyeti, tarihçesi, tahkimin Kur'an, Sünnet, İcma, Örf ve Sahabe uygulamaları bakımından meşruiyeti ve Mecelle'de tahkim mevzuu araştırılmıştır. Yine İslam hukukuna göre, hangi konularda tahkimin caiz olup olmadığı ve hakemlerde aranan şartların neler olduğu üzerinde durulmuştur.

Daha sonra Türk hukukunda tahkim, tahkimin dayanakları, tahkime elverişlilik incelendikten sonra Katılım bankalarının uyuşmazlıklarda tahkime gidebileceğine ilişkin hukuki dayanaklar ele alınmıştır.

Son olarak, Katılım bankalarının paydaşlarıyla yaşadıkları uyuşmazlıklarda, neden tahkimi tercih etmeleri gerektiği izah edilmiş ve tahkime nasıl gidebilecekleri hususunda önerilerde bulunulmuştur.

İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM

İslam öncesi Arap toplumunda var olan tahkim uygulaması İslam'ın gelişinden sonra da devam etmiştir. Burada İslam hukuku açısından tahkimin anlamı, mahiyeti, hukuki dayanakları, tahkime götürülebilecek konular ve hakemlerin vasıfları ele alınacaktır.

Tahkim Kavramı ve Mahiyeti

Tahkim sözlük anlamı, bir konuda bir hüküm vermeyi bir kimseye bırakma, bir kimseyi aralarında hakem atamadır. Atanan kişiye hakem veya muhakkem denir (Ceradat 2012). Hakem tayin eden kişi muhakkim, tayin edilenlerin her biri hakem veya muhakkem olarak adlandırılır (Bilmen 1986). Terim olarak; AAOIFI standartlarında, “tahkim iki veya daha fazla kişinin, aralarındaki uyuşmazlıkları bağlayıcı bir kararla çözecek kimseyi atama hususunda anlaşmalarıdır” (AAOIFI 2010), şeklinde ifade edilmiştir. Mecelle’de ise tahkim, “hasmeynin (tarafların) husumet (uyuşmazlıkları) ve davalarını fasl (çözmek) için rızaları ile ahar (diğer) kimseyi hakim ittihaz etmelerinden ibarettir (md. 1790),” şeklinde tarif edilmiştir. İki taraf, tek bir hakem tayin edebilecekleri gibi birden fazla da hakem de tayin edebilirler (Bilmen 1986). Tahkim, tarafların iradelerine tabi meselelerde, aralarında çıkan veya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için devlet yargısı yerine, hakem denilen kişi veya kişilere başvurmaları konusunda anlaşmalarıdır.

Tahkimde birkaç unsur ön plana çıkmaktadır. Birincisi, tahkim tarafların iradesine tabi bir sözleşme olup bu sözleşme ile taraflar devlet yargısı yerine hakeme başvurmaktadır. Bununla birlikte, hakeme başvurulacak konular devlet yargısına göre sınırlıdır. İkincisi, taraflar iki veya daha fazla hakem seçebilirler. Bu hususta taraflara tam bir özgürlük tanınmıştır. Üçüncüsü, tahkim mevcut bir uyuşmazlıkta veya gelecek bir uyuşmazlıkta cereyan edebilir. Diğer bir özellik ise tahkime uygulanacak hukukun İslam hukuku olması gerekir. Bu özelliğiyle İslami tahkim diğer tahkimlerden ayrılmaktadır (Mencid 2013).

Tarihsel Gelişimi

Uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında, hakem adı verilen kişiler tarafından çözülmesi yöntemi, eski Mısır, eski Yunan ve eski Roma

devletlerinde kabul edildiği bilinmektedir (Akıncı 1997). İlk defa milattan önce 6. ve 4. y.y.'da Yunanlılar başta olmak üzere Romalılar ve eski Mısırlılar, Asurlar, Babiller ve İslam öncesi Araplar tahkime başvurmuşlardır (Yusuf 2013). Kimi yazarlar tahkimin beş bin yıllık bir geçmişe sahip olduğunu iddia etmişlerdir (Balcı 1999). Tahkim kurumunun hukuk tarihi kadar eski olduğu, hatta Kitab-ı Mukaddes'te Hz. Süleyman'ın ihtilaflara hakem olarak baktığı bildirilmektedir (Şanlı 1996). İslam öncesi Arap toplumu tarafından bilinen tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak başvurulmaktaydı. O dönemde fert ya da kabileler arasında çıkan ihtilafların çözümünde kabilenin büyüklerine başvurulurdu. Bu bağlamda Cahiliye döneminde hakemlik konusunda zeka ve bilgeliğiyle Hacib B. Zürare, Akra' b. Hapis, Eksem b. Seyfi ve Abdulmuttalib b. Hişam ün salmış tarihi şahsiyetlerden birkaçıdır. O dönemde hakemlik babadan oğula da geçebiliyordu (Avva 2002). Aslında Cahiliye döneminde kabileler halinde yaşayan Arapların bir yargı sistemi bulunmamakta idi. İhtilafların çözümünde hakem olarak genellikle kabile büyüğüne başvurulurdu (Mencid 2013).

İslam öncesi dönemde tahkime konu olan en meşhur olay, yıkılan Kabe'nin yeniden inşası sırasında Hacer-i Esved'in yerine konulmasında Hz. Peygamberin hakemliğine başvurulmasıdır. Şöyle ki, peygamberlik öncesinde Kabe şiddetli bir sel felaketi ile yıkılmış ve tekrar yapılmaya başlanmıştı. Kabe'nin önemli bir parçası olan Hacer-i Esved'in yerine konulmasında kabileler uyuşmazlığa düştüler. Her kabile, o dönemde de kutsal kabul edilen, Hacer-i Esved'in yerine konulma şerefine kendisine ait olmasını istedi. Bu ihtilaf, onları savaşın eşiğine götürdü. Nitekim önceden küçük sebeplerle aralarında çokça savaşlar meydana gelmişti. Kabileler bu ihtilafı çözmek için hakeme başvurmaya karar verdiler. Alınan karara göre, sabah Mescide kim ilk girerse, onun hakemliğine başvurulacaktı. O gün Mescide ilk olarak "el-Emin" (güvenilir kişi) lakabını verdikleri Hz. Muhammed girmişti. Herkes onun hakemliğini tereddütsüz kabul etti. Hz. Peygamber, tarafları dinledikten sonra sırtındaki abasını çıkardı. Hacer-i Esved'i bizzat alıp abasının üzerine koydu. Sonra her kabileden bir kişinin abasının bir tarafından tutup kaldırmalarını istedi. Daha sonra Hz. Peygamber, yerleştirileceği yerin hizasına getirilen Hacer-i Esved'i bizzat kendisi yerine koydu. Böylece muhtemel bir savaşın eşiğine götürülen uyuşmazlık çözülmüş oldu (İbn-i Hişam 2014).

