

**T.C.  
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ  
FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ**

**ULUSLARARASI FIDIC SÖZLEŞMELERİNDE  
TAHKİM HUSUSUNUN İNCELENMESİ VE  
BİR KAVRAMSAL MODEL ÖNERİSİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**İnş.Müh. Çağlar DALMAZ**

**Enstitü Anabilim Dalı : İNŞAAT MÜHENDİSLİĞİ**  
**Enstitü Bilim Dalı : YAPI İŞLETMESİ**  
**Tez Danışmanı : Yrd.Doç. Dr.Rıfat AKBIYIKLI**

**Haziran 2012**

T.C.  
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ  
FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI FIDIC SÖZLEŞMELERİNDE  
TAHKİM HUSUSUNUN İNCELENMESİ VE  
BİR KAVRAMSAL MODEL ÖNERİSİ

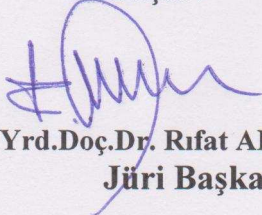
YÜKSEK LİSANS TEZİ

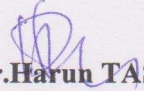
İnş.Müh. Çağlar DALMAZ

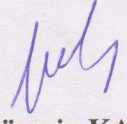
Enstitü Anabilim Dalı : İNŞAAT MÜHENDİSLİĞİ

Enstitü Bilim Dalı : YAPI İŞLETMESİ

Bu tez 06/06/2012 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Oybirliği ile kabul edilmiştir.

  
Yrd.Doç.Dr. Rifat AKBIYIKLI  
Jüri Başkanı

  
Prof.Dr.Harun TAŞKIN  
Üye

  
Yrd.Doç.Dr. Hüseyin KASAP  
Üye

## ÖNSÖZ

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlığın ülke mahkemelerinde çözümlenmeye çalışılması uzun bir vakit gerektirmekte, tarafların farklı milliyet ve maddi hukuk sistemlerine sahip olması süreçleri tıkayarak çözümün uygulanmasını kimi zaman imkânsız hale getirmektedir.

Uluslararası arenada en çok kullanılan standart sözleşmeler FIDIC sözleşmeleridir. Yüksek lisans tez çalışmamın konusunu teşkil eden “Uluslararası FIDIC Sözleşmelerinde Tahkim” uygulaması, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, tarafların rızası ile kurdukları özel hakem mahkemeleri olması ve devlet yargısına göre çok daha hızlı karar alma ve uygulanabilme şansı yaratmasından dolayı çok geniş uygulama alanı bulmaktadır. .

Yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı, tez çalışmamda FIDIC sözleşmelerindeki tahkim konusu, tahkim öncesinde ve sonrasında yapılması gereken prosedür ve uygulamalar hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır.

Konunun incelenmesine geçmeden önce, tezimin hazırlanması aşamasında öngörü ve katkılarını esirgemeyen, üstün hayat tecrübesi ve akademik kariyeriyle sadece tez hazırlık döneminde değil tüm yüksek lisans eğitimim sırasında kendisinden çok şey öğrendiğim tez danışmanım mümtaz insan Sayın Yrd. Doç. Dr. Rifat AKBIYIKLI'ya, bana her zaman desteğini esirgemeyen eşim Nursel DALMAZ ve oğlum Batuhan'a derin saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

# İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ.....	vii
ŞEKİLLER LİSTESİ.....	viii
ÖZET.....	ix
SUMMARY.....	x
BÖLÜM 1.	
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 2.	
FIDIC SÖZLEŞMELERİ.....	3
2.1. İnşaat sözleşmeleri.....	3
2.2. Fidic tarihçesi ve özellikleri.....	5
2.3. Fidic faaliyetleri.....	9
2.3.1. Fidic komiteleri.....	9
2.3.1.1. Hakem Değerlendirme Heyeti.....	9
2.3.1.2. İş Uygulamaları Komitesi .....	9
2.3.1.3. Sözleşmeler Komitesi.....	10
2.3.2. Fidic görev grupları.....	10
2.3.2.1. Kapasite Geliştirme Görev Grubu .....	10
2.3.2.2. Dürüstlük Yönetimi Görev Grubu .....	10
2.3.2.3. Kalite Yönetimi Görev Grubu .....	11
2.3.2.4. Üye Aidatları ve Oy Verme Hakkı Görev Grubu .....	11
2.3.2.5. Sürdürülebilir Kalkınma Görev Grubu .....	11
2.3.3. Fidic Forumları.....	12

2.3.3.1. Risk Yönetimi Forumu .....	12
2.3.3.2. Genç Profesyoneller Forumu .....	12
2.4. Fidic'in amacı.....	12
2.5. Fidic standart sözleşmeleri.....	13
2.5.1. Kırmızı kitap.....	14
2.5.2. Sarı kitap.....	16
2.5.3. Turuncu kitap.....	17
2.5.4. Gümüş kitap.....	18
2.5.5. Altın kitap.....	18
2.5.6. Yeşil kitap.....	19
2.5.7. Beyaz kitap.....	20
2.5.8. Turkuaz kitap.....	20
2.6. Fidic kurallarında sözleşme tarafları ve mühendis kavramı.....	21
2.7. Fidic'te belirtilen uyuşmazlıkların halli .....	25
2.7.1. 1987 ve öncesi sürümlerdeki anlaşmazlıkların halli.....	26
2.7.2. 1987 sonrası sürümlerdeki anlaşmazlıkların halli.....	29
2.7.3. Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü.....	35
2.7.3.1. Müzakere yöntemi.....	37
2.7.3.2. Arabulucu -uzlaştırıcı (uzlaştırma) yöntemi.....	38
2.7.3.3. Kısa duruşma yöntemi.....	39
2.7.3.4. Teknik hakem-bilirkişilik yöntemi.....	40
2.7.3.5. Üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi yöntemi....	41
2.7.3.6. Ön hakemlik yöntemi.....	43
2.7.3.7. Bağlayıcı olmayan tahkim.....	45

### BÖLÜM 3.

TAHKİM .....	46
3.1. Uluslararası tahkim, gelişimi ve tercih nedenleri.....	46
3.2. Tahkimin fayda ve dezavantajları.....	50
3.2.1. Tahkimin faydaları.....	52
3.2.2. Tahkimin dezavantajları.....	54
3.3. Tahkim çeşitleri.....	55
3.3.1. Ülke açısından tahkim.....	56

3.3.1.1. İç tahkim.....	56
3.3.1.2. Dış tahkim.....	56
3.3.2. Düzenleme açısından tahkim.....	57
3.3.2.1. Mecburi tahkim.....	57
3.3.2.2. İhtiyari tahkim.....	57
3.3.3. Yapısal olarak uluslararası açıdan tahkim.....	58
3.3.3.1. Ad Hoc tahkimi.....	58
3.3.3.2. Kurumsal tahkim.....	59
3.4. Kurumsal tahkim mahkemeleri.....	60
3.4.1. MTO tahkim mahkemesi.....	60
3.4.2. Londra Uluslararası Tahkim Divanı.....	62
3.4.3. Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez.....	63
3.4.4. Amerikan tahkim odası.....	64
3.4.5. Diğer kurumsal tahkim merkezleri.....	66
3.5. Fidic’te tahkime dair düzenleme.....	67
3.6. Tahkim sözleşmesi .....	68
3.7. Tahkime uygulanacak hukukun belirlenmesi .....	69
3.7.1. Tarafların Belirli Bir Hukuk Üzerinde Anlaşmış Olmaları Halinde Esasa Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	71
3.7.2. Belirli Bir Hukuk Üzerinde Anlaşmamış Olunması Halinde Esasa Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	72
3.8. Tahkimin yeri.....	73
3.9. Tahkimin dili.....	75
3.10. Tahkimin süresi.....	75
3.11. Tahkim hakem heyetinin teşkil edilmesi.....	76
3.11.1. Hakem isimlerinin tahkim anlaşmasında belirtilmesi.....	77
3.11.2. Hakemlerin taraflarca sonradan atanması.....	77
3.11.3. Hakemlerin üçüncü bir kişi/tarafça atanmasının kararlaştırılması.....	77
3.11.4. Hakemlerin tarafsızlığı.....	78
3.11.5. Hakemlerin reddi ve değiştirilmesi.....	78
3.12. Taraflardan birinin tahkim prosedürüne katılmayı reddetmesi.....	79
3.13. Tahkim prosedürü.....	80

3.14. Tarafların hakem kararında düzeltme-açıklama talep etmesi.....	84
3.15. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi.....	85
3.16. Tenfize dair başvuru şekli ve inceleme usulü.....	89
3.17. Tahkime ilişkin uluslararası sözleşmeler.....	90
3.18. Türk hukukunda tahkime dair kanunlar.....	91
BÖLÜM 4.	
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	95
KAYNAKLAR.....	101
ÖZGEÇMİŞ.....	103

## SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ

AAA	American Arbitration Association (Amerikan Tahkim Kurumu)
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADR	Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)
BK	Borçlar Kanunu
DAB	Dispute Adjudication Board (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu)
DBO	Design Built Operate (Tasarla Yap İşlet)
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs Conceils
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ICE	Institution of Civil Engineers
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez)
LCIA	The London Court of International Arbitration (Londra Uluslararası Tahkim Divanı)
m.	madde
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
NY	1958 tarihli New York Anlaşması
Sf.	Sayfa
TMMMB	Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği
UNCITRAL	United Nations Commision on International Trade Law (Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)



## ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 2.1.	1987 ve öncesi sürümlerdeki anlaşmazlıkların çözümü şeması....	28
Şekil 2.2.	1987 sonrası sürümlerdeki anlaşmazlıkların çözümü şeması.....	34
Şekil 4.1.	Yerli isteklilere açık yapım ihalelerinde yaklaşık maliyeti(YM) eşik değerinin üzerindeki işlerde iç tahkim uygulanması önerisi şeması.....	100

## ÖZET

Anahtar kelimeler: Fidic, uyuşmazlıkların çözümü, tahkim

İnşaat sektörü geniş istihdam ortamı yaratması, milli gelire önemli oranda katkı sağlaması ve sürükleyici-lokomotif sektör olması açılarından, ülke ekonomilerinde önemli ve kritik bir aktördür. Aynı zamanda ulusal ve uluslararası arenada sektörün rekabetçi bir ortam içerisinde çalışması, büyük çaplı altyapı ve üstyapı işlerinde teknik birikim, finansman, uluslararası deneyim ve teknolojik imkânların bir araya getirilmesini elzem hale getirmekte ve bunun sonucu olarak farklı milliyetteki tarafların bir arada çalışmasını zorunlu kılmaktadır.

Tarafların farklı satın alma prosedürlerine, teknik ve hukuki altyapıya sahip olmaları, uzun sürede gerçekleşen ve teknik özellikleri fazla büyük inşaat işlerinde, uzman kurum ve kuruluşlarca hazırlanan standart inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasına ve kullanılmasına neden olmuştur. Bu sayede taraflar açısından sözleşmelerde bir denge ve eşitlik kurularak, teknik ve hukuki alanlarda görüş birliği sağlanması, olası uyuşmazlıklarda riskin asgariye indirilmesi ve çözümünde ortak dil oluşturulması amaçlanmıştır.

Uluslararası arenada Fidic tarafından hazırlanan ve zaman içinde günün kurallarına göre revize edilen standart inşaat sözleşmeleri en çok kullanılan ve tercih edilen sözleşmeler olmuştur.

Standart Fidic sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümü üç aşamalı bir çözüm öngörülmüştür. Bu silsile, uyuşmazlığın Uyuşmazlık Çözüm Kurulu-DAB kanalıyla çözümü, bunda uzlaşma sağlanamıyorsa uyuşmazlığın dostane yollarla çözümü ve son olarak tahkim ile uyuşmazlığın çözümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu tez çalışmasında, üç aşamalı çözümün son basamağını teşkil eden tahkim konusu detaylı olarak ele alınmaktadır.

# **ARBITRATION AT INTERNATIONAL FIDIC CONTRACTS**

## **SUMMARY**

Key Words: Fidic, Dispute Resolution, Arbitration

Cause of creating large employment environment, significantly contribution to the national revenue and being immersive-locomotive sector, construction sector is important and critical actor at the countries' economies. At the same time, sector is working in a competitive environment at national and international arena at large-scale infrastructure and superstructure works that requires technical work experience, funding, international experience and technological facilities. That's all enforces to work together of parties at different nations.

Different procurement methods, the complicated nature of construction contracts, and the fact that there are many technical specifications and legal requirements, has led to basing the construction contracts on standard rules in practice.

The mostly preferred one among these standard rules is the Fidic contracts which is continuously revised for the actual needs of the sector. At standart forms of Fidic contracts three-step dispute resolution is envisaged; settlement of disputes by the help of DAB(Dispute Resolution Board), if there is no reconciliation in this step resolution by amicable–alternative dispute resolution methods, if no reconciliation and last step settlement by arbitration.

In this thesis, subject of arbitration which constitutes the last digit of a three-stage solution is being discussed in detail.

## **BÖLÜM 1. GİRİŞ**

Ülkelerin kamuya ait kıt kaynaklarla ihtiyaç duyulan büyük proje maliyetlerini karşılamadaki zorlukları finansman ihtiyaçlarının dış kaynaklardan sağlanmasını elzem hale getirmektedir. Bunun yanında özellikle gelişmekte olan ülkelerde, yabancı müteahhitlerin deneyimleri, teknolojik imkânları, organizasyonu ve finansman sağlayabilme yeteneklerinden dolayı inşaat sektörünün çok sık olarak uluslararası rekabete sahne olduğu görülmektedir.

Büyük inşaat projelerine ait sözleşmelerin karmaşık yapısı ve teknik özelliklerine ilişkin birçok hüküm içermesi, uygulamada inşaat sözleşmelerinin standart kurallar üzerinde şekillendirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Uluslararası arenada, standart kurallar arasında en çok tercih edilen ve uygulama alanı bulan FIDIC standart sözleşmeleridir.