Tahkimin Hukuki Dayanakları

İslam'ın gelmesiyle birlikte Arap yarımadasında toplumsal bir değişim yaşandı. Siyasi bir düzen ve otorite oluştu. Çıkan uyuşmazlıklar Hz. Peygamber ve sonrasında raşit Halifeler tarafından çözülmeye başlandı. İslam öncesi uygulanan tahkim yargılaması İslam sonrasında da devam etti (Mencid 2013). Tahkimin meşruiyeti Kitap, Sünnet, İcma ve Örf ile sabittir (Zuhayli 1991).

Kur'an- Kerim

Kur'an-ı Kerim'de Nisa suresi 35. Ayette tahkime ilişkin şu hüküm yer almaktadır: “Karı kocanın arasının açılmasından endişelenirseniz, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin; bunlar düzeltmek isterlerse, Allah onların aralarını buldurur. Doğrusu Allah her şeyi bilen ve haberdar olandır.”

İki eş arasında çıkan uyuşmazlığın çözümü için gönderilecek kişilerin hakem mi yoksa vekil mi oldukları hususunda farklı görüşler vardır. Kimilerine göre bunlar vekildir. Ebu Hanife, bir rivayete göre İmam-ı Şafii ve İmam-ı Ahmet, Hasan b. Ebi Hasan ve Zeydiye bu görüştedir. Kimilerine göre ise bu kişiler hakemdir. Medine ehli, İmam-ı Malik, bir rivayete göre Ahmet b. Hanbel, İbn-i Teymiye ve İbn-i Kayim, başka bir rivayete göre İmam-ı Şafii, Hz. Ali, Hz. Osman, İbn-i Abbas, Şa'bi, Evzai, İshak, İbn-i Münzir ve Cumhuriyet bu görüştedir (Neşmi 2016).

Razi'ye göre, hakem seçimini kim yaparsa yapsın, Ayette hem kocanın hem de kadının ailesinden birer hakem gönderilmesi emredilmektedir. Hakem gönderme, zararı gidermeye yönelik olduğu için herkese, bu vazife düşer (Razi 1990).

Kurtubi'ye göre, bu Ayet tahkimin meşru olduğuna delil teşkil etmektedir (Ceradat 2012). Ayet, eşler arasındaki bir ihtilafı çözüme dair olsa da, tahkimin cevazına ve meşruiyetine işaret etmektedir. Dolayısıyla, tahkimin yargı sisteminin olmadığı zamanlarda geçerli olduğu fikri, isabetli görünmemektedir (Bilovi 2012).

Yusuf'a göre tahkimin meşruiyeti, adaleti emreden Nisa suresi 58. Ayetteki, “Allah, size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emrediyor. Doğrusu Allah, bununla size ne güzel öğüt veriyor! Şüphesiz ki Allah, hakkıyla

işitendir, hakkıyla görendir,” hükmüne dayandırmaktadır. Zira Ayette, Allah kullarına adaleti emretmektedir. İnsanlar arasında verilen hüküm, ya yargı yoluyla ya da tahkim ile verilir. Sonuçta insanlar arasında çıkan uyuşmazlığa ilişkin verilecek hükmün adaletle verilmesi emredilmiştir. Ayette hitap, uyuşmazlığa bakan herkese olduğuna göre, hükmü verenin kadı veya hakem olması bu durumu değiştirmez (Yusuf 2013).

İbn-i Abbas’a göre, Ayetin hükmü gereği erkeğin ailesinden bir kişi, kadının ailesinden bir kişi olmak üzere iki salih kişi gönderilecektir. Kötülük yapacak erkek ise, ayırıp erkeğe nafaka sorumluluğu yükleyecekler, kötülük yapan kadın ise ayırıp kadına bir nafaka bağlamayacaklardır (İbni Kesir 1984). Ayetin hükmü gereği, taraflara gönderilecek hakemleri, taraflar mı veya devlet başkanı mı yahut kadı olan kişi mi seçeceği ihtilafı olsa da, tahkimin caiz olduğu anlaşılmaktadır.

Sünnet

Sünnete gelince, tahkimin meşru olduğuna dair pek çok delil bulunmaktadır. Süne-i Ebu Davut’da Said el Hudri’den gelen bir rivayette, Resulullah’ın, Beni Kureyza Yahudileri hakkında karar vermesi için Sa’d b. Muaz’ı tayin ettiği ve Sa’d’ın verdiği hükme razı olduğu bildirilmiştir. Yine Sünen-i Nesei’de geçen rivayete göre,

“Şureyh’in babası Hani (r.a.) şöyle anlatıyor. Elçi olarak Resulullah’ın huzuruna gittiğimde, Resul-i Ekrem-arkadaşlarımın bana ebül Hakem künyesiyle hitap ettiğini işitince- beni çağırarak:

“-Gerçek hakem Allah’dır. Hüküm de onundur, niçin “ebul Hakem” diye çağırıyorsun?” dedi. Ben de:

“-Kavmim bir meselede anlaşamayınca bana gelirler, aralarında hakemlik yaparım, iki taraf da hükmüme razı olurlar” dedim.

Resulullah (s.a.v.):

“Bu ne güzel bir şey! Çocukların var mı?” dedi.

Ben de:

“-Oğullarım Şureyh, Abdullah ve Müslüm var,” dedim.

Resul-i Ekrem (s.a.v.):

“-En büyükleri hangisidir?” dedi, ben de:

“-Şureyh” deyince Resulullah (s.a.v.):

“-O halde sen “Ebu Şureyhsin” buyurdu, bana ve oğluma hayır duasında bulundu.

Araplar büyük oğullarının ismiyle künyelendikleri için Hz. Peygamber de ona “Ebu Şureyh” künyesini vermiştir. Daha sonra oğul Şureyh tabiinler arasında adaleti, doğruluğu ve isabetli karar vermesiyle şöhret bulmuştur” (Nesei 1981).

Resulullah (s.a.v.)’in Ebu Şureyh’in bu filini onaylamasıyla tahkim meşruiyet kazanmıştır. Böylece, İslam öncesinde uygulanan tahkim, Hz Peygamberin söz, fil ve takrirleriyle caiz görülmüştür (Bilovi 2012).