Sözleşmeler her ne kadar detaylı ve kapsamlı hazırlanırsa hazırlansın, sözleşmenin tarafları arasında gerek işin devamında gerekse bitiminden sonra kendi inisiyatiflerinde olmayan sebeplerden ya da teknik/sözleşmesel hususlardan dolayı önce ihtilafın(çatışmanın) çıkması, sonra da bu ihtilafın uyuşmazlığa dönüşerek tarafların haklarını araması kaçınılmaz bir sonuçtur.

Uyuşmazlığın ülkelerin kendi mahkemelerinde çözümlenmeye çalışılması ve uluslararası nitelikteki işlerde tarafların farklı milliyet ve maddi hukuk sistemlerine sahip olması süreçleri tıkamakta ve çözümün uygulanmasını kimi zaman imkânsız hale getirmektedir.

Yüksek lisans tez çalışmamın konusunu teşkil eden “ Uluslararası FIDIC Sözleşmelerinde Tahkim” uygulaması uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, tarafların

rızai olarak ile kurdukları özel hakem mahkemeleri olması ve devlet yargısına göre çok daha hızlı karar alma ve uygulanabilme şansı yaratması açısından çok geniş uygulama alanı bulmuştur.

Yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı, FIDIC sözleşmelerindeki tahkim konusu, tahkim öncesinde ve sonrasında yapılması gereken prosedür ve uygulamalar hakkında bilgi vermeye çalışılmıştır. Özellikle uluslararası müteahhitlik hizmeti veren firmaların veya ülkemizde FIDIC sözleşmeleri kapsamında yapılan uluslararası ihaleye taraf kamu kurumlarının yönetici konumundaki personelin, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda işin sözleşmesinde taraflarca kabul edilen çözüme yönelik basamakları atlamaları ya da yerine getirmemeleri usul olarak hak kaybına sebep olduğu da bir vakıa teşkil ettiğinden, uygulama ve prosedürler hakkında detaylı bilgiler sunulacaktır.

## **BÖLÜM 2. FIDIC SÖZLEŞMELERİ**

### **2.1. İnşaat Sözleşmeleri**

İnşaat sözleşmesi, özel hukuk hükümlerine tabi inşaat işleri ile idare hukuku hükümlerine tabi kamu ihalelerinin temelini oluşturan bir sözleşme çeşididir. İnşaat sözleşmesi, müteahhidin rizikosunu kendisine ait olmak üzere ücret karşılığında bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek iş sahibine teslim etmeyi taahhüt ettiği bir eser sözleşmesidir.

Tarafları karşılıklı borç altına soktuğundan, “tam iki taraflı akitlerden” sayılan İnşaat Sözleşmesi’nde taraflar Borçlar Kanununda(B.K.) ifadesini bulan akit serbestisi prensibi uyarınca, yasaların çizdiği sınırlar içinde kalmak koşulu ile istedikleri hükümü akitin kapsamına alabilirler.

İnşaat sözleşmeleri, Türk hukukunda BK madde 355’te “ İstisna Sözleşmesi” olarak adlandırılmakta ve güncelleştirilmiş Türkçe ile sözleşme; “ Madde 355: İstisna, bir sözleşmedir ki, onunla bir taraf (müteahhit), öteki tarafın (işverenin) ödemeyi üstlendiği bedel karşılığında bir şey yapmak (imal etmek) borcu altına girer (iltizam eder)” şeklinde tanımlanmıştır [1]. Arapça kökenli bir kelime olan istisna, sanat ve mahareti gerektiren, emek sarf ederek bir şeyi meydana getirmek demektir.

Sözleşme sonunda bir eser yaratıldığı için inşaat sözleşmeleri “eser sözleşmeleri” olarak da tanımlanabilmektedir. Bir sözleşme hukuksal olarak bağlayıcı bir muvafakattir, anlaşmadır [2] .

Borçlar Kanunu hükümlerine göre eser sözleşmesi rızai bir akittir. Tarafların, yüklenici tarafından yapılacak olan ve eser niteliğini taşıyan somut olarak belirtilmiş iş görme sonucu üzerinde anlaşmaları, inşaat sözleşmesinin tamam olması için yeterlidir. Kural olarak, eser sözleşmesi her hangi bir sıhhat şekline sahip değildir. Sözleşmenin tamam olması için gerekli kabulün, hatta icap ve kabulün zımni şekilde olması mümkündür.

Genel hukuk öğretisi ve B.K 19. maddesinde belirtilen dairede sözleşme serbestisi ve bu serbestliğin sınırlarını tanımlamaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesi, tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirmektedir. Tarafların birinin diğerine üstünlük kurmasına ve mağduriyetine yol açan sözleşmeler veya zaman içerisinde işlem temelinin çökmesi sonucu uygulanmaz duruma gelen sözleşmelerde hâkim müdahalesi gerekmektedir. Sözleşme serbestisinin B.K.'daki sınırlamaları ise şunlardır; sözleşmenin konusu emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik(şahsiyet) haklarına, ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır, akdin konusu imkânsız olmamalı, konusu belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Aksi takdirde sonuç B.K. 20. maddesinde butlan(hükümsüzlük) olarak gösterilmektedir.

İnşaat sözleşmeleri taraflara bir takım borçlar yüklemektedir. Bu kapsamda yüklenicinin borçları arasında; işi sadakat ve özenle yapma borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu, işte kullanılan araç, gereç ve malzemeye ilişkin özen borcu, eseri teslim borcu, ayıba karşı tekeffül (kefil olma) ve işverene karşı genel ihbar yükümlülüğü borçları sayılabilir. İşverenin ana borcu, teslim edilen eser karşılığında sözleşmede belirtilen ücreti yükleniciye ödeme borcudur. Bunun yanında inşaat alanının yükleniciye teslimi, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde alt yüklenicileri ve ya malzeme temin edilecek kişileri belirleme borcu, gerektiğinde onay, talimat verme borcu, yüklenicinin işi bitirmesine izin verme borcu ve uluslararası nitelikteki işlerde müşavir mühendisin tayin edilmesi borçları da işverenin borçları arasında sayılabilir [3].

Bir sözleşmenin tarafları, farklı devlet vatandaşlığına veya farklı ülkelerde ikametgâha veya mutata meskene sahipse veya sözleşme konusu şey, hizmet ya da ödemeler bir ülkenin sınırlarını aşmakta ise, o sözleşme uluslararası niteliktedir [4]. Yani sözleşme ‘yabancılık unsuru’ içermelidir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)’da da yabancılık unsuruna vurgu yapılarak tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması, asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi gibi durumlarda olayın yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmekte ve durum uluslararası nitelik kazanmaktadır.

## **2.2. Fidic Tarihçesi ve Özellikleri**

Uluslararası münasebetlerde, iki bazen daha fazla ulus mensubu olan tarafların, hukuk, örf, adet yönünden görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında, bir Uluslararası Tip Sözleşme’nin gereği doğmuştur. Uluslararası arenada birçok tip sözleşme mevcuttur ve kullanılmaktadır. Bunlara örnek olarak, NEC (New Engineering Contract - Yeni Mühendislik Tip Sözleşmesi) EUC (European Union Contract - Avrupa Birliği Tip Sözleşmesi) ICE Contract (The Institution of Civil Engineers - İngiltere İnşaat Mühendisliği Enstitüsü Tip Sözleşmesi) AIA Contract (American Institute of Architects - Amerika Mimarlık Enstitüsü Tip Sözleşmesi) Sample Contract of Engineering Advancement Association of Japan (Japonya Mühendisliği Geliştirme Birliği Tip Sözleşmesi) Sample Contract of the Construction Industry Development Board Singapore (Singapur İnşaat Sanayi Geliştirme Kurulu Tip Sözleşmesi) verilebilir [5].

Bu kurallardan birisi olan FIDIC kurallarında yer alan düzenlemeler, milletlerarası nitelikli inşaat faaliyetlerinde tarafların en çok tercih ettikleri ve bu sebeple de en çok uygulama alanı bulan kurallardır. Uluslararası inşaat projelerinin %30’unda FIDIC kurallarının uygulandığı bilgisi FIDIC’in dünya çapında genel kabul gördüğünü ortaya koymaktadır.



Milletlerarası Ticaret Odası verilerine göre de, bu kuruma yapılan tahkim başvurularının %21'i inşaat işleri ile ilgili olmaktadır. Yapılan başvurularda FIDIC Kuralları ile yapılan anlaşmaların sayıca çokluğu dikkat çekmektedir.

Fransızca “Federation Internationale des Ingenieurs Conceils”in baş harflerinden oluşan FIDIC, “Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu” olarak tercüme edilebilir. Müşavir ve Mühendislerin yer aldığı, ulusal müşavir mühendislik birliklerinden oluşan uluslararası bir federasyon olan FIDIC, 1913 yılında İsviçre'nin Lozan kentinde, Avrupa'da bulunan üç ulusal bağımsız müşavir mühendislik birliği tarafından, federasyon oluşturan ulusal birliklerin üyelerinin ortak mesleki yararlarına hizmet etmek, mesleki çıkarlarını gözetmek ve üyelerin gelişmelerden haberdar edilmesi amacıyla kurulmuştur.

Günümüzde 78 den fazla ülkenin ulusal birliği FIDIC üyesidir ve bu üyelik kapsamı içerisinde bağımsız müşavir mühendislerin büyük çoğunluğu FIDIC tarafından temsil edilmektedir. FIDIC'e her ülkeden ancak bir temsilci atanabilmektedir. Türkiye'den TMMMB 1987 yılında üye olduğu FIDIC, bugün dünya teknik müşavirlik kurallarını belirleyen, Dünya Bankası gibi milletlerarası finans kuruluşlarına yön veren en önemli milletlerarası mühendislik kuruluşudur. FIDIC'in Türkiye temsilcisi TMMMB Dernekler Kanunu'na göre çalışmalarını sürdürmektedir.

FIDIC Kurallarının oluşumu değerlendirilirken, bu kurum ve kurallarının, mühendislik olarak ifade edebileceğimiz teknik müşavirlik mesleğinin kendisini ifadesi olarak ortaya çıktığı da söylenebilir. Mühendislik meslek grubu müteahhitler ve işverenlerin dışında önceki dönemdeki çok da aktif olmayan rollerini artırmak istemişler ve bunu başkaları tarafından kendilerine verilmesini beklememişlerdir. Mühendisler sözleşme yönetiminde sundukları alternatif çözümleri üzerinden etkin bir rol edinmeye çalışmışlardır. Hazırlanan sözleşmelerde mühendisin aktif bir rol oynaması özellikle müteahhitlerin tepkisini çekse de, mühendislerin hazırladıkları

FIDIC kuralları sayesinde ve bu kuralların dünya çapında kabul görmesi sonucu etkinliklerinin süreceğini söylemek doğru olacaktır.

Gelişen dünyadaki uluslararası sözleşme ihtiyacını karşılamak isteyen “Müşavir-Mühendisler Uluslararası Federasyonu” (FIDIC), Bina ve Bayındırlık İşleri Uluslararası Federasyonu “Federation Internationale du Batiment et des Travaux Publics” ile birlikte yaptığı araştırmalar sonunda 1957 yılında ilk tip sözleşmesini yayımlamışlardır. Bu hazırlanan tip sözleşme zamanla revize edilerek dünyadaki önde gelen Müteahhitlik organizasyonları tarafından kabul ve tasdik edilerek uluslararası alanda genel kabul görmüş ve kendisine saygın bir yer elde etmiştir.

Türkiye'nin FIDIC sözleşmesi ile tanışmasının, “Türk Müşavir-Mühendisler ve Mimarlar Birliği”nin FIDIC'e üye olduğu 1987 yılından yaklaşık on beş yıl öncesine rastlandığını söylenilebilir. 1972 yılından itibaren faaliyetlerini yurt dışına da yöneltmeye başlayan Türk yüklenicileri, evvela Libya'da bilahare Suudi Arabistan, Irak, Bahreyn, Ürdün gibi yabancı memleketlerde orijinal FIDIC vb. form sözleşmelerinin tatbikatı ile karşılaşmıştır.[6]

FIDIC Kuralları genel ve özel hükümler olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Her iki bölüm uygulayıcılara farklı imkânlar sunmakta olsa da, FIDIC'in birinci ve ikinci bölümleri bir bütün olarak düşünülmelidir. Birinci bölümü oluşturan genel hükümler, uluslararası ihaleler bakımından hazırlanan ve bazı değişikliklerle iç inşaat sözleşmelerinde uygulanabilecek bütün sözleşmeler için aynı olan genel hükümleri düzenlemektedirken, ikinci bölümü ise işin yapılacağı yerdeki jeolojik ve sosyo-ekonomik şartlar, iş sahibinin işe müdahale isteğinin sınırları, işin tamamının veya bir kısmının teslimi gibi değişken şartlar içermektedir ve her sözleşmenin kendine özgü özelliklerinin yer aldığı, kendi koşulları dikkate alınarak tarafların kararlaştırdıkları ve genel hükümlerle bağlantılı olarak sayı, tarih, yer, sıra vb. belirleyen hükümlerden oluşmaktadır. Bu bölümde taraflara özel koşulları kendi işlerine ve taleplerine uygun bir şekilde düzenleme ve değişiklik yapma imkanı tanınmıştır. Taraflar standart sözleşmeleri içeren kitaplarda düzenlenmiş olan risk

dağılımlarında değişiklik yapabilecek ve özel koşulları diledikleri gibi düzenleyebileceklerdir.

FIDIC ilk yayımlandığı 1957 yılından beri değişik defalar değişiklikler geçirmiştir. FIDIC kuralları hazırlanırken, İngiltere’de bulunan “Institution of Civil Engineers (ICE)” (İnşaat Mühendisleri Odası) kurallarından esinlenilmiştir. Kullanıcılardan gelen geri dönüşümler sayesinde daha iyiyi yakalamak ve yaşanan sorunlarla bir kez daha karşılaşmamak amaçlı yapılan bu değişikliklerin sonuncusu 1999 yılındaki değişikliklerdir.