Sahabe Uygulamaları

Beyhaki’den rivayete göre, Hz. Ömer ile Ubey b. Ka’b arasında hurmalık hususundaki bir ihtilafta Zeyd b. Sabit’in hakem olarak hükmettiği, Yine Hz. Ömer ile başka bir adam arasında bir at konusundaki ihtilafta tarafların hakem olarak Şerih’e başvurmaları, benzer şekilde Hz. Osman ile Talha’nın Cebir b. Mutim’in hakemliğine başvurması, tahkimin meşruiyetine delalet etmektedir. Zira, ne Zeyd ne Şerih ve ne de Cebir o anda kadı değillerdi (Ceradat 2012). Yine Hz Osman’ın şehit edilmesinden sonra Hz. Ali ile Muaviye arasında hilafet konusunda çıkan ihtilafın çözümünde hakeme başvurulmuştur (Taberi 1991).

İslam alimlerinin bir kısmı, tahkimin meşruiyetini maslahat, def-ü mefsedet ve sedd-i zerai gibi İslam hukuk kaynaklarına dayandırmışlardır. Genel olarak tahkim, mahkemenin altında, fetva ve sulhun üstünde bir ihtilaf çözme yöntemi olarak kabul edilmiş ve hakem kararları mahkeme kararları değerinde görülmüştür (Neşmi 2016).

İcma

Sahabenin, aralarındaki ihtilaflarda hakemlere başvurmaları ve diğerlerinin buna karşı çıkmamaları, tahkimin cevazı konusunda icma oluştuğuna delalet etmektedir (Yusuf 2013). Sahabe’nin uyuşmazlıklarda

yaygın olarak tahkim yolunu seçmeleri, Kitap ve Sünnetin yanı sıra icma olarak da onun meşruiyetini ispat etmektedir (Mencid 2013).

Örf

Daha önce ifade edildiği gibi, Peygamberlik öncesi Arap toplumunda uygulanan tahkim İslam'ın gelişinden sonra da uygulanmıştır. Hz. Peygamberin vefatından sonra, sahabe de tahkime başvurmuştur. Tahkimi hoş karşılamayan kimse de olmamıştır. Böylece örf ve adet olarak tahkim sürdürülmüştür. O halde tahkim meşruiyetini evvela, İslam hukuku kaynaklarından olan örften almaktadır. Diğer taraftan, tahkimde iki tarafın maslahatı/yararı bulunmaktadır. Bu maslahat herhangi bir zarar içermediği ve İslam hukuk ilkelerine ters düşmediğinden tahkim meşru kabul edilmiştir (Avva 2002).

Mezheplerde Tahkim

Dört mezhep imamı tahkimin meşruiyetini kabul etmiş ve devlet yargısı olan kadılık sistemi yerine tahkime başvurmayı caiz görmüşlerdir (Mencid 2013). İslam hukukunda tahkim kararlarının geçerli olması için uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması ve hakem olacak kişinin belirli vasıfları taşıması gerekir. Mezhepler hangi konularda tahkime başvurulup vurulamayacağı ve hakemde bulunması gereken şartlar hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Tahkime Elverişli Konular

İslam hukukçuları tahkimin meşruiyetini kabul etmekle beraber, hangi konuların tahkime götürülüp götürülemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Burada mezheplerin yaklaşımlarına özetle değinilecektir.

a) Hanefiler

Hanefi mezhebinde, hadler ve kısas hariç, genel olarak, her konuda tahkime gidilebileceği kabul edilmiştir. Zira Hanefilere göre tahkim, bir tür sulhtur. Sulhde ise iki tarafın rızası yeterlidir. Bu çerçevede gerek mali ve gerekse aile uyuşmazlıklarında tahkime cevaz vermişlerdir. Ancak, taraflar,

hadler ve kısas konularında tahkime gidemezler. Çünkü tarafların, kanları üzerinde velayet hakkı yoktur. Mezhepte kabul edilen görüş bu olmakla birlikte, İmam-ı Serahsi kısas konusunda da tahkime gidilebileceğine cevaz vermiştir. Kazf cezası konusunda ise mezhep içinde farklı görüşler bulunmaktadır (Avva 2002). Cessas da, kısas hakkının beni ademin bir hakkı olduğu için tahkimin caiz olması gerektiği görüşündedir (Neşmi 2016). Ömer Nasuhi Bilmen'e göre, nikah, talak, alım satım, kefalet, borçlanma gibi insanların haklarına müteallik konularda tahkim caizdir. Taraflar uygun gördüklerinde bir veya birden fazla hakem tayin edebilirler. Ancak zina ve hırsızlık cezaları gibi hukukullağa ait davalarda tahkim cereyan etmez. Tercih edilen görüşe göre kısasta da tahkim caiz değildir. Tahkim bir çeşit sulh menziline sahiptir. Hukukullahta sulh geçerli değildir (Bilmen 1986). Zira hukukullağa ait davalar kamu davalarıdır. Bu davalar uyuşmazlığın taraflarını ilgilendirmekle birlikte özü itibarıyla kamu düzenine ilişkin davalar olarak görülmektedir.

b) Malikiler

Malikiler, bütün mali uyuşmazlıklarda tahkime gidilebileceği görüşündedirler. Yaralamalar da tahkime konu olabilir. Kısas, zina gibi suçlara verilecek cezalar, dinden dönme, lian, velayet ve nesep davaları tahkime elverişli değildir. Yine Hanefilerin aksine boşanma ve evlilik konularında da tahkime gidilemez (Avva 2002). Malikilere göre şu hususlarda tahkime gidilemez: Kişinin rüştüne erip ermediğine karar vermek, vasiyet, vakıf, gaiplik durumu, nesep, velayet, hadler, kısas, yetim malı, boşama, köle azadı ve lian. Zira bunlar Allah'ın haklarına girmektedir. Maliki alimlerinden İbn-i Arafе, tahkimin ancak, kişinin haklarından feragat edebileceği hususlarda caiz olabileceği görüşündedir (Ceradat 2012).

c) Şafiler

Şafiler, uyuşmazlık konularını tahkime elverişlilik bakımından üçe ayırmışlardır. Birincisi tahkimin caiz olduğu konular. Bunlar, mallara ilişkin haklar, ivazlı akitler, bağış ve ibramın geçerli olduğu sözleşmelerdir. İkincisi cebri icra gerektiren ve yargı alanına giren konular. Bunlar ise Allah'ın hakları (hadler, kısas vb), yetimlerin velayeti, mahcurların durumudur. Üçüncüsü ise tahkime elverişli olup olmadığı ihtilafli konular. Bunlar nikah akdi, lian, kazif ve kısas cezaları (Avva 2002).

d) Hanbeliler

Hanbeli mezhebinde bir görüşe göre, tahkim özellikle mallarda geçerlidir. Nikah, kısas ve kazif cezasında tahkim caiz değildir. Muğni'nin sahibi Hanbeli fakihlerinden İbn-i Kudame'ye göre, tarafların tayin ettiği hakemin hükmü, dört husus dışında geçerlidir. Bunlar nikah, lian, kazif, ve kısastır. Zira bunlar diğerlerinden farklıdır (Neşmi 2016). Başka bir görüşe göre ise, Hanbeli mezhebinde kadının bakabileceği bütün konularda tahkim geçerlidir. Buna göre, kısas, hadler, nikah ve lian gibi konularda, kadı olsa bile kadıyla gitmeden, tahkime gidilebilir (Ceradat 2012).