FIDIC faaliyetlerini daha çok gönüllülerden oluşan ve yönetim kurulu tarafından atanan komiteler, “task forces” ve “forums” aracılığı ile yürütmektedir. FIDIC’in her üyenin iki ilâ altı delegesinden oluşmakta olan bir genel kurulu mevcuttur. Üyeleri her yıl bir başkan, bir başkan yardımcısı ve bir muhasebeci seçerler. Genel kurulun görevleri arasında yönetim kurulunun seçimi yer almaktadır. Yönetim kurulu federasyon faaliyetlerini yürütmekle sorumludur ve bu işlem beş çalışanı bulunan sekreteryaya tarafından gerçekleştirilmektedir. Sekreteryanın, söz konusu beş çalışanı arasında yönetici, genel müdür ve muhasebeci de yer almaktadır ve faaliyetleri yönetici tarafından gerçekleştirilmektedir.

FIDIC standart sözleşmeleri milletlerarası ticaret alanında faaliyette bulunan kişilerce büyük oranda tercih edilmektedir, ancak bunlar sadece taraflarca tercih edilen standart sözleşmeler değildir. FIDIC standart sözleşmeleri aynı zamanda birçok çokuluslu kredi kuruluşunca ve çokuluslu bankalarca benimsenmiştir. İlgili kuruluşlar kredi verirken, finanse ettikleri projelerde veya çıktıkları ihalelerde tarafların işlerinde FIDIC standart sözleşmelerini kullanmalarını şart koşmaktadır. Bu durum FIDIC standart sözleşmelerinin uygulanma alanının genişlemesine büyük katkıda bulunmuştur.

## **2.3. Fidic Faaliyetleri**

FIDIC'in faaliyetleri, Yönetim Kurulu tarafından kurulması kararlaştırılan sürekli komiteler ve görev grupları tarafından yürütülmektedir. Görev grupları tarafından üstlenilen çalışmalar, Forum'da açık ve kesin bir şekilde belirtilmektedir.

### **2.3.1 Fidic komiteleri**

#### **2.3.1.1 Hakem değerlendirme heyeti (assessment panel for adjudicators)**

Uyuşmazlık hakem listesine dâhil edilmek için başvuruda bulunan adayların eğitimi ve eğitimcilerin seçimi konularında sekretarya ile ortak çalışır. Bununla birlikte, eğitime ve listeye dâhil olmak için başvuruda bulunan adayların değerlendirilmesi, listeye alınanların her birinin iki yıl süreyle uygunluğunun devamlı olarak incelenmesi ve liste için tavsiyelerde bulunulması, ayrıca düzenlenen seminerlere katılımın artırılması ve diğer komitelerle ortak çalışmalar yürütülmesi görevlerini üstlenir

#### **2.3.1.2 İş uygulamaları komitesi (business practices committee)**

İş sahibi/Müşavir arasında yapılacak hizmet anlaşma sözleşmesi (beyaz kitap), ortak girişim sözleşmesi, alt müşavirlik sözleşmesi ve diğer yol gösterici yayınların kullanımını izler, müşavirlik hizmetleri ile ilgili konularda Yönetim Kurulu'na bilgi verir ve gerektiğinde seminer temsilcilerinin belirlenmesine yardımcı olur.

### **2.3.1.3 Sözleşmeler komitesi (contracts committee)**

FIDIC tarafından hazırlanması ya da güncellenmesi gereken İdari Şartname ve diğer dokümanları belirler, her dokümanın taslağını oluşturmak için görev grupları oluşturur ve onlara yol gösterir. Yönetim Kurulu'na sunmak için dokümanların son halini gözden geçirir, FIDIC İdari Şartnameleri ile ilgilenen organizasyonlar ve sekreteryâ'nın katılımıyla ortak çalışmalar yürütür, dokümanların kullanımı ve yorumlanmasıyla ortaya çıkan anlaşmazlıklarla ilgili olarak gelen soruların koordinasyonunu sağlamak için sekreteryâ'ya yardım eder. Seminerler ve atölye çalışmalarına ilginin artırılması için çalışma ve istenildiğinde konu başlıkları ve konuşma seçenekleri önerir.

### **2.3.2 Fidic görev grupları**

#### **2.3.2.1 Kapasite geliştirme görev grubu (capacity building task force)**

Yeni müşavirlik firmalarının kapasite geliştirme faaliyetleri ile bu firmaların en uygun kullanımının, Uluslararası Finans Kuruluşları tarafından istenen ihale kuralları ya da yurtdışından müşavir firmalar tarafından yürütülen uygulamalarca ne derece engellendiğini belirler. Bu çalışmanın sonucunda, Görev Grubu, bu olumsuz etkilerin üstesinden gelmek, yerel firmaları güçlendirmek ve yerel firmalar ile yurt dışındaki müşavirler arasındaki "know-how" transferini teşvik etmek için alınması gereken önlemler konusunda tavsiyelerde bulunur

#### **2.3.2.2 Dürüstlük yönetimi görev grubu (integrity management task force)**

FIDIC ve ortakları için uygun ve etkili olan dürüstlük yönetimi sisteminin geliştirilmesinde Uluslararası Ortakları olan IFI'lar (International Finance

Institutions), OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) ve TI (International Transparency) ile birlikte çalışır. Uygulama stratejileri ile ilgili olarak FIDIC'e yol gösterir, konu ile ilgili gelişmeleri takip eder ve uygun platformlarda FIDIC'i temsil eder.

### **2.3.2.3 Kalite yönetimi görev grubu (quality management task force)**

Kalite ile ilgili konularda Yönetim Kurulu'na yol gösterir ve gereken dokümanları hazırlar. Eğitim programları ve müşavirlik sektörü içerisinde Kalite Yönetimi ile ilgili uygulamaları, tecrübeleri toplar ve bunları açıklar, sürekli gelişme kavramını tanıtır. İşverenlere Kalite Yönetiminin kullanımını teşvik ederek, etkili ve verimli bir müşavirlik sektörünün gelişimine yardımcı olur, müşavirlik sektöründe kullanılmak üzere uluslararası standartlar için rehber kitaplar geliştirir.

### **2.3.2.4 Üye aidatları ve oy verme hakkı görev grubu (subscriptions and voting task force)**

Üye aidatları seviyesi, hesaplama yöntemleri, Genel Kurul Toplantısı'nda oy verme hakları ve yetkileri ile ilgili olarak Üye Birliklere danışır, önemli noktaları tanımlar ve alternatifleri geliştirir, bunları değerlendirir. Ayrıca, FIDIC Yıllık Konferansı ile ilgili olarak Yönetim Kurulu'na öneriler sunar.

### **2.3.2.5 Sürdürülebilir kalkınma görev grubu (sustainable development task force)**

Sürdürülebilir kalkınma ile ilgili olarak izlenecek hareket ve stratejik planı geliştirir ve uygular, yönetim araçları da dâhil olmak üzere diğer sektörlerle ilişkili olarak olası görevleri tanımlar, sürdürülebilirlik yolunda ilgili uluslararası organizasyonlarla

işbirliği yapar, üye firmaların sürdürülebilirlik ile ilgili uygulamalara katılımını kolaylaştırmak için strateji geliştirir.

### **2.3.3 Fidic forumları**

#### **2.3.3.1 Risk yönetimi forumu (risk management forum)**

Müşavir mühendislik mesleğinin sahip olduğu riskleri tanımlar ve bu risklerin nasıl yönetilebileceği ile ilgili eğitim programları geliştirerek Yönetim Kurulu'nun onayına sunar. Profesyonel sorumluluk sigortası ile ilgili dünyadaki gelişmeleri takip eder ve gerçekleşen eğilimleri periyodik olarak üyelere duyurur, üyeleri risk yönetimi teknikleri konusunda bilgilendirmek için çalışmalar yürütür ve bu konularla ilgili olarak diğer komitelerle ortak çalışmalar yapar.

#### **2.3.3.2 Genç profesyoneller forumu (young professionals forum)**

Özel komiteleri, FIDIC'in genç profesyoneller ile ilgili aktiviteleri hakkında bilgilendirir, e-mail ve/veya web sayfalarını düzenler, komiteler ve görev grupları ile ortaklaşa çalışmalar yapar [7].

### **2.4. Fidic'in Amacı**

Uluslararası bir federasyon olan FIDIC müşavir mühendis mesleğinin dünyaya tanıtılmasında büyük katkıda bulunmuştur ve yıllardan beri faaliyet alanındaki sorunlara çözüm üretenler arasında birinci sırada yerini almaktadır.

FIDIC'in amacı, müşavir mühendisler için yol göstermek, müşavir mühendislerin ahlaki ve mesleki standartlarını artırarak ortak mesleki yararları geliştirmek, üyeleri arasında bilgi alışverişini sağlamak, üye birlikler, milletlerarası finans kuruluşları temsilcileri, mühendisler ve hukukçular arasında inşaat sözleşmeleri ile ilgili ortak sorunları tartışmak, ticari işlerle ilgili uyuşmazlıklarda yetkili olmak, gelişmekte olan ülkelerde mühendislik mesleğinin ilerlemesine yardımcı olmak için çeşitli seminerler, konferanslar vb etkinlikler düzenlemek, bunun yanı sıra strateji belirleyerek kalıcı gelişmelere yol açmak ve bu doğrultuda küreselleşmeye uyum sağlamaktır.

## 2.5. Fidic Standart Sözleşmeleri

FIDIC kurallarını hazırlayan komiteler yayımlanan tip sözleşmelerinin uygulamalarını dünyadaki üyeleri aracılığı ile ve geri dönüşümler yaparak değerlendirmekte ve değişiklik ve düzeltmeler yoluyla daha iyi uygulamalar için gerekli çalışmaları yapmış olmaktadır. FIDIC yayımladığı versiyonlarla kendisini yenileyebilen aktif bilgi ve tecrübe paylaşımına önem veren bir organizasyondur. FIDIC uygulamalarında en çok kullanılan Kırmızı Kitap, 1999 itibariyle 5. baskısını yaparak değişen şartlara kayıtsız kalmadığını göstermiştir.

FIDIC standart sözleşmelerinin 1957 yılından beri çeşitli baskıları yapılmıştır. Standart sözleşmeler birkaç yılda bir FIDIC tarafından yenilenmektedir. Yenilenmelerindeki amaç, söz konusu standart sözleşmeleri, yenilikler ve değişiklikler karşısında tarafların ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için güncel tutmaya çalışmaktır. Bu amaçla birçok kez yenilenen FIDIC standart sözleşmeleri 1999 yılında çok önemli bir değişikliğe uğramıştır. 1999 yılında yapılan değişiklikte, sadece mevcut standart sözleşmelerde revizyon yapmak hedeflenmemiş ancak sözleşmenin temel amaçlarında da değişiklik yapılması amaçlanmıştır. 1999 yılında yapılan temel değişikliklerden biri, tezimizin konusu ile ilgili olan ve uyuşmazlıkların bir ilâ üç kişiden oluşan bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (DAB-Dispute Adjudication Board) tarafından çözülmesi esasının getirilmesidir.



FIDIC standart sözleşmeleri genel koşullar ve özel koşullar olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Standart sözleşmelerde genel koşulların değişiklik yapılmadan aynen kullanılması amaçlanmaktadır. Özel koşullar ise düzenlenirken, farklı projeler göz önüne alınarak yapılacak olan değişikliklere ve eklemelere izin verir nitelikte hazırlanmıştır. Bu doğrultuda taraflara, özel koşulları kendi işlerine ve taleplerine uygun bir şekilde düzenleme ve değişiklik yapma imkânı tanınmıştır. Taraflar standart sözleşmeleri içeren kitaplarda düzenlenmiş olan risk dağılımlarında değişiklik yapabilecek ve özel koşulları diledikleri gibi düzenleyebileceklerdir. FIDIC standart sözleşmelerinde matbu ekler de mevcuttur, bunlar; kabul mektubu, müteahhidin teklifi, teknik şartnameler, projeler ve keşif cetvellerinden oluşmaktadır.

Her inşaat projesinin kendisine has özellikleri olduğu gerçeği karşısında, kendisini yenileyen ve dünya çapında kabul görmüş bir kurumun farklılıklara kayıtsız kalması beklenemez. FIDIC, proje, sorumluluk ve tasarım farklılıklarını dikkate alarak farklı kitaplar hazırlamış ve uygulayıcıların hizmetine sunmuştur. Bu tip sözleşmeler hakkında aşağıda bilgi sunulmaya çalışılmıştır[8].

### **2.5.1. Kırmızı kitap**

FIDIC tarafından hazırlanmış olan standart sözleşmelerden en fazla bilineni Kırmızı Kitaptır. Kırmızı Kitap ilk olarak 1957 yılında basılmıştır. 1957 yılında “İnşaat Mühendisliği için (uluslararası) sözleşme koşulları” adı altında 1. baskısını kırmızı bir kapakla neşredilmiştir. İkincisi 1969 da yapılmış olup bu baskı 1973 yılında revize edilmiştir. 1977 yılında üçüncü baskısı ve 1987 yılında da dördüncü baskısı yapılmıştır.

FIDIC Kırmızı Kitap’ın son baskısı olan 1999 baskısının önsözünde yer alan tam tanım uyarınca, bu sözleşme türü İşveren ya da onun temsilcisi Mühendis tarafından planlanan bina ve mühendislik işleri için tavsiye edilmektedir. Bu tür sözleşmeler için söz konusu olan olağan düzenlemeler uyarınca Müteahhit, İşveren tarafından

temin edilen bir plan uyarınca işleri yerine getirmektedir. Buna karşın bu işler arasında, Müteahhit tarafından planlanmış, sivil işlerin, mekanik işlerin, elektrik işlerinin ve/veya inşaat işlerinin bazı unsurları yer alabilir.

Yeni Kırmızı Kitap temelde eski Kırmızı Kitabın güncelleştirilmiş hali olup tasarımı işveren tarafından yapılan her tür işi kapsar ve işlerin "nasıl yapılacağı" üzerine odaklanır [5].

Kırmızı Kitapta düzenlenen standart sözleşme, projenin veya tasarımın iş sahibi tarafından hazırlandıktan veya hazırlandıktan sonra ihaleye çıkarılan projelerde kullanılmaktadır. Yüklenici iş sahibi tarafından hazırlanmış olan tasarımlar doğrultusunda işin ifa edilmesini sağlamakla görevlidir. Kırmızı Kitapta temel konu işlerin yüklenici tarafından nasıl yapılacağı sorunudur. Yapılan işin mühendislik riskleri işverene aittir. Yapılacak işle ilgili yüklenicinin alternatif çözümlerini değerlendirmeye almamak bu kitabın en önemli dezavantajıdır. Projeler-tasarımlar işveren tarafından hazırlandığı için yükleniciler alternatif çözümler önermeye özendirilmez ve bu know how bilgisine sahip olan yüklenicilere bilgilerini kullanma imkânı tanınmamış olur.

Kırmızı Kitap yapılan işlerin yönetimi ve denetimini müşavirin yapmasını öngörür. Kırmızı kitap sözleşmeleri su kanalizasyon şebekeleri, boru hattı, yol, köprü, baraj ve bina yapımı, katı atık arıtma tesisleri gibi göreceli olarak basit ve inşaat işlerinin çoğunlukta olduğu projelerde kullanılır.

Kapak renginden dolayı ile "Red Book" olarak tanınan ve adı "İnşaat İşleri Standart sözleşmesi (Conditions of Contract for Construction)" olan kırmızı kitap, inşaat sözleşmesinin temel ilkelerini tespit etmektedir. Kitabın başlığı TMMMB tarafından "İnşaat İşleri İdari Şartnamesi" olarak çevrilmiştir.

Kırmızı kitabı 1969 yılında “Asya ve Batı Pasifik Mütahhitleri Birlikleri Uluslararası Federasyonu” 1971 yılında ise “Amerika Birleşik Devletleri Genel Mütahhitleri Birliği” ve “Amerikalılar Arası İnşaat Endüstrisi Federasyonu” kabul ve tasdik etmişlerdir [9].

### 2.5.2. Sarı kitap

FIDIC Rainbow (Gökkuşluğu) olarak da tarif edilen FIDIC Kitapları içerisinde Kırmızı Kitaptan sonra en çok kullanılanı, kapak renginden dolayı “Yellow Book” olarak bilinen ve ilk baskısını 1963 yılında yapmış olan Sarı Kitaptır.

Sarı Kitap projelerin ve tasarımın yüklenici tarafından üstlenildiği işlerde önerilmektedir. Tasarım işini gerçekleştiren yüklenici riskin büyük kısmını üstlenmektedir. Kırmızı Kitabın aksine tasarımı gerçekleştiren yüklenici, yaptığı işe geçmiş tecrübe ve birikimlerini de katarak know how avantajını kullanma imkânı bulmaktadır. Yüklenici işverene ve kendisine yenilik getiren önerileri sunabilir. İşveren, tasarım ve projeyi yükleniciden bekler ancak uygulamaya başlamadan önce işverenin yüklenicinin yaptığı tasarımı onaylama veya reddetme yetkisi vardır. Tasarım yüklenici tarafından yapıldığı için sorumlulukta yükleniciye aittir.

İşveren, yükleniciye çizimler ve hesaplar ile ne istediğini bildirmek yerine, yükleniciden beklentilerini “işveren istekleri” adında bir belge hazırlayarak ve sözleşmeye ekleyerek bildirilir. Bu belgede yapılması gereken işlerin nitelik ve nicelik olarak tanımları yapılır. Sarı Kitap uygulamalarında işlerin proje ve tasarımlara göre yapılıp yapılmadığını ve genel olarak sözleşmenin uygulamasından FIDIC genel uygulamalarına paralel şekilde mühendis sorumludur. Sarı Kitap daha çok teknik konularda uygulama alanı bulduğu için, müşavirin çok donanımlı olması gerekir.

Elektromekanik ağırlıklı inşaat ve montaj işleri Sarı Kitap'ın en çok uygulama alanı bulunduğu yapım işleridir. Barajların inşaat kısmı Kırmızı Kitap'a göre yürütülürken, barajın elektromekanik bölümünün Sarı Kitap'a göre yürütülmesi uygun olacaktır. Pompa istasyonları, içme suyu ve atık su arıtma tesisleri, sanayi tesisleri, katı atık projeleri, kompostlama, transfer, ayırma ve geri çevrim üniteleri, baca gazı filtrasyonu vb. gibi tesisleri Sarı Kitap uygulamaları için tipik örneklerdir.

Tam adı Mekanik ve Elektrik Proses Tesisleri ve Tasarım Yapım Standart Sözleşmesi (Conditions of Contract for Mechanical and Electrical Process Plant/Design-Build) olan sarı kitabın son baskısı 1999 yılında yapılmıştır. Kitabın başlığı TMMMB tarafından "Elektrik ve Makine İşleri İdari Şartnamesi" olarak tercüme edilmiştir.

Yeni Sarı Kitap, FIDIC Sarı Kitap'ın ve Turuncu Kitapların kapsamalarını birleştirmek ve harmanlamak amacı ile yazılmıştır

### **2.5.3. Turuncu kitap**

1995 yılında ilk baskısını yapan ve kapak rengi dolayısıyla Turuncu Kitap olarak tanımlanan bu sözleşme, Tasarla-Yap ve Anahtar Teslimi için sözleşme koşulları olarak isimlendirilmektedir. (Conditions for Design-Build and Turnkey) Bu kitapta inşaat çizim ve tasarımlarının yüklenici tarafından hazırlanacağı anahtar teslimi inşaatlarda işveren-yüklenici aralarındaki ilişki düzenlenmektedir. Genelde finansmanı yüklenici tarafından sağlanan projelerde uygulanır.

Turuncu Kitap Yeni Sarı Kitaba çok benzer. FIDIC'in eski yayınlardan olan Eski Sarı Kitap ve Turuncu Kitap 1999 yılında tekrar yorumlanarak, Yeni Sarı Kitap ve Gümüş Kitap ortaya çıkarılmıştır. Diğer eski kitapların kullanımda olmamasına karşılık Turuncu Kitap kullanılmaya devam edilmektedir. Turuncu Kitap tasarım sorumluluğunun yükleniciye ait olduğu her tür

projede kullanılabilir ve genel olarak "ne yapılmalı?" sorusuna odaklanır. Turuncu kitap tasarım sorumluluğunun yükleniciye ait olduğu her türlü projede kullanılabilir.

#### **2.5.4. Gümüş (gri) kitap**

Türkçeye "Mühendislik-Satın Alma-Yapım /Anahtar Teslimi Projeler için İnşaat Sözleşmesi (Condition of Contract for EPC/Turnkey) olarak çevrilebilir. Bu Kitap, yeni Sarı Kitapla birlikte, eski Sarı ve Turuncu Kitapların yerini almaktadır. Tasarım sorumluluğu bütünüyle yükleniciye aittir.

Gümüş Kitap, yüklenicinin mühendislik, tedarik, yapım işlerinin tümünü üstlendiği anahtar teslimi projelerde önerilmektedir. Gümüş Kitaba göre yüklenici, riskin neredeyse tamamını üstlenmektedir.

Genellikle müşavir kullanılmayan Gümüş Kitap'ta kontrolü, işveren kendisi yapar. Müşavir kullanılmadığı için uyuşmazlıkların çözümünde uzun süre kaybedilebilir. Gümüş Kitap projenin tamamlanmasının ardından yüklenicinin bir süre işletmecilik de yapacağı ve dolayısıyla tasarımın uzun yıllar için uygunluğunun kendisi açısından da önem taşıdığı Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet-Sahip ol, Yap-İşlet-Sahip ol-Devret, Yap-İşlet vb projelerde kullanılması tercih edilir. Atık su tesisi, enerji santrali, fabrika, kanalizasyon tesisleri, su şebekeleri, ulaşım sistemleri gibi büyük finansman gerektiren ve alt yapıyı ilgilendiren projelerde kamu kaynağının özellikle yetersiz olduğu projelerde kullanılır.

#### **2.5.5. Altın kitap**

Tam adı Tasarla-Yap-İşlet Projeleri İçin Sözleşme Koşulları (DBO Conditions of Contract for Design Build and Operate Projects,) olan altın kitap 2008 yılında yayınlanmıştır. Özellikle yükleniciden işi tasarlaması ve inşa etmesinin yanında,

tesisin uzun vadeli işletmesi bu sözleşmenin ana temasını içermektedir. Bu kitap içinde proje tasarımının oluşturulması ve işletilmesi ile ilgili bir dizi kapsamlı görsel formda grafik ve akış diyagramları içermektedir. Bu hususlar FIDIC görev grubu tarafından, içinde DBO çalışması bulunan işlerde yeni terminolojiyi kolaylaştırmak ve anlaşılmasını sağlamak için sözleşmeye konulmuştur.

Gümüş Kitap'a benzer bir yaklaşım içerir. Çoğunlukla sermaye arayışı içinde olan yatırım projeleri için uzun bir işletme süreci öngörülerek geliştirilmiştir. Çoğu zaman Yüklenici bir konsorsiyum veya JV'dir.

### **2.5.6. Yeşil kitap**

Kapak rengi ile "Green Book" olarak tanınmakta olan kitabın adı "Kısa Sözleşme Formu" (Short Form of Contract) olup son baskısı 1999 yılında yapılmıştır. Yeşil Kitap sözleşme bedeli 500.000 ABD Dolarından küçük ve/veya süresi 6 ayı geçmeyen küçük projelerde veya kazı gibi basit ve tekrarlanan işlerde kullanılmaktadır. Sözleşme, iş sahibinin yapmış olduğu bir tasarımın veya kararlaştırmış olduğu bir projenin yüklenici tarafından ifasını kapsayan işler için kullanılabilir gibi, bütün tasarımın ve diğer işlerin yüklenici tarafından gerçekleştirildiği işlerde de kullanılabilir. Yeni Kırmızı Kitap kullanılacak ancak kapsamı küçük olan işler için idealdir. Sözleşmede müşavir kavramı yoktur. Onun yerine işveren ya da onun atadığı bir işveren temsilcisi vardır. Bu kişi müşavir de olabilir, ama önemli olan atanan bu kişinin bağımsız olmamasıdır.

İşveren açısından tasarım masraflarının düşük olması ve basit nitelikte olması sebebiyle riskleri daha azdır. Yeni Kırmızı Kitap kullanılacak ancak kapsamı küçük olan işler için idealdir. Sözleşmede müşavir kavramı yoktur. Onun yerine işveren ya da onun atadığı bir işveren temsilcisi vardır..

Yeşil Kitap basite indirgenmiş bir FIDIC formatı olup yatırım değeri ve kapsamı büyük olmayan her tür yapım işi için uygundur. Yeni Kırmızı Kitap kullanılabilir ancak kapsamı küçük olan işler için idealdir. Ayrıca, basit ve tekrara dayalı daha büyük çaptaki işlerle kısa süreli işlerde de kullanılabilir. Yeşil Kitap belediyelerin küçük çaptaki bina, yol, köprü, şebeke ve tesis inşaatı, onarımı ve rehabilitasyon işleri için kullanılabilir. İşlerin uluslararası değil yerel ya da ulusal ölçekte ihale edileceği durumlarda uygulanır

### **2.5.7. Beyaz kitap**

FIDIC Beyaz kitap (Client/Consultant Model Services Agreement) işveren ile danışman arasındaki sözleşmeler için hazırlanmıştır. Genel ve özel koşulların yanı sıra bir anlaşma metni ve formatı içerir. Beyaz kitap, FIDIC kitapları arasında kapsamı mühendislik ve müşavirlik olan sözleşmeler için tek model oluşunu yanı sıra dünyada en yaygın kullanılan işveren ve mühendis(müşavir) arasındaki sözleşme tipidir. Sözleşmenin kullanımı çok yaygındır ve tüm dünyada iyi bilinmektedir. Beyaz kitap, son derece açık bir formata sahip olup hükümler net, açık ve kısadır.

Yeni Beyaz Kitap genel amaçlı teknik yardım, yatırım öncesi değerlendirme ve fizibilite çalışmaları, hizmetlerinin uluslararası ihale prosedürlerine göre temin ve ihale edilmesi gereken her türlü inşaat, montaj ve işletme işlerinin tasarımı, yönetimi ve kontrollüğü işlerinde kullanılır. Buna ilaveten, sınırlı olarak tedarik işlerini de gerektiren, örneğin hava kirliliği izlenmesi, su havzası yönetimi, kirliliğin yaygın kaynaklarda kontrolü, su kaçakları analizi gibi düşünsel boyutu ağır basan hizmetlerde de uygulamaları mevcuttur [2].

### **2.5.8. Türkuaz kitap**

2006 yılında yayımlanan Türkuaz kitap (The Turquoise Book for Dredging and Reclamation Works) tarama ve ıslah işlerinde kullanılmak içindir.

## 2.6. Fidic Kurallarında Sözleşme Tarafları ve Mühendis Kavramı

FIDIC standart sözleşmelerinde sözleşmenin tarafını yüklenici ve iş sahibi oluşturmaktadır. Türkiye'deki uygulamada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda işveren ve yüklenici olarak ifade edilen sözleşme taraflarına FIDIC sözleşmeleri, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte sözleşme uygulaması aşamasının en önemli aktörü olan, teknik müşavir olarak nitelendirebileceğimiz “mühendis” tarafını da eklemiş bulunmaktadır.