Bazı alimlere göre tahkim, hadler, kısas, nikah dahil bütün konularda geçerlidir. Bu görüş Hanbelilerin de içinde olduğu İmamiye, Zahiriler ve bir kısım Şafililer tarafından benimsenmiştir. Bu görüş sahipleri, hakemin kadı gibi yargılama yaptığını, dolayısıyla kadının yetkili olduğu bütün konularda hakemin de yetkili olduğunu ileri sürmüşlerdir (Duri 1985). Zuhayli'ye göre, tahkime konu olacak uyuşmazlığın, hadler ve kısas dışında olması gerekir. Buna göre mali meseleler ile evlilik, talak (boşama) gibi şahsi meseleler tahkime elverişlidir (Zuhayli 1991). Mecelle'ye göre ise "hukuki nasa müteallik mal da'valarında tahkim caizdir" (md. 1841)." AAOIFI standartlarında ise tahkim sulhe konu olabilecek ve tarafların hakkında vazgeçebileceği bütün konularda geçerlidir (AAOIFI 2010).

Hakemlerde Aranılan Şartlar

İslam hukukçuları tahkime götürülebilecek uyuşmazlık konularını geniş tutmuşlardır. Bu sebeple uyuşmazlıklara bakacak hakemlerde belirli vasıflar aranmışlardır. Burada hakemlerde aranan şartlara ilişkin mezheplerin görüşleri ele alınacaktır.

a) Müslüman Olmak

Hakemin Müslüman olması bütün mezheplerce şart koşulmuştur. Buna göre, bir Müslüman, gayri-Müslim birini hakem tayin edemez. Hanefi, Maliki, Şafii ve Zahirilere göre, gayri-Müslim'in, Müslüman aleyhine vereceği hüküm geçersizdir. Ancak gayri Müslim birisinin, bir başka gayri Müslim'i hakem tayin etmesinde sakınca yoktur. Hanefilere göre, bu durum

gayri Müslim kişinin başka bir gayri Müslim hakkındaki şahitliğine benzemektedir (Duri 1985). Taraflardan biri veya her ikisi Müslüman ise hakemin de Müslüman olması gerekir. Şayet taraflar Müslüman değilse hakemin Müslüman olması şart koşulmaz (Ceradat 2012). İslam hukukçuları, hakemin Müslüman olmasını, İslam dininin diğer dinlerden üstün olduğu ve dolayısıyla İslam dinine iman edenlerin üzerinde, diğer din mensuplarının velayet ve hakimiyet kuramayacakları gerekçesini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlerini, Nisa Suresinin 141. Ayetinde yer alan, “Allah, kafirler için Müslümanlar aleyhine asla bir yol kılmayacaktır,” hükmüne dayandırılmıştır. Hakem veya hakim yargılaması da bir tür velayet olarak görüldüğü için bunların Müslüman olması gerektiği hususunda görüş birliği bulunmaktadır (Yıldırım 2002).

b) Hukuk Bilgisine Sahip Olmak

Hanefiler hariç diğer mezhepler hakemlerde içtihat ehliyetini gerekli görmüşlerdir. Hanefilere göre içtihada ehliyet gerekli bir şart olmayıp bir tercih sebebidir. Hakemin bizzat müçtehit olması gerekmez. Başkasının içtihadı ile de hükmedebilir (Duri 1985). Cumhura göre, hakemin bütün alanlarda hukuk bilgisine sahip olması şart değildir. Uyuşmazlık alanı ile ilgili hukuk bilgisine sahip olması yeterlidir. Nitekim Hz. Peygamber Sa’d b. Muaz’ı, hukukun tamamını bilmemesine rağmen, hakem tayin etmiştir (Yıldırım 2002). Bir kısım alimler, hakemin mutlak fakih olması gerektiğini görüşündeler. İmamı Şafii, fakih olmayan bir hakemin karar vermesini caiz görmemiştir (Duri 1985). Malikilere göre hakem, müçtehit ise verdiği hüküm bağlayıcıdır. Hakemin hukuk bilgisi yoksa verdiği karar doğru olsa bile bağlayıcı değildir. Hüküm verip de bunun sonucunda bir mağduriyet yaşanırsa hakem, zararı tazmin etmekle yükümlüdür (Duri 1985).

İmamı Şafii’ye göre, hakemlerin, icmalen şahitlik ve kadılık özelliklerini taşıması gerekir. Ayrıca içtihat ehliyetine sahip olması da gerekir. Şafiler, bu şartları tahkimin sıhhat şartları arasında saymışlardır. Bu şartı yerine getirmeyen hakemlerin hükümleri batıldır. Diğer mezheplerin aksine, hakimin de hakem olarak seçilebileceği görüşündeler (Avva 2002). Şafii mezhebinin son dönem alimleri, fakih olması şartını, tahkimin cereyan ettiği uyuşmazlık konusuna hasretmişlerdir (Duri 1985). Hanbeli mezhebi, kadıda bulunması gereken içtihat yeteneğinin hakemde de bulunması gerektiği görüşündedir (Avva 2002).

c) Erkek Olması

Hakemde aranan şartlardan erkek olmasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanbeliler ve Şafiiler seçilecek hakemin erkek olmasını şart koşmuşlardır (Avva 2002). Hanefi, Taberi ve Zahirilere göre kadın hakem olarak seçilebilir. Hanefiler, hadler ve kısas dışındaki konularda kadının hakemliğini caiz görmüşlerdir. İbn-i Hazme göre ise, mutlak olarak kadının hakemliği caizdir (Duri 1985). Hanefiler ve Zahiriler dışındaki mezhepler kadında erkek olma şartını ileri sürmüşlerdir. Hanefiler ve Zahiriler kadınların, kadı da olabileceği görüşündeler. Malikiler de kadınların hakemliğini kabul etmişlerdir. Malikilerden bazıları kadınların hakemliğini belirli konularla sınırlandırmışlardır (Avva 2002). Zuhayli'ye göre, hakem tayin edilecek kişinin, erkek veya kadın olsun, şahitlik ehliyetine sahip olması gerekir (Zuhayli 1991). Günümüzde alanında uzman ve tecrübeli olup üstlendikleri mesleki ve ilmi görev ve sorumlulukları başarıyla yürüten çok sayıda kadın bulunmaktadır. Dolayısıyla diğer özellikleri taşıdığı takdirde kadınların hakem olmasında bir sakınca yoktur (Mencid 2013).