İşveren işi yaptıran, öneren, tanımlayan, bazı durumlarda proje ve şartnameleri hazırlayan ya da hazırlattıran ve ücreti ödeyen taraftır. Yüklenici eseri sözleşme ve eklerinde belirtilen esaslara uygun olarak süresinde inşa ve teslim etmekle yükümlü olan taraftır.

FIDIC standart sözleşmelerinin uygulamasında önemli rolü olan mühendis, sözleşmenin tarafı değildir ancak iş sahibi tarafından sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmek amacı ile işveren tarafından atanmaktadır ve sözleşmenin sorunsuz yürütülmesinden sorumludur. İşveren sözleşme süresince teknik, idari, mali konularda kendi nam ve hesabına gözetim, denetim ve karar verme yetkisi olan mühendisi atayarak kendi teknik eleman ve bilgi yetersizliği başta olmak üzere eksikliklerini danışmanı olarak mühendisi ataması sayesinde kapatarak, işi istediği şekilde yürütme imkânına kavuşmuş olmaktadır. FIDIC sözleşmelerinde adından en çok söz edilen kişi olan mühendis, sözleşmenin amacını istenilen şekilde sonuçlandırılması için, gerekli yerlerde müdahale etme yetkisi de kendisine verilen son derece yetkin ve yetkili bir aktör konumundadır.

Mühendisin görevi projenin veya işin, iş sahibi ve yüklenici arasında imzalanan sözleşme hükümlerine uygun olarak ifa edilmesini sağlamak ve inşaatın sözleşmede belirlenen teknik şartlara uygunluğunu denetlemektir. Mühendisin hakları FIDIC standart sözleşmesinin hükümleri ile kısıtlıdır ve sadece taraflara ait olan bazı hakları



kullanabilmesi söz konusu değildir. Örneğin, mühendisin sözleşme hükümlerini değiştirme hakkı yoktur, sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi ancak tarafların mutabakatı ile gerçekleşecektir. Mühendisin aynı şekilde bir tarafı, sözleşme kapsamındaki herhangi bir yükümlülüğünü veya herhangi bir sorumluluğunu yerine getirmekten ibra etme yetkisi de yoktur. Mühendis gerçek ya da tüzel kişi olabilmektedir. FIDIC standart sözleşmelerinde mühendisin çeşitli teknik ve mali görevleri yer almaktadır.

Mühendis, çizimleri ve dokümanları uygunluk ve elverişlilik bakımından incelemek, onaylamak, saklamak, işin gerçekleşmesi için gerekli talimatları vermek, malzeme, demirbaş ve işçiliği kontrol etmek, bunlarla ilgili testler yaptırmak, kalite ve miktarlarda değişiklik yapmak, gerekirse işi durdurmak, yapılan işlerde eksiklik bulunmamasını sağlamak, gerekirse bu durumları belgelendirmek ile sorumludur [5], [6].

Teknik açıdan bakıldığında, mühendisin tasarım alanında gözetimci; işin amaca, sanat kurallarına ve teknik belgelere göre gerçekleştirilmesinde sözleşmenin yönetiminden ve kalite kontrolünden sorumlu olduğunu söyleyebiliriz. Bu teknik görevlerin yerine getirilmesi bakımından mühendis, işverenin yardımcısı (vekili) konumundadır. FIDIC sözleşmelerinin kırmızı kitap inşaat işleri idari şartnamesi başlıklı birinci bölümünde 88 yerde mühendis ve yetkilerine atıfta bulunmaktadır [10].

Ölçüleme işlemlerini yapmak ve götürü pozların analizini onaylamak, hakediş raporu dolayısıyla müteahhide ödenecek miktar için iş sahibine olur vermek, yedek akçe ödemeleri için talimat vermek, kısmen veya tamamen işletmeye alma işlemlerini, bitirme testlerini gözetmek, varsa eksik ve kusurları tespit etmek, bu işlemlerle ilgili belgeleri, geçici ve kesin kabul belgelerini onaylamak, iş sahibine ait risklerin gerçekleşmesi, testlerin uzaması veya işin durdurulması talimatı sonucu olarak yüklenicinin süre uzatma, fiyat artırma talepleri hakkında işveren ve yükleniciye danışarak karar vermek mühendisin görevleri arasındadır.

Sözleşmenin her safhasında tasarım ile ilgili belgeleri elverişlilik ve uygunluk açısından incelemek, kalite ve miktarlarda değişiklik yapmak, işin gerçekleşmesi için gerekli talimatları vermek, malzeme ve işçiliği kontrol etmek mühendisin teknik görevleri arasında sayılabilecektir. Ayrıca yüklenici tarafından hazırlanan aylık geçici istihkakları inceleyip tasdik etmek, bitirme testlerini gözetlemek, geçici ve kesin kabul belgelerini tasdik etmek ise mühendisin mali görevleri arasında gösterilebilecektir. FIDIC kapsamında mühendise çok güçlü yetkiler de verilmektedir. İş sahibi herhangi bir değişiklik yapabilmesi için söz konusu değişiklik ile ilgili talimatın verilmesini mühendisten talep etmelidir. İş sahibinin, işin ifası ile ilgili bir değişiklik talimatını doğrudan doğruya yükleniciye vermesi halinde ise yüklenici söz konusu değişikliği yerine getirmeden önce mühendisin onayını almalı ve vereceği talimatlara uymalıdır.

FIDIC Sözleşmesinde, mühendisin projenin yapımına başlamadan önce, başladıktan sonra ve projenin bitiminden sonraki aşamalarda faaliyetleri yer almaktadır. Ancak mühendisin bu üç aşamada da bulunması şart değildir. Bu durumda mühendis, işin tasarım aşamasından sonuna kadar devam edebileceği gibi, değişik aşamaların bazılarında yer alabilir ya da değişik aşamalarda değişik mühendislerde görev alabilir.

Uygulamada mühendisin başarısızlığı halinde işin tüm sonuçlarına onun katlanması düşünülemez. Mühendisin aldığı ücretle yükümlülüklerini birlikte dikkate almak gerekir. Bu nedenle mühendisin sorumluluğu, belli bir miktarla sınırlanmalıdır. Bu sınırlama, belli bir miktarın gösterilmesi suretiyle olabileceği gibi, belli bir yüzdeyi aşmayacak şekilde tavan rakama konulması suretiyle de olabilir. Sorumluluk genel olarak mühendisin aldığı müşavirlik ücretini aşamayacak şekilde tespit edilebilir. Mühendislerin, işverenin işi yaparken karşılaşılabilecekleri bazı durumlarda da ilave sorumluluk altında oldukları, aksine bir hüküm yoksa kabul edilir. Haksız fiil sorumluluğu, insana ve mala zarar sorumluluğu, gizli ayıplara karşı sorumluluk bu kapsamında değerlendirilebilir. Mühendisin bu riskleri karşılaması çok zor olduğu için, risklerini sigorta ettirip poliçeye de bu ve benzeri riskleri ilave ettirmesi gerekir.

Mühendisin sorumlulukları sözleşmeyle sınırlanmamışsa, kendi mali boyutunu aşan işlerde risklerini sigorta ettirmesi gerektiği düşünülmektedir.

Mühendisin yapacağı işlerdeki sorumluluğu profesyonel sorumluluk sigortası ile teminat altına alınmış ve olabilecek zarar ve ziyanlar da bu şekilde garanti altına alınmıştır. Profesyonel Sorumluluk Sigortası teknik mühendislerin taahhüt ettikleri kaliteli hizmetin güvencesidir. Mühendis işverene karşı “makul özeni gösterme yükümlülüğü” altındadır. Bundan anlaşılması gereken ise o işin yapılmasından sorumlu olan mühendisin yerinde olabilecek herhangi bir mühendis işini yaparken göstereceği özendir. 1998 yılında yenilenen Beyaz Kitap taraflar arasında yapılacak müşavir mühendislik sözleşmesinin esaslarını ortaya kaymak bakımından bağlayıcı olmayan ancak yol gösterici mahiyette bir kaynaktır.

Mühendisin tutması ve muhafaza etmesi gereken kayıtlar bulunmaktadır. İhtilaf çözümü esnasında bu belge, kayıt ve tutanakların ilgili makama verilmesi gerekir. İlgili belgeleri mühendis tutmamış veya saklamamışsa kusur sorumluluğu ve akdi sorumluluk çerçevesinde sorumlu olacaktır. Yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye dayanarak, yüklenicinin mühendise karşı bir iddia ileri sürmesi mümkün değildir. Yüklenici ancak bu sözleşmeye uygulanan hukukun izin verdiği ölçüde mühendisin kusurlu olduğunu ileri sürebilir. Mühendis işin proje aşamasından teslim edilmesine kadar geçen sürede faal bir rol aldığı için kusurlu bir davranışı ile yükleniciye bir zarar verirse, bu zararı karşılamak durumunda kalabilir. Yüklenici tarafından kusura dayanarak talepte bulunulabilmesi için mühendisin yükleniciye karşı bir özen gösterme borcunun olması, bu özen borcunun mühendis tarafından yerine getirilmemiş olması ve özen borcunun yerine getirilmemiş olmasından dolayı mühendisin öngörebileceği bir zararın meydana gelmiş olması aranır. Mühendisten kaynaklanan bir sebep yüzünden yüklenicinin zarara uğraması halinde, mühendis işverenin yardımcı kişisi durumunda olduğu için çoğu kez bu zararlardan işveren sorumlu olur. Bu takdirde, yüklenicinin mühendise karşı bir dava açması söz konusu olmaz; yüklenici, ancak iş sahibine karşı dava açabilir.

Mühendisten, sözleşmenin ifası sırasında tarafsız olarak yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenmektedir. Sözleşmede yer alan ve mühendisin kararına tabi durumlarda, mühendisin söz konusu kararı verirken tarafsız ve hakkaniyetli davranması öngörülmektedir.

İş sahibi ve mühendis arasındaki ilişki FIDIC standart sözleşmelerinde en çok tartışılan konulardan biridir. Mühendisin, iş sahibi ile arasındaki iş ilişkisi sebebiyle, tarafsızlık niteliğinin güvenilir olup olmadığı, yüklenicinin mühendisin kararına tabi hususlarda haksızlığa uğrayıp uğramadığı tartışılmaktadır. Diğer yandan iş sahibini de şüpheye sokan durumlar söz konusudur, özellikle az gelişmiş ülkelerdeki iş sahipleri, çoğunlukla mühendisin yüklenici ile aynı tâbiyette olması sebebi ile mühendisin tarafsızlığına kuşku ile yaklaşmaktadır. Aslında nihai olarak belirtmek gerekir ki mühendisin kararı ne yüklenici ne de iş sahibi için nihai ve bağlayıcı mahiyettedir, sonuçta her iki taraf da mühendisin kararına karşı sözleşmede belirtilen uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmektedirler [21],[22].

## **2.7. Fidic'te Belirtilen Uyuşmazlıkların Halli**

FIDIC sözleşmelerinde uyuşmazlıkların(anlaşmazlıkların) halli-çözümü (settlement of disputes) konusuna geçmeden evvel şu hususun belirtilmesinde fayda bulunmaktadır; FIDIC kuralları dünya genelinde kabul görmüş olsa bile dernek statüsüne sahip bir organizasyon tarafından yayımlandığı için, hukuki anlamda bir dernek faaliyetinden farkı yoktur [6]. Dolayısıyla ülkemizdeki kamu ihale mevzuatında olduğu gibi, en son sürümündeki halinin kullanılması mecburi değildir. İşverenler kitapların ister 1987 sürümünü isterlerse 1999 sürümünü kullanmakta hukuksal anlamda her hangi bir kısıtlamaya tabi değildirler aksine serbesttirler. 1999 yılında FIDIC, uyuşmazlıkların halli ile ilgili olarak standart sözleşmelerinde önemli bir değişiklik getirmiştir. İşverenlerin istedikleri sözleşme sürümü kullanabilmeleri serbestîleri yüzünden 1999 yılından önceki 1987 sürümünde ve 1999 yılı sürümdeki kitaplarda belirtilen süreçler ayrı ayrı ele alınacaktır.

### 2.7.1. 1987 ve öncesi sürümlerdeki anlaşmazlıkların halli

İşveren ve yüklenici arasında, idari, mali, teknik hususlardan, işin yapımı esnasında gecikmelerden ve işin devamı sırasında ya da bitiminden sonra ortaya çıkan sorunlarla ilgili anlaşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır. Ancak ortaya çıkabilecek her türlü anlaşmazlık(uyuşmazlık) FIDIC standart sözleşmelerinin 67. maddesinde belirtilen hükümler çerçevesinde çözümlenecektir. Bu madde uyarınca FIDIC standart sözleşmeleri tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için üç aşamalı bir çözüm yöntemi öngörmektedir. Bu üç aşamalı çözüm yönteminde uyuşmazlık ilk olarak mühendise bildirilecek ve uyuşmazlık ile ilgili mühendisin kararı beklenecektir. Mühendisin vermiş olduğu kararı taraflardan birinin kabul etmemesi durumunda, ilgili taraf standart sözleşmede belirtilen süre içerisinde ilgili karara karşı tahkim yoluna başvurabilecektir. Taraflardan birinin tahkim talebi üzerine yine kurallarda belirlenen ve aşağıda daha detaylı olarak belirtilecek sürede taraflar dostane çözüm yolu ile aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışacaklardır. Dostane çözüm yolu ile bir sonuca ulaşamayan taraflar tahkim prosedürünü başlatacaklardır.