d) Adalet

Fasık kişinin hakem olması konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kadılık şartlarını taşıması gereken hakemin fasık olmaması gerekir. Kadı, fasık olduğu zaman azledilir. Sadr b. Maze bu görüştedir. Şayet taraflar fasık birini hakem seçer de aralarındaki uyumsuzlukta karar verirse, kararı uygulanmaz. Başka bir görüşe göre ise fasıkın hakem olarak tayin edilmemesi önerilmektedir. Ancak taraflar fasık kimseyi hakem seçerse kararı tenfiz olunur (Duri 1985). Malikiler de, kafir, fasık ve çocuk yaştakilerin hakemliğini kabul etmemişlerdir (Avva 2002). Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçulara göre hakemin fasık olmaması şart koşularken (Mencid 2013), Hanefiler adaletin şart olmadığını, bunun bir kemal sıfatı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla Hanefilere göre, fasık birinin hakemliği geçerlidir (Yıldırım 2002).

e) Görme

Görmeyen kişinin hakemliği hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefi ve Şafiilere göre görmeyen kişinin hakemliği caiz değildir. Şahitlik vasıflarından biri kişinin kör olmamasıdır. Görmeyen kişi kadı olamayacağı

gibi hakem de olamaz. Hanbeliler, şahit olan kişide görme şartını aramadıkları gibi, hakem olan kişide de aramamışlardır (Duri 1985).

AAOIFI standartlarına göre, hakemin tam eda ehliyetine sahibi olması ve Müslüman olması gerekir. Ancak ihtiyaç durumunda, tahkime elverişli konularda gayri-Müslim'in hakemliği de caizdir (AAOIFI 2010).

Mecelle'de Tahkim

Kısaca Mecelle olarak bilinen 'Mecelle-i Ahkam-ı Adliye', Osmanlı döneminin ilk medeni kanunu olarak bilinmekte ve konular günümüz kanun tekniğine göre ele alınmıştır (Mencid 2013). Mecelle'nin 1790. maddesinde tahkimin tanımına yer verilmiş, 1841 ila 1851 maddelerinde ise tahkime ilişkin hükümler yer almaktadır. Mecelle'ye göre, tahkim, mala ilişkin davalarda cereyan eder (md. 1841). Hakem kararı, sadece tarafları bağlar ve tarafların tahkime götürdükleri uyuşmazlıklarda geçerlidir. Dolayısıyla karar, üçüncü kişileri ve tarafların tahkime götürmedikleri diğer uyuşmazlıkları bağlamaz (md. 1842). Taraflar tek hakem veya birden fazla hakem seçebilirler (md. 1843). Hakem birden fazla kişi ise kararların ittifak ile alınması gerekir (md. 1844). Hakemlerin uyuşmazlık konusunda başkalarını hakem tayin etmeleri tarafların iznine bağlıdır (md. 1845). Tahkim süresi taraflarca belirlenebilir. Bu süre aşılsa tahkim sona erer (md. 1846). Taraflar karar çıkmadan önce hakemleri azledebilirler. Ancak zorunlu tahkimde taraflar hakemi azledemezler (md. 1847). Hakemlerin kararları, hakimlerin kararları gibi bağlayıcıdır. Kimse kabulden kaçınmaz (1848). Hakem kararı temyize götürüldüğünde usule uygun ise hakim onaylar, değilse kararı bozar (md. 1849).

Tahkim Kararı ve Bağlayıcılığı

Tahkim sözleşmesi ve hakem kararının geçerli olması için İslam hukukun ilkelerine uygun olması gerekir (AAOIFI, 2010). Hakemlerin verdiği kararlar, taraflar bakımından bağlayıcıdır. Bu kararlar tahkim kurallarına uyulduğu müddetçe iki taraf da kabulden kaçınmaz. Çünkü tahkim, iki tarafın rızasına dayalı sulhten daha az değerli değildir (Bilmen 1986). Hakem kararı, sadece taraflar ve tahkime konu olan uyuşmazlıklar bakımından bağlayıcıdır. (Mecelle, md. 1842). Hakem kararı temyize götürüldüğünde usule uygun ise hakim onaylar, değilse kararı bozar (md.

1849). Şafiilere göre hakem kararı bağlayıcı olup tenfiz kabiliyetine sahiptir (Avva 2002). Tahkim, tarafları bakımından bağlayıcı olması yönüyle sulhden ayrılmaktadır. Zira sulhde taraflar arabulucunun sunduğu çözümü kabul edip etmemede serbesttir.

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM

Burada genel olarak pozitif hukukta tahkim ve tahkim çeşitlerinin yanı sıra Türk hukukunda tahkimin geçmişi, tahkime ilişkin hukuki düzenlemeler ve tahkime elverişlilik konuları üzerinde durulacaktır.

Genel Olarak

Son dönemlerde özellikle de uluslararası ticaretin gelişmesiyle tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde tek yöntem olmasa da en önemlisi haline geldi (Mencid 2013). Tarihte Devlet yargısı yanında varlığını sürdürme imkanı bulan tahkim, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında, artan milletlerarası mal ve sermaye hareketleri, yabancı yatırımlar ve çoğalan uluslararası şirketler neticesinde giderek önem kazanmaya başladı.

Tarafları ve konusu bakımından her hangi bir yabancılik unsuru içermeyen tahkim, yerli tahkim/iç tahkim/millî tahkim kavramları ile ifade edilmektedir. Buna karşılık tarafları ve konusu bakımından yabancılik unsuru taşıyan tahkim ise milletlerarası tahkim/yabancılik unsuru taşıyan tahkim olarak kabul edilmektedir (Ekşi 2010). Milletlerarası Ticaret Odası, tahkime konu olacak uyuşmazlığın mahiyetinden hareketle tahkiminin, millî veya milletlerarası olup olmadığını tayin etmektedir. Şayet uyuşmazlık, kalkınma ve yatırım amacıyla yapılan sözleşmelerden doğuyorsa, tahkim milletlerarası özelliğe sahip olacaktır (Kalpsüz 2010).