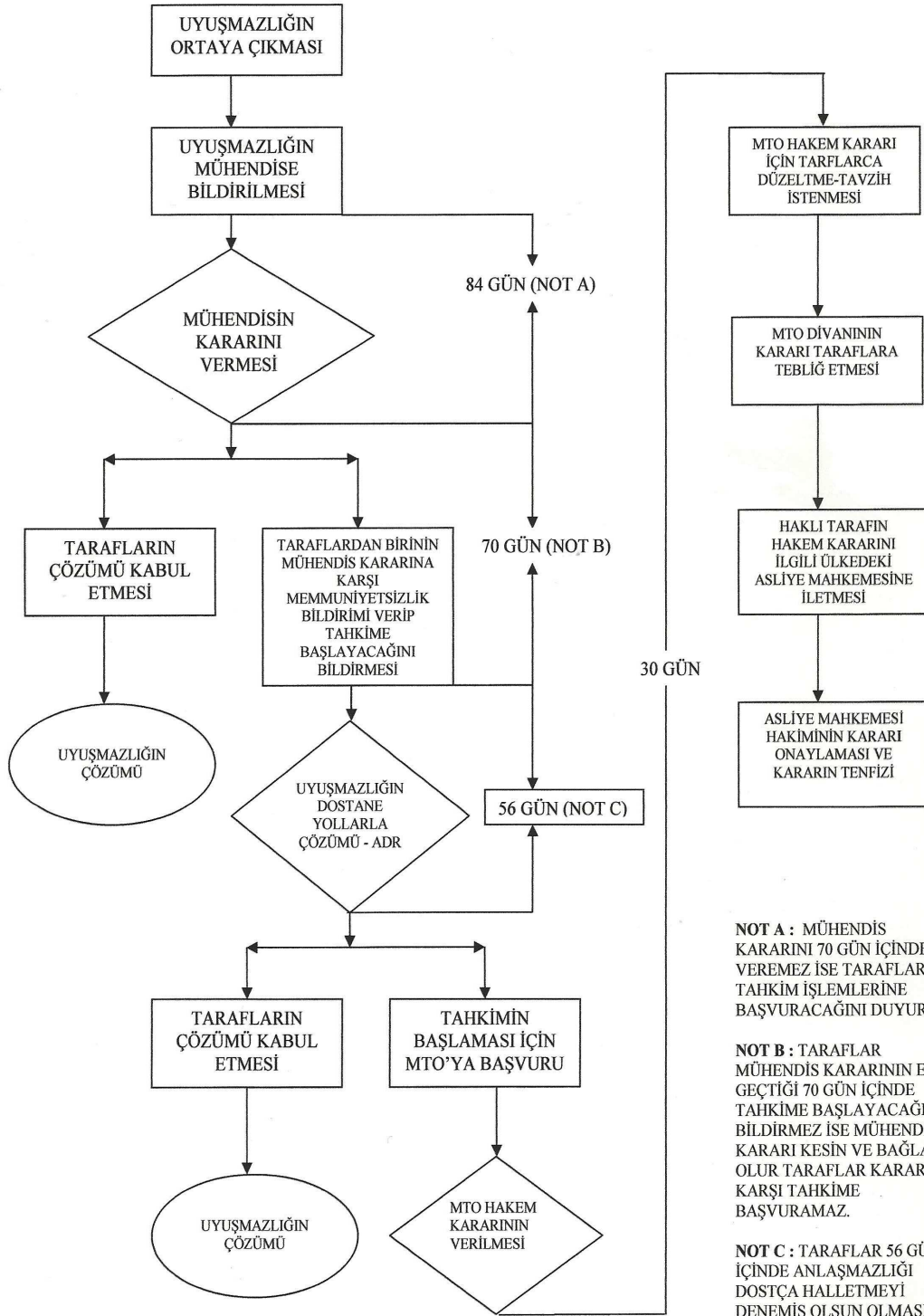
Bu üç aşamalı çözüm yönteminde anlaşmazlığın niteliği ne olursa olsun, hepsi ile ilgili olarak ilk önce mühendise başvurulmalıdır. Mühendise havale edilecek olan işler ile ilgili olarak bir ayırım yapılmamıştır. Uyuşmazlık ister hukuki olsun ister teknik, her halükarda ilk olarak mühendise iletilecektir.

Mühendise ait bir karar ortaya çıkmadan taraflar tahkim prosedürünü başlatamazlar. Tarafların aralarındaki uyuşmazlık mühendise yazılı olarak bildirilmeli, söz konusu bildirim bir kopyası da karşı tarafa iletilmelidir. Bu durumda mühendis uyuşmazlık ile ilgili olarak tarafların kendisine müracaat etmelerini müteakip 84 gün içerisinde kararını verecektir. Mühendisin vermiş olduğu karar taraflarca uygulanabilecek ya da taraflardan en az biri karara 70 gün içerisinde itiraz edebilecek ve tahkim prosedürünün başlatılmasını talep edebilecektir.

Mühendisin 84 gün içinde kararını vermemesi veya taraflara kararı bildirmemesi durumunda da, ilgili 84 günlük sürenin bitiminden itibaren 70 gün içerisinde tahkim yoluna başvurulabilecektir. Tarafların mühendisin kararına itiraz etmemeleri durumunda, ilgili karar taraflar üzerinde kesinleşmiş ve bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu halde söz konusu karara karşı tahkim yoluna müracaat etme şansı ortadan kalkacaktır.

Mühendisin kararının kesinleşmesini müteakip bir tarafın bu karara aykırı davrandığı durumlar için, FIDIC kurallarının 67.4. maddesinde, FIDIC'in uyuşmazlık çözüm yöntemine bir istisna getirilmiştir. FIDIC 67.4. maddeye göre taraflardan birinin, mühendisin vermiş olduğu karara itiraz etmemesi ve bunun sonucunda kesinleşen karara aykırı davranması halinde, diğer taraf, tekrar mühendise veya dostane çözüm yoluna başvurmaya gerek olmaksızın tahkim prosedürünü başlatabilecektir. Bu düzenleme ile mühendisin kararı ve dostça hal tarzı yoluna başvurma aşamaları ortadan kalkmaktadır.

Taraflardan en az birinin mühendisin vermiş olduğu kararı uygun bulmaması ve karara itiraz etmesi durumunda, uyuşmazlığın çözümü amacı ile tahkim prosedürünün başlatılması için talepte bulunulması gereklidir. FIDIC kurallarının 67.2. maddesi uyarınca, tahkim prosedürünün başlatılması yönünde yapılacak olan bildirim müteakip, ilgili prosedür başlamadan önce taraflar dostane çözüm yolu ile aralarındaki anlaşmazlığı denemiş olmaları gerekmektedir. Yani taraflar dostane çözüm yolu ile aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışmadan tahkime başvuramayacaklardır. Son aşamada ise, FIDIC kurallarının 67.3. maddesi uyarınca(aksi belirtilmediği sürece) tarafların uyuşmazlıklarının çözümüne MTO Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını tavsiye etmektedir. Fakat taraflar sözleşmede isterlerle MTO kuralları yerine arızı tahkim ya da diğer kurumsal tahkim türlerini de seçebilirler. Hatta uyuşmazlığı devlet yargısında çözümlenmeyi de hüküm altına alabilirler. Eğer bu konu ile ilgili olarak taraflar, FIDIC standart sözleşmesi haricinde bir husus belirtmemişler ise MTO tahkim kuralları geçerli olur [8]. 1987 ve öncesi sürümlerdeki anlaşmazlıkların halli şematik olarak Şekil 2.1'de gösterilmiştir.



Şekil 2.1 1987 ve öncesi sürümlerdeki anlaşmazlıkların çözümü şeması

### 2.7.2. 1987 Sonrası sürümlerdeki anlaşmazlıkların halli

Uyuşmazlık kurulu konsepti 1960'ların sonunda ABD'de "Dispute Review Board" olarak ortaya çıkmıştır. 1995'te uluslararası alandaki en büyük finansman kuruluşu olan Dünya Bankası sözleşme formlarında uyuşmazlık kurulu kullanımını zorunlu hale getirmiştir. Dünya Bankasının yaptığı bu önemli değişikliklere paralel olarak FIDIC de mühendisin anlaşmazlıklarda hakem rolünü değiştirerek bu görevi 1995 yılında önce Turuncu Kitapta 1996 yılında ise Kırmızı Kitapta "Uyuşmazlık Kuruluna" (Dispute Board) devretmiştir. FIDIC yaptığı bu önemli revizyon ile uyuşmazlık kurulunun kararını, bir tahkim mahkemesi tarafından değiştirilmedikçe veya değiştirilinceye kadar, taraflar arasında bağlayıcı nitelikte düzenlemiştir. FIDIC sözleşmelerinde söz konusu kurulu adı "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu" (DAB- Dispute Adjudication Board) olarak geçmektedir.

1999 yılında yayımlanan ve "yeni" ön adıyla bilinen kitaplarda DAB'na ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. Bu düzenlemelerin kapsamı DAB ile taraflar arasında yapılacak sözleşmeye ilişkin esasları ve çözüme dair usulleri içermektedir. Taraflar bu düzenlemeleri değiştirebilecek, eklemeler yapabilecek veya bunların yerine başka düzenlemeler üzerinde anlaşabileceklerdir.

Uyuşmazlık Kurulu; projenin teknik boyutuyla ilgili bilgi ve deneyim sahibi bir veya birden fazla (genellikle üç) profesyonelden oluşan, projenin başında kurularak projenin gelişimini takip etme ve anlaşmazlıklara uyuşmazlığa dönüşmeden müdahale etmeyi mümkün kılacak şekilde organize olan uyuşmazlık önleme ve çözüm organıdır. Kurulu oluşturacak kişilerin bağımsız ve ihtilâf konusu işte uzman kişiler olmaları önemlidir.

Fidic standart sözleşmelerinde kurulun rolü iki aşamalıdır. Bu rollerden ilki uyuşmazlıkların önlenmesidir. Bu durumda kurul anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşmesini engellemek için görüş üretebilir. Diğer rol ise uyuşmazlıkların



çözümüdür. Bu durumda ise kurul, taraflar arasında projenin herhangi bir aşamasında sözleşmeden veya işlerden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın çözümü için karar üretmektedir.

Sözleşmede belirlenmemiş ise, sözleşmenin başlangıç tarihinden itibaren 28 gün içinde taraflar Uyuşmazlık Kurulu'nu oluşturmakla yükümlüdür. Her bir taraf diğerinin onayına sunmak üzere bir aday belirler. Başkan olarak görev yapacak 3. üye de tarafların ortak kararı ile seçilir. Eğer belirtilen sürede Kurul üyeleri seçilemezse, üyeler ihale dokümanında belirtilmiş olan tayin etme makamı (Appointing Authority) tarafından atanır.

Kurul'un sözleşme formlarında öngörüldüğü şekilde kısa sürede karar üretebilmesi için üyeler sahayı periyodik olarak (yılda en az üç kez) ziyaret ederler ve işlerin ilerleyişi hakkında bilgi edinirler. Kurul'a başvuru Mühendis'in kararına itiraz sonrasında mümkün olduğundan, başvuruyu itiraz eden taraf yazılı olarak yapar. Diğer taraftan da görüşü yazılı olarak istenir. Kurul isterse oturumlarla tarafları dinleyebilir, projeye ilgili tüm kayıtları inceleyebilir, taraflardan ve teknik personelinden tanıklık isteyebilir, başka uzmanlardan görüş alabilir. Taraflar itiraz süresi içinde kararı uygulamak zorundadır. Kararın bu şekilde bağlayıcı olması projenin planlandığı şekilde ilerlemesini sağlamaya yöneliktir.

DAB, taraf talebini müteakip 84 gün içinde veya DAB tarafından teklif edilecek ve taraflarca uygun bulunacak olan süre içinde uyuşmazlığa ilişkin gerekçeli kararını vermelidir. DAB, söz konusu kararını madde 20.4 uyarınca vermiş olduğunu ilgili kararda belirtmelidir. DAB'nun uyuşmazlığa ilişkin kararı, uyuşmazlık taraflarca dostane yollarla çözümlenmeye çalışılmadıkça veya tahkime götürülmedikçe, derhal yerine getirilmekle taraflar için bağlayıcı hale gelecektir. Yüklenici, sözleşme sona ermedikçe veya feshedilmedikçe, sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Tarafların veya taraflardan herhangi birinin DAB'ın kararından memnuniyetsizlik duyması halinde DAB'ın ilgili kararını müteakip 28 gün içinde veya DAB'ın 84 gün içinde (veya taraflarca belirlenecek bir başka süre içinde) uyuşmazlığa ilişkin karar verememesi halinde ilgili sürenin bitimini müteakip yine 28 gün içinde taraflardan biri diğer tarafa memnuniyetsizliğini belirten bir bildirimde bulunmalıdır. Her iki durumda da ilgili bildirimde, bildirim FIDIC alt madde 20.4 kapsamında yapıldığı, uyuşmazlığın konusu ve tarafın memnuniyetsiz oluşunun sebepleri belirtilmelidir. DAB'ın kararının taraflara bildirilmesini müteakip 28 gün içinde, taraflardan birinin karara ilişkin memnuniyetsizliğini belirten, ilgili bildirim yapılmaması halinde, DAB'ın kararı taraflar için nihai ve bağlayıcı olacaktır.

Taraflardan herhangi biri 28 gün içinde memnuniyetsizliğini belirten bildirimde bulunmadıkça, taraflar kesinlikle uyuşmazlığa ilişkin tahkim sürecini başlatmaya yetkili değildir. Ancak bu durumun iki istisnası mevcuttur. İlk olarak, DAB'ın kararını müteakip 28 gün içinde taraflardan birinin karara ilişkin memnuniyetsizliğini belirten bildirim yapılmaması sonucu nihai ve bağlayıcı nitelik kazanan DAB kararına taraflardan birinin aykırı davranması veya ilgili karara uymaması halinde diğer taraf durumu DAB'a bildirmeksizin ve uyuşmazlığı dostane yollarla çözüme yoluna başvurmaksızın, uyuşmazlık ile ilgili olarak, tahkime başvurma hakkını haizdir. Diğer bir istisna ise uyuşmazlığın ortaya çıktığı anda DAB henüz oluşturulmamış ise, DAB'ın görev süresi sona ermişse veya benzeri sebeplerden dolayı DAB mevcut değil ise bu halde uyuşmazlık ile ilgili olarak taraflar DAB'a başvurmaksızın veya dostane yollarla uyuşmazlığın çözümü yoluna gitmeksizin aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götüreceklerdir.