Milletlerarası uygulamalarda ticari tahkimin, belirli bir kuruma bağlı olarak (kurumsal tahkim) ve belirli bir kuruma bağlı olmaksızın (ad hoc) gerçekleştiği görülmektedir (Akıncı 1997). Kurumsal tahkim hizmetini veren kurumlar, bir mahkeme değildir. Bu kurumlar kendi kurallarının uygulanmasını sağlayan bir tahkim organı olarak görev yapar. Diğer bir ifade ile tahkim kararını veren tahkim kurumları değil, hakemlerdir. Kurumlar ise tahkim sürecini takip eder ve hakem kararlarını şekil yönünden inceler. Kararın esasına girmezler (Ekşi 2009). Tahkim uygulamasında, bazen

herhangi bir kurumun kurallarına bağlı kalmaksızın, tarafların serbest iradeleri ile hakem veya hakem kurulları oluşturulur. Taraflar, tahkim yeri, tahkim süresi, tahkim usulü, tahkimin esasına uygulanacak maddi hukuku kendileri belirlerler. Böylece tarafların somut bir olay için oluşturdukları ve belirli bir kuruma bağlı olmadan yapılan tahkime ad hoc (geçici, özel, arızı) tahkim denir. Ad hoc tahkimde, uygulamada, en çok UNCITRAL model kanun kurallarının tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, UNCITRAL Tahkim Kurallarına yer verildiğinde, tarafların belirlemedikleri hususlar, bu kurallara tabi olunacaktır (Akıncı 1997).

Hukuki Düzenlemeler

Türk hukukunda tahkime dair hukuki düzenlemeler önemli bir geçmişe sahiptir. Osmanlı döneminde konuya ilişkin ilk yasal düzenlemeler 1850 yılında yürürlüğe giren Kanunname-i Ticaret'tir. Bu Kanun'un 40-52. maddeleri tahkimi düzenlemişti. 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'nun 176. maddesi, deniz sigortasından doğan ihtilafların tahkim ile çözülebileceğini düzenlemişti (Taşkın 2003). Ayrıca, 1869-1877 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında hazırlanan ve Osmanlı Medeni Kanunu olarak bilinen Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin Kitab'ül Kaza'nın dördüncü bölümü tahkim hukukunu konu etmiştir.

Daha sonra 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. maddeleri, uzun süre Türkiye'de tahkim düzenlemelerine kaynaklık teşkil etmiştir. Daha sonra 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (4007-444. tahkime ilişkin maddeleri) 1086 sayılı Kanunu'nun yerini almıştır (Ekşi 2013).

Bir diğer önemli düzenleme ise 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'dur. Kanun milletlerarası tahkime dair usul ve esasları düzenlenmek amacıyla çıkarılmıştır. Kanun, yabancılık unsurunun bulunması ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmesi veya taraflar ya da hakemlerce seçildiği durumlarda uygulanır (md.1).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) tahkime ilişkin hükümleri ise, yabancılık unsuru bulunmayan ve tahkim yeri olarak Türkiye seçildiği ihtilafların halinde uygulanacaktır. 6100 sayılı HMK'nın hükümleri günümüz tahkim hükümlerine ve MTK'ya uygun hale getirilmiş olması büyük önem arz etmektedir. Böylece Türk hukukundaki tahkime

ilişkin hükümler, UNCITRAL Model Kanun ile uyumla hale gelmiş ve çelişkilere son verilmiştir (Erdem 2012).

Anayasamızın 90. maddesi çerçevesinde kabul edilen uluslararası sözleşmeler, Türk hukukunun bir parçası sayılmıştır. Bu bağlamda 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun ile kabul edilen ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi’ ile Türkiye’de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi kabul edilmiştir.

Tahkim alanında, Türkiye tarafından imzalanmış olan diğer belli başlı uluslararası sözleşmeler şunlardır: 8.5.1991 tarihli ve 3738 sayılı Kanunla kabul edilen ‘Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi’ ve ‘Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Paris Sözleşmesi’; 27.5.1988 tarihinde Türkiye tarafından uygun bulunan “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Giderilmesine İlişkin Washington Dünya Bankası Sözleşmesi (ICSID)” ve 2.6.1988 tarihli 19830 sayılı Kanunla kabul edilen “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MİGA)’dir (Ekşi 2013).

Anayasa değişikliklerini içeren 14.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’un Resmi Gazete’de yayınlanıp yürürlüğe girmesiyle şu uyum kanunları çıkarılmıştır: Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkındaki 3996 sayılı Kanun’un 2. ve 5. maddelerinde değişiklik getiren 4493 sayılı Kanun, Danıştay Kanunu’n ve İdari Yargılama Usulü Kanun’un Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 4492 sayılı Kanun’un 2. ve 6. maddelerinde yapılan değişiklikle “tahkim yolu ile öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar” idari yargının kapsamı dışına alınmıştır. 4501 sayılı Kanun ile de “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkeler” düzenlenmiştir. Bu Kanun’un 2. maddesinde, uluslararası tahkim ve yabancılik unsuru tanımlanmıştır (Taşkın 2003).

KATILIM BANKALARINDA TAHKİM

Burada Katılım bankalarının Türk bankacılık mevzuatı içindeki yeri, Katılım bankalarının uyuşmazlıklarında tahkime gidebileceğine ilişkin

hukuki dayanaklar, bu bankaların neden tahkimi tercih etmeleri gerektiği ve nasıl tahkime gidebileceğine ilişkin hususlar ele alınacaktır.

Katılım Bankaları

1980’li yılların ortalarında Bakanlar Kurulu kararıyla kurulan Özel Finans Kurumu, 2005 yılında Bankacılık Kanunu’nda yapılan değişiklikle Katılım Bankası adına almıştır (SERPAM 2013). Katılım bankası kar ve zarara katılma esasına göre fon toplama ve kullandırmaya aracılık yapan finansal kurumlardır (Dinç 2015). Katılım Bankası bugün dünyada faizsiz banka veya İslami bankanın Türkiye’deki karşılığıdır. Bazı kaygı ve gerekçelerle faizsiz banka veya İslami banka ismi kullanılmaktan kaçınılmıştır. Ancak 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanun’unda Katılım bankalarının işlem ve faaliyet alanları, faiz ile işlem yapan mevduat bankacılıktan ayrı tutulmuştur. Kanun’da Katılım bankalarının fon toplama ve kredi kullandırma işlemlerini iki hesap altında yapabilecekleri belirtilmiştir (md. 3). Bunlar özel cari hesap ve katılma ve katılma hesabıdır.

Özel cari hesap, “Katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesapları,” (md. 3) ifade eder.

Katılma hesabı ise, “Katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesapları,” (md 3) ifade ettiği belirtilmiştir. Yine Kanun’a göre, Katılım bankaları, geleneksel bankaların faiz esasına dayalı ‘mevduat kabulü’ faaliyetini gerçekleştiremezler (md. 4/v).

Katılım Bankalarında Tahkimin Hukuki Dayanakları

Türk hukukunda ticari uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesine imkan veren iki esas Kanun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi yerli tahkim/milli tahkimi düzenleyen HMK’dır. Diğeri ise milletlerarası tahkim/yabancılık unsurunu taşıyan tahkimi düzenleyen MTK’dır.

Taraflar HMK'nın 412. ve MTK'nın 4. maddesine göre, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş ve doğacak uyuşmazlıklarını, hakem veya hakemler yoluyla çözülmesi hususunda anlaşabilirler (Ekşi 2013).

HMK'nın 407 ila 444. maddeleri yerli tahkimi düzenlemiştir. Bu Kanun, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklara uygulanır (md. 407). Taraflar aralarında yapacakları bir tahkim sözleşmesi (md. 412/1) ile hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakem veya hakem kurulu tarafından çözebilir (md. 412/2). Tahkim sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olabileceği gibi esas sözleşmelere bir ek şart olarak da konabilir (md. 412/2).

Türk mevzuatında tahkime elverişlilik konusu HMK'nın 408. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” Tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf hakkı olan hususlardır. Bu bağlamda kural olarak, tarafların üzerinde sulh yapabilecekleri hususlar tahkime elverişli olarak değerlendirilecektir.

Uyuşmazlık ister sözleşme isterse sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden kaynaklansın tahkime gidilebilir. O halde sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda olduğu gibi haksız fiil ve hukuki ilişkilerden çıkabilecek uyuşmazlıklarda da tahkime başvurulabilir (Kalpsüz 2010). Alacaklarla ilgili uyuşmazlıklar, maddi ve manevi tazminat davaları, taşınır malla ilgili davalar tahkim sözleşmesine konu olabilir (Konuralp 2011).

Bir uyuşmazlığın tahkime konu olabilmesi için iki şartın bulunması gerekir. Birincisi uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, diğeri ise tarafların uyuşmazlığı, tahkime götürecekleri hususunda anlaşmış olmaları gerekir (Akıncı 1997).

HMK'nın 433/3. maddesinde “hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir,” denilmektedir. Aynı hüküm MTK'nın 12/C maddesinde de yer almaktadır. Bu hükmü göre, Katılım bankaları, paydaşlarıyla yapacakları tahkim sözleşmelerinde, hakem veya hakemlere “hakkaniyet ve nasafet kurallarına

göre” karar verme yetkisi verdikleri takdirde, hakemlerin İslam hukukuna göre uyuşmazlığı çözümlenmesinde önünde bir engel görünmemektedir.

Katılım Bankaları Uyuşmazlıkların Çözümünde Neden Tahkimi Tercih Etmelidir?

Türk mevzuatına göre kurulan Katılım bankalarının amacı, İslam hukukuna göre faizsiz finans faaliyeti yürütmektir. Dolayısıyla Katılım bankalarının bir taraftan içinde faaliyet gösterdiği mevzuatı ihlal etmemesi istenmekte, diğer taraftan İslami finans faaliyet yürütürken kendileri ile paydaşları arasında çıkan uyuşmazlıkları İslam hukukuna göre çözmesi beklenmektedir. Bunun mümkün olabileceği yukarıda izah edildi. Kural olarak Katılım bankalarının bütün faaliyetlerini İslam hukukuna göre yürütmesidir. Ancak mevzuat buna her zaman imkan tanımamaktadır. Mevzuatın izin vermediği hususlarda, “zaruretler, memnu olan şeyleri mübah kılar” (Mecelle md. 21) ilkesi gereği belki mazur görülebilir. Ancak “zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur” (Mecelle md. 22) ilkesi gereğince de, mevzuat elverdikçe İslam hukukuna göre faaliyet göstermelidirler.

Ayrıca, Katılım bankalarının tahkimi tercih etmelerinin pek çok avantajı bulunmaktadır. Bunların başında, tahkimde tarafların kendi iradeleriyle hakemlerini seçebilmeleri gelmektedir. Böylece uyuşmazlığın tarafı olan kişiler çözümün de bir parçası olmaktadır. Bunun yanı sıra, hakemlerin alanlarındaki uzmanlığı, kararların çoğu kez tarafların beklentilerine yakın olması, tahkim yargılamasının devlet yargısına nazaran basit, çabuk, ucuz, gizli olması ve tarafların usul ve maddi hukuk seçme özgürlüğüne sahip olmaları, tarafların tahkimi tercih etmelerini cazip kılmaktadır.

Katılım Bankaları Uyuşmazlıklarda Tahkime Nasıl Gidebilir?

HMK'nın 412. ve MTK'nın 4. maddeleri gereğince, Katılım bankaları paydaşlarıyla yapacakları sözleşmelere, sözleşmeden doğan ve doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesi hususunda ek bir tahkim şartı eklemeli veya taraflarca bağımsız bir tahkim sözleşmesi yapılmalıdır.

Ayrıca, HMK'nın 433/3. ve MTK'nın 12/C. maddesi gereği, Katılım bankaları paydaşları ile yapacakları sözleşmelerine ekleyecekleri tahkim şartında veya bağımsız tahkim sözleşmelerinde, uyuşmazlıkların hakkaniyet

veya nasafet kurallarına göre çözülmesi hususunda hakemlere açıkça yetki vermeleri gerekir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uyuşmazlıkların devlet yargısında çözülmesi bir kural olmakla beraber, tarafların iradelerine tabi meselelerde, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmesi alternatif çözüm yöntemlerin başında gelmektedir. Tarih boyunca varlığını sürdüren tahkim, son yüzyılda uluslararası ticaretin artması, yabancı yatırımların çoğalmasıyla uyuşmazlıkların milli mahkemelerde çözülmesi yerine giderek tercih edilir hale gelmiştir.

İslam hukukunda tahkim Kitap, Sünnet, icma, Sahabe uygulamaları ve örf'e göre meşru kabul edilmiştir. Osmanlı döneminin ilk medeni kanunu olan Mecelle ise ayrı bir başlık altında tahkime yer vermiştir.

İslam Mezhepleri arasında tahkime elverişli konuların tespitinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hanefiler, tahkimi mali ve ailevi meselelerle sınırlarken diğer taraftan, Hanbeli alimlerinden bazıları yargı alanına giren bütün konuların tahkim yoluyla çözülebileceğini ileri sürmüşlerdir. Ancak bütün mezhepler, mali konulardaki uyuşmazlıkların, tahkime elverişli olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Cumhura göre, kısas ve hadler gibi hukukullah'a müteallik konular tahkime elverişli değildir. Tahkime elverişlilik bakımından İslam hukuku ile Türk hukuku karşılaştırıldığında, İslam hukukunda tahkime elverişliliğin kapsamı daha geniş tutulmuştur.