Uyuşmazlık kurulları sadece uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir role sahip değildir, aynı zamanda tarafların arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce sorunu ortadan kaldırmayı amaçlayan bir mekanizma olarak da görev yapmaktadırlar. Bazı hallerde uyuşmazlık kurulu tarafların aralarındaki sözleşmeyi imzalamalarını müteakip kurulmakta ve sözleşme süresince görev yapmaktadır. Sözleşme süresince işin yapıldığı yeri ziyaret ederek tarafların şikâyetlerini dinlemek

üzere toplantılar yapar. Kurul karar almasını gerektiren herhangi bir durum olması halinde kısa ve gayri resmi oturumlar düzenleyebilecektir. Uyuşmazlık kurulunun en önemli avantajı, sözleşme süresince tarafların yanında olan ve onların faaliyetlerini gözleyen, uzman kişi/kişilerden oluşan, bir kurulun işlerin yapılması sırasında mevcudiyetinin söz konusu olmasıdır. Uyuşmazlık kurulu tarafların belki daha sonradan bir soruna yol açacağına ihtimal dahi vermedikleri fiillerinde veya kararlarında taraflara yol gösteren bir mekanizma olarak rol almaktadır. Bu sayede taraflar, aralarındaki sorun bir uyuşmazlığa dönüşmeden, ilgili sorunu ortadan kaldıracabileceklerdir [8]

Uyuşmazlığın, uyuşmazlık kurulunda nasıl çözümlendiğini düzenleyen, usule ilişkin FIDIC kuralları haricinde kurallar da mevcuttur. “MTO Uyuşmazlık Kurulu Kuralları” (ICC Dispute Board Rules) da taraflarca benimsenebilir ve uygulanması hüküm altına alınabilir.

MTO farklı ihtiyaçları karşılamak amacı ile farklı nitelikte uyuşmazlık kurullarına ilişkin düzenlemeler yaparak taraflara seçim özgürlüğü tanımaktadır. Bu durum paralelinde MTO Uyuşmazlık Kurulu Kuralları, işlevlerine göre üç tip uyuşmazlık kurulu düzenlemiştir. Bunlar; Uyuşmazlık İnceleme Kurulu (Dispute Review Board - DRB), Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Board - DAB), Kombine Uyuşmazlık Kurulu (Combined Dispute Board - CDB)'dur.

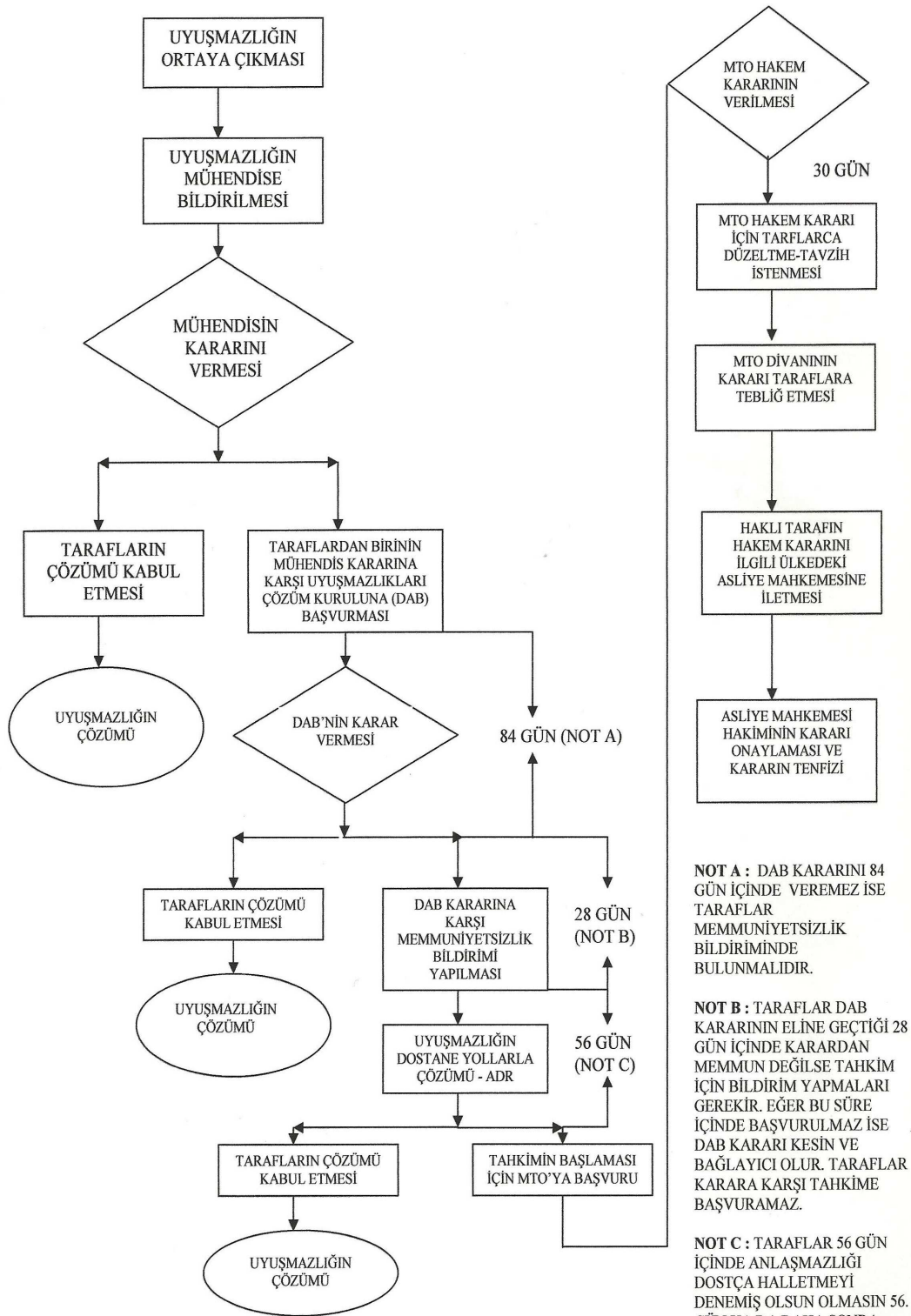
Uyuşmazlık İnceleme Kurulu (Dispute Review Board - DRB) Bu kurul tarafların aralarındaki uyuşmazlığı inceler ve bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğinde görüş üretir. Görüş üzerinde anlaşılırsa bağlayıcı bir karar niteliği alır. Bu görüş taraflardan en az birince kabul görmezse diğer çözüm mekanizmalarına başvurulur (genellikle tahkim).

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Board - DAB) Dostane bir anlaşma veya tahkim ile revize edilmedikçe tarafların uymak zorunda olduğu geçici

ancak bağlayıcı bir karar verir. Karara 28 gün içinde itiraz edilmezse karar nihai ve bağlayıcı hale gelir. DRB’de görüşün verilmesinden görüşün bağlayıcı hale gelmesine kadar geçen 28 günlük sürede taraflar görüşü uygulamak zorunda değilken, DAB’de taraflar geçiş sürecinde bu kararı uygulamak zorundadır. Karar dostane anlaşma veya tahkim ile revize edilmediği sürece taraflarca uygulanır. Uygulamayan taraf sözleşmeyi ihlal etmiş sayılır ve taraflardan birinin kararı uygulamaması tahkim ya da mahkeme sürecini başlatır.

Kombine Uyuşmazlık Kurulu (Combined Dispute Board - CDB) Kombine uyuşmazlık kurulu DRB’nin ve DAB’ın karışımı olan ve her iki kurulun avantajlı yönleri göz önüne alınarak oluşturulan bir kuruldur. Taraflar Kurul’un tavsiye niteliğinde bir görüş veya bağlayıcı bir karar vermesini istemekte serbesttir. Tarafların fikir ayrılığında olması durumunda görüş veya karar verme kararını Kurul verir. Görüş veya karara verilen sürede itiraz halinde uyuşmazlık tahkime gider.

Özetlemek gerekirse; FIDIC standart sözleşmelerinde 1999 yılında yapılan düzenleme ile mühendisin anlaşmazlıklardaki hakem rolü elinden alınarak bu görev DAB’a devredilmiştir. DAB’nun vermiş olduğu kararı taraflardan birinin kabul etmemesi durumunda, ilgili taraf standart sözleşmede belirtilen süre içerisinde karara karşı tahkim yoluna başvurabilecektir. Taraflardan birinin tahkim talebi üzerine kurallarda belirlenen sürede taraflar dostane çözüm yolu ile aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışacaklardır. Dostane çözüm yolu ile de bir sonuca ulaşamayan taraflar tahkim prosedürünü başlatacaklardır [11], [12]. 1987 Sonrası sürümlerdeki anlaşmazlıkların halli şematik olarak Şekil 2.2’de gösterilmiştir.



Şekil 2.2 1987 sonrası sürümlerdeki anlaşmazlıkların çözümü şeması

### 2.7.3. Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü

Fidic standart sözleşmeleri, tarafların DAB'un verdiği karara karşı 28 içinde memnuniyetsizliklerini bildirmeleri durumunda, tahkime başlama bildirisinin verilmiş olması durumunda söz konusu anlaşmazlığa ilişkin tahkiminin başlatılabilmesi için, tarafların, daha önce, söz konusu anlaşmazlığı dostça halletmiş olmalarını öngörmektedir. Fidic kurallarında, taraflar dostça hal tarzını denemiş olsun olmasın, taraflar tersine bir anlaşmaya varmadıkça, söz konusu anlaşmazlık ile ilgili olarak tahkime başlama bildirisinin verildiği günü izleyen 56. gün ya da daha sonra, tahkim işlemlerine başlanabileceğini bildirilmektedir.

Literatürde uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü (Amicable Dispute Resolution), alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution-ADR) ya da alternatif çözüm yolları olarak da adlandırılmaktadır.

Mahkeme davalarındaki artan maliyet ve zaman kayıpları zaman kayıpları Amerikan inşaat sektöründe tahkim usulünü bir uyuşmazlık çözüm metodu kullanılmasına zorlamıştır. Kullanılmaya başlamasından yaklaşık on yıl kadar sonra tahkim usulünde mahkeme davaları kadar zahmetli ve uzun olduğu anlaşılmaya başlanmıştır. Bu nedenle Amerikan inşaat sektörü 1980'lerde mahkeme usulüne geri dönmeden tahkim usulünden uzaklaşmaya başlamıştır. Zaman başka bir değişime hazır hale geldiğinde, tahkim ve mahkemeden başka bir şey ifade eden alternatif uyuşmazlık çözümü kavramı ortaya çıkmıştır [2].

Milletlerarası ticaret hukukunda alternatif çözüm yolları (ADR=Alternative Dispute Resolution) denilince, uyuşmazlık hakkında bağlayıcı ve kesin çözümün hakem veya mahkeme tarafından verilmesi yerine, müzakere, arabuluculuk, uzlaşma vb. gibi yöntemlerle, tarafların kendi uyuşmazlıktan hakkında yine kendilerinin karar vermesini sağlayan çözüm yolları anlaşılmaktadır. Taraflara bu hususta yardımcı olan

arabulucu, uzlaştırıcı gibi kişilerin uyuşmazlık hakkındaki görüşleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, bağlayıcı bir niteliğe sahip değildir.

Alternatif çözüm yolları, uzak doğu ülkelerinde uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel olarak tercih edilmekle birlikte, özellikle son 20 yılda ABD Hukuku'nda bu yöntem olan ilginin arttığı gözlemlenmektedir. Ayrıca, Yeni Zelanda, Avustralya, Hong Kong, Kanada ve İngiltere gibi bazı ülkelerde de, zaman ve yargı masraflarından tasarrufu sağlayacak bu yöntemin gelişmekte olduğu dikkati çekmektedir.

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarının tercih edilmesi durumunda, zaman ve paradan tasarruf, taraflar arasındaki ilişkilerin bozulmaması, işin aksamaması, uyuşmazlıkla ilgili tüm tarafların bu sürece katılabilmesi, tarafların daha aktif rol oynayabilmesi ve bunun sonucu olarak, taraf beklentilerine daha yakın bir çözüme ulaşılabilmesi gibi bazı avantajlar ortaya çıkabilir.

Dostça çözüm yollarının işlevi, tarafları müzakere masasına oturtmak, problemleri ortaya çıkartmak, uyuşmazlıklarla ilgili vakaların tespitini sağlamak, meseleleri daha açık hale getirmek ve çözüm yollarını geliştirerek tarafların anlaşmaya varmasını temin etmek olarak ifade edilebilir. Amerika ve diğer bazı ülkelerde mahkeme ve tahkimin çok pahalı ve uzun olması, uyuşmazlıkların çözümünde yeni alternatifler aranması sonucunu doğurmuş ve bu durum zamanla diğer ülkelere de yayılmıştır [3].

Fidic standart sözleşmelerinde dostane çözüm yollarının neler olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle taraflar kararlaştırdıkları metotla anlaşmazlığı çözebilecektir. Tarafların takip edebileceği dostane (alternatif) çözüm yollarına dair birçok metot mevcuttur.

### 2.7.3.1. Müzakere yöntemi

Müzakere yöntemi, bir uyuşmazlık halinde tarafların veya temsilcilerinin bir araya gelerek çözüm aramaları usulüdür. Taraflar genellikle aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde, yargı yolunun uzun sürmesi, yüksek maliyet getirmesi, ilişkilerin zarar görmesi gibi hususları dikkate alarak çözümü görüşmeler yoluyla halletmeyi düşünürler. Taraflar arasında müzakere yolu ile ulaşılabilecek çözümün yargı yolundan daha avantajlı olabileceğine inananlar bu görüşmelerde önemli rol üstlenirler. Bu rolleri içerisinde; aralarındaki mevcut sözleşmeleri, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, anlaşmazlığın müzakere yoluyla çözümlenememesi durumunda doğabilecek zararları ve menfaatler dengesini gerçekçi biçimde kurabilmeleri yer alır [13].