İslam hukukunda, tahkime elverişli konuların kapsamı geniş tutulunca tahkim yargılamasını yapacak hakemlerin seçiminde daha titiz davranılmıştır. Hakemin Müslüman olması gerektiği hususunda bütün mezhepler ittifak etmişlerdir. Ancak ihtiyaç durumunda mali konulara ilişkin uyuşmazlıklarda gayri-Müslim kişi de hakem seçilebilir.

Türk hukukunun tahkime ilişkin düzenlemeleri ise uzun bir geçmişe sahiptir. Hem Osmanlı'da hem de Cumhuriyetin ilk döneminden itibaren, tahkime ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. Mevzuatımızda, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıkları düzenleyen MTK ile yabancılik unsuru içermeyen uyuşmazlıkları düzenleyen HMK en önemli düzenlemelerdir. Bu iki kanunun yanı sıra tahkime ilişkin pek çok uluslararası sözleşme kabul edilerek Türk hukukunun bir parçası haline getirilmiştir. Türk hukukunda

tahkim sözleşmesinin geçerli olması uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasına bağlıdır. Türkiye’de bulunan taşınmazların aynine ilişkin uyuşmazlıklar hariç, tarafların iradelerine tabi meselelerde çıkan uyuşmazlıklar, tahkime elverişli kabul edilmiştir. Ancak uygulamada tahkime elverişli konuların tespiti kolay olmamıştır. Kamu düzeni, emredici hükümler ve toplumun zayıf kesimlerini korumak gibi sebeplerle tarafların iradelerinin mahkeme kararlarıyla sınırlandırıldığı olmuştur. Hakimlerin hukukun taraflara tanıdığı sözleşme serbestisine ve yine tahkim hukukunda tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıklarda tahkime gidebilme haklarına, kamu düzeni veya emredici hükümleri dar yorumlayarak müdahil olmaması gerekir.

İslami hassasiyetler gözetilerek faaliyet gösteren Katılım bankalarının aynı hassasiyetle kendileri ile paydaşları arasında çıkan uyuşmazlıkları İslam hukukuna göre çözmesi elzemdir. Türk mevzuatını ihlal etmeden tahkim yolu ile uyuşmazlıkları İslam hukukuna göre çözmesi mümkündür. Ayrıca tarafların hakem seçme özgürlüğüne sahip olmaları, hakemlerin uzmanlığı, yargılama sürecinin basit, çabuk, ucuz ve gizli olması Katılım bankalarının tahkimi tercih etmelerini cazip kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- AAOIFI (2010), el Meayiri el- Şer'iyye, SABB, Bahreyn.
- Akıncı, Ziya (1997), *Milletlerarası Tahkim*, 2. b, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Avva, Fatıma Muhammed (2002), *Akdü't-Tahkim fiş-Şeria ve'l Kanun*, el-Mektebü'l-İslami, Beyrut.
- Balcı, Muharrem (1999), *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, Danışman Yayınları, İstanbul.
- Bilovi, Nidal Cebr (2012), *et-Tahkim fiş-Şeriatil-İslmiyye ve Nizamü't Tahkimi's-Suudi*, Daru's-Sekafe, Amman.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1986), *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhıyye Kamusu*, C.8, Bilmen Yayınları, İstanbul.
- Ceradat, Ahmet Ali (2012), *en-Nizamü'l Kazai fi'l İslam*, Daru's-Sekafe. Amman.
- Diñç, Yusuf (2015), *Gölge Bankacılıktan Regüler Bankacılığa Geçiş-Türkiye'deki Özel Finans Kurumları Örneği*, Beta Yayınları, İstanbul.
- Duri, Kahtan Abdurrahman (1985) *Akdü't- Tahkim fi'l-Fıkhil- İslami ve'l-Kanuni'l-Vaz'i*, Vezaret-ül'-Evkaf ve Şuuni'l-İslami, Bağdat.
- Ekşi, Nuray (2009), "Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizî" Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, S.1, Ankara.
- Ekşi, Nuray (2010), *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.
- Ekşi, Nuray (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, Beta Yayınları, İstanbul.
- Erdem, Avukatlık (2012) (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İç Tahkim-I, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/hukuk-muhakemeleri-kanunu-uyarinca-ic-tahkim-i/> (06.01.2017).
- İbn-i Hişam (2014), *İslam Tarihi Sireti İbn-i Hişam*, (Tercüme: Abdülvehhab Öztürk), Kahraman Yayınları, İstanbul
- İbn-i Kesir (1984), *Hadislerle Kuran-ı Kerim Tefsiri*, C.4, Çağrı Yayınları, İstanbul.
- Kalpsüz, Turgut (2010), *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 2.b, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Konuralp, Cengiz Serhat (2011), *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Tahkim*, İstanbul Üniversitesi, SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı (Doktora Tezi), İstanbul.
- Mecelle-i Ahkam- Adliye
- Mencid Semire Zaim (2013), *et-Tahkimi İslami fi Nizami Gayr-il İslami*, Menşurat el-Halebi el Hukukiyye, Beyrut.
- Neşmi, Acil Casim (2016), *Musteceddât-ul-Muamelelat-ül-Maliyye*, Daru-Ziya, Kuveyt.
- Razi, Fahrettini (1990), *Tesir-i Kebir Mefatihul-Gayb*, C.8, Akçağ Yayınları, Ankara.
- SERPAM (2013), *İslami Finans*, Araştırma Notları, (http://www.tkbb.org.tr/Documents/Yonetmelikler/İslami_Finans.pdf (10.12.2017).
- Sünen'ün Nesei (1981), (Mütercimler: A. Muhtar Büyükçınar, Ahmet Tekin, Ö.Faruk Harman, Yaşar Erol), C.7-8, Kalem Yayıncılık, İstanbul.

Sünen-i Ebu Davud.

Şanlı, Cemal (1996), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul Büyük Şehir B. Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul.

Taberi (1991), *Milletler ve Hükümdarlar Tarihi*, (Çev. Zakir Kadiri Ugan–Ahmet Temir), C.5, M.E.B. Yayınları, İstanbul.

Taşkın, Mine Bayraktar (2003), *Tahkimde Yabancılık Unsuru*, S.15, Adalet Dergisi. Ankara

Yıldırım, Mustafa (2002), *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, İzmir İlahiyat Vakfı, İzmir.

Yusuf, Yusuf Hasan (2013), *Tahkim ed- Devli Beyn-el-Kanun ed-Devli ve-Ş-Şeria'l-İslamiyye*, Merkez el-Kavmi lil İsdarat el-Kanuniyye, Kahire.

Zuhayli, Vehbe (1991), *İslam Fıkıh Ansiklopedisi*, (Mütercimler: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H.Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız), C.8, Risale Yayınları, İstanbul.