Müzakerelerde sadece uyuşmazlığın taraflarının olduğu toplantılar veya görüşmeler yapılarak ortak bir çözüm bulmaya çalışılabileceği gibi tarafsız ve müzakereyi yönlendirmekle görevli bir üçüncü kişi de atanabilecektir. Üçüncü bir kişinin müzakereyi yönlendirmesi, müzakereler sırasında tarafların arasındaki ilişkileri düzeltmek, yanlış anlamaları engellemek ve çözüme ulaşılmasını teşvik etmek bakımından faydalı olabilecektir.

Müzakere sürecinin yapıcı olması tarafların müzakere etme, ortak bir payda da buluşma niyetlerinin olup olmasına bağlıdır. Bir anlaşmaya varma yönünde adım atamaya hazır olmayan veya ilişkileri uyuşmazlıklar sonucu çok yıpranmış olan tarafların müzakere ile yapıcı bir sonuca ulaşmaları güç olabilecektir.

Müzakere yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümünde dikkat edilecek en önemli husus hak kaybına neden olabilecek dava için başvuru ve zaman aşımı süreleridir. Müzakerelerin kısa zamanda sonuçlanamayacağını gören tarafın, ihtilâfın çözümünün yargıya gidebileceğini ve bunun için de karşılıklı sözleşmeden veya



kanundan doğan sürelerin kullanılmasında gecikilebileceğini de görmesi ve buna göre müzakerelerin sürecini ayarlaması gerekmektedir.

### 2.7.3.2. Arabulucu-uzlaştırıcı (uzlaştırma) yöntemi

Müzakere ile halledilemeyen uyuşmazlıkların çözümünde uzlaştırma yolu en ideal çözüm tarzıdır. Taraflar, müzakereler sonucunda bir çözüme ulaşamadıklarında aralarında kendilerini uzlaştıracak bir uzlaştırıcı üzerinde karar kılabilirler. Uzlaştırıcı genelde her iki tarafın da bilgi ve görgüsüne saygı duyduğu ehil bir kişi olacaktır. Uzlaştırıcı, ihtilâfın sulh olarak çözümü yolunda tavsiye kararı verebilir. Bu karara taraflar uyup uymamakta serbesttir. İhtilâfı uzlaştırıcıya havale etmek tamamen ihtiyarî bir çözüm tarzı olduğundan, diğer bir deyişle uzlaştırıcı, taraflar arasında ihtilâfın tevdi edileceği bir hakem olarak yazılı şekilde tayin edilmediğinden, uzlaştırıcının kararları da tavsiye niteliğinde olacaktır. Ancak uzlaştırıcının tavsiye kararları, uyuşmazlığın yargıya veya tahkime gitmesi halinde hâkimleri veya hakemleri etkileyebilecektir.

Uzlaştırmanın başarılı olması, yani adalet ve nezafet kurallarına uygun bulunması tarafların iyi niyetine ve uzlaştırıcının basiretine ve uzmanlığına bağlıdır. Taraflar menfaatlerini karşılıklı olarak birbirine uygun hale getirmeye çalıştıkça, uzlaştırıcı da kendi bilgi ve tecrübesini ortaya koyarak sağlıklı kararlar alabildikçe tarafları tatmin eden bir sonuca gidilebilir. Bundan dolayı uzlaştırmada, tarafların iyi niyetinin yanı sıra uzlaştırıcının kimliği de önemli rol oynamaktadır. Gerek taraflar nazarında saygın ve uzman kişiliğe sahip olmayan, gerekse tarafların iş ve sosyal çevresi içinde etkinliği bulunmayan uzlaştırıcıların tarafları ortak bir noktada birleştirebilmeleri mümkün olamamaktadır.

Uzlaştırma, tahkim veya resmi yargının bir alternatifi olarak görülebileceği gibi, bunların ön adımı olarak da görülebilir. Uzlaştırma yolu ile netice alınmadığında taraflar ihtilâfı tahkime veya yetkili mahkemeye götürebilirler. Taraflar arasındaki

yazılı sözleşmede, ihtilâf halinde önce uzlaştırmaya gidileceği, uzlaştırmadan netice alınamazsa tahkime veya mahkemeye gidileceği şeklindeki hükme rağmen ihtilâf taraflardan biri tarafından uzlaştırma usulü atlanarak tahkime veya mahkemeye götürülebilir. Bu durumda uzlaştırıcının kararına uyulmadığı, dolayısıyla uzlaştırmadan netice alınamadığı anlamı çıkar ki, artık uzlaştırmadan bahsedilemez.

MTO dışında da en çok bilinen kurumsal uzlaştırma prosedürleri, Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez (ICSID) ve FIDIC tarafından yürütülen uzlaştırmalardır. UNCITRAL dışındakiler kurumsal niteliklidir ve belirtilen kurumların yönetiminde, önceden hazırlanan kurallara göre icra edilen uzlaştırmalardır.

UNCITRAL kurallarına göre bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için, tarafların sözleşme ile bu usulü kabul etmiş olmaları gerekmektedir. [13]

### **2.7.3.3. Kısa duruşma yöntemi**

Bu usulün kısa duruşma (mini yargılama-mini trial) olarak adlandırılmasının nedeni, tarafların iddia ve savunmalarını yöneltmek üzere duruşma düzenlemeleri, fakat söz konusu duruşmanın gerçek bir duruşma olmamasına dayanır. Burada taraflar, diğer tarafın tezini dinleyerek, zayıf noktalarının farkına vararak, kendi durumlarını daha objektif değerlendirme fırsatı bulmaktadır. Böylece, taraflar arasında uzlaşma ihtimali arttığı gibi, uyuşmazlığın sonucu hakkında genel bir fikir sahibi olarak kaybedilme olasılığı kuvvetli görünen bir dava için, boşuna tahkim veya devlet yargısı yollarına başvurmayarak, zaman ve para israfından kurtulmaya çalışırlar. Uygulamada mini yargıyı yapan üçüncü kişi genellikle emekli bir yargıç olmakta ve bu halde söz konusu çözüm yolu “rent a judge” olarak adlandırılmaktadır [3].

#### 2.7.3.4. Teknik hakem-bilirkişilik yöntemi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin gittikçe artan karmaşıklığı, teknik sorunların sıkça ortaya çıkması ve bunların sözleşmenin ifasını güçleştirmesi nedeniyle taraflar, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların incelenip karara bağlanabilmesi için uzman kişilerin karar ve tavsiyesinden yararlanmak amacıyla, bu teknik sorunların çözümü konusunda "hakem-bilirkişi" denilen uzman kişileri atayabilirler [14].

Hakem bilirkişinin miktar, kalite, seviye, randıman veya yeterlilik gibi konularda yaptığı tespit, taraflar bakımından ikna edici bulunursa dava yoluna gidilmeden uyuşmazlık çözülmüş olur. İşte bu türden ara teknik sorunların, sözleşmenin tam olarak ifasını olumsuz yönde etkilemesini önlemek için, uluslararası inşaat sözleşmelerinde teknik bilirkişiler atanmaktadır. Hakem-bilirkişi kararlarının taraflar açısından bağlayıcı olmayacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda hakem-bilirkişiler nitelik itibariyle uzlaştırıcı konumundadırlar. Taraflar, hakem-bilirkişilerce verilen karar veya tavsiyelerin bağlayıcı olacağını kararlaştırmışlarsa, bu kararlar, taraflarca uyulmamış olsa bile, gelecekte açılacak davalarda ilgili oldukları hususlar bakımından kesin delil oluştururlar.

Uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümü alanında kurumsal hakem-bilirkişilik faaliyeti, MTO'na bağlı Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi (The International Centre for Expertise) tarafından yürütülmektedir. Bu merkezin teknik bilirkişilik faaliyetlerini düzenleyen en son kuralları, "Teknik Bilirkişilik Kuralları" (ICC Rules for Expertise) ismiyle 1 Ocak 2003 tarihinde yeniden gözden geçirilerek yürürlüğe konulmuştur [4].

Teknik bilirkişi, kural olarak taraflarca atanır. Böyle bir uzman kişinin atanması ile mülklerin korunması, delillerin muhafaza altına alınması ve kayda geçirilmesi ve diğer tedbirler için gerekli geçici ara kararlarını alma yetkisi tarafsız uzman bir üçüncü kişiye verilmektedir. Teknik bilirkişinin fonksiyonları, bazı açılardan FIDIC

sözleşmelerine göre mühendisin yetkilerine benzerdir. Hakem bilirkişi de, acil durumlarda hızlı hareket etmek durumundadır. Teknik bilirkişi, tarafların ortak rızası ile atandığında, kararlarının genel olarak taraflarca kabul edileceğini bekleyebilir.

Teknik bilirkişilik prosedürüne başvurulmuş olması, tahkime veya mahkemeye başvurmaya engel oluşturmaz. Fakat bu durumda teknik bilirkişi daha sonra aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev kabul edemez. Taraflar, aralarındaki dış ticaret sözleşmesinde MTO Teknik Bilirkişilik Merkezine başvuruyu kabul ettiklerinde, herhangi bir taraf teknik bilirkişi atanması için merkeze başvurulabilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, MTO Teknik-Bilirkişilik kurallarına göre verilen teknik bilirkişi karar ve tavsiyeleri, taraflar için bağlayıcı değildir [14]

#### **2.7.3.5. Üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi yöntemi**

Uluslararası inşaat sözleşmeleri genelde uzun bir zaman dilimi içinde ifa edilmekte, bu sebeple de ekonomik, politik ve fiziki tesirlere açık olabilmektedir. Taraflar bazen ileride değişecek şartları göz önüne alarak sözleşmelerde bazı boşluklar bırakmakta, bazen de işin mahiyeti gereği boşluklar oluşmaktadır. Ayrıca değişen ekonomik, politik ve fiziksel şartlar sözleşmede belirsizlikler doğurabilmektedir. Tüm bu sorunların çözümlenerek bertaraf edilebilmesi için ciddi mekanizmalara ihtiyaç vardır. Zira bu ihtilâflar, tahkime veya resmi yargıya intikal edene kadar, hatta hakem veya resmi mahkeme kararı ortaya çıkana kadar beklenilmesi halinde çok büyük kayıplar ortaya çıkarabilmektedir.

İşte sözleşmelerde önceden bırakılan boşlukların doldurulması gerekliliği veya dış etkenlerle sonradan meydana gelebilecek değişiklikler nedeniyle sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesi karşısında, taraflar arasında yetkilendirilecek üçüncü kişinin, tarafları dostane çözüme ulaştırması mümkün olabilmektedir [13].

Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık halinde, sözleşme ile yetkili kılınan tarafsız ve uzman üçüncü kişiler, sözleşmeye dışarıdan müdahil olarak, sözleşmeyi yorumlayabilir, boşluklarını doldurarak tamamlayabilir veya sözleşmeyi değişen şartlara göre uyarlayabilirler. Bazen taraflar bilinçli olarak ileride oluşacak şartlara göre doldurulmak üzere sözleşmelerinde boşluklar bırakmakta, bazen de sözleşme tekniğindeki zaaf lar veya işin mahiyeti gereği boşluklar ortaya çıkmaktadır.

Taraflar arasında buna imkân veren bir sözleşmenin veya tarafların birlikte başvurusunun bulunmadığı durumlarda üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi mümkün olamayacaktır.

1978 yılında MTO tarafından yürürlüğe konulan 362 numaralı Broşürde yer alan "Sözleşmelerin Uyarlanması İçin Kurallar" (The Rules for Adaptation of Contracts)'a göre faaliyetlerini icra etmek üzere MTO'ya bağlı bir "Akdi Münasebetleri Düzenleme Komitesi" (The Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations) kurulmuştur.

Bir sözleşmenin yorumu, tamamlanması veya değişen şartlara uydurulmasına ilişkin bir sorun çıktığında, taraflar müştereken veya taraflardan biri, sözleşmeye müdahale edecek üçüncü şahsın ismini bildirebilir veya bu üçüncü kişinin komite tarafından seçilmesi talebi ile komiteye başvurabilirler. Kuralların 6.3. maddesine göre, taraflar üçüncü kişi olarak bir heyeti de seçebilirler. Komite, tarafların müştereken atadıkları tarafsız uzman üçüncü kişiyi veya heyeti onayladığında, üçüncü kişi veya heyet MTO'nun himayesinde ve onun konuyla ilgili kuralları çerçevesinde prosedürü icra ederler

MTO'nun 326 nolu kurallarınının 11.1. maddesine göre, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesinin kapsamı ve sınırları tamamen tarafların anlaşmasına bağlıdır. Aynı kuralların 11.3. maddesine göre, taraflar üçüncü kişi tarafından verilecek tavsiye

veya kararın bağlayıcı olup olmayacağını da kararlaştırabilirler. Taraflar, üçüncü kişinin karar vereceği veya tavsiyede bulunacağı yeri de tayin edebilirler.

Kuralların 8. maddesine göre, üçüncü şahıs dosyanın kendisine tevdiinden itibaren en geç 90 gün içinde karar vermek zorundadır. Ancak kuralların 12. maddesine göre, bu süre olayın özelliklerine göre, komite tarafından uzatılabilir veya kısaltılabilir.

Gerek ad hoc olarak atanan ve gerekse MTO himayesindeki kurumsal nitelikli üçüncü kişilerin müdahalesi için başvurmak, yargı yoluna gitmeye engel değildir.

Üçüncü kişi tarafından verilen kararların bağlayıcılığı taraflarca kabul edilmiş olsa dahi, bu kararlar uyuşmazlığı nihai olarak çözümleyen kararlar değil, tarafları yargı mercileri önünde bağlayan bir sözleşme hükmündedir. Uyuşmazlık sulhen çözümlenemeyip tahkim veya mahkeme önüne geldiğinde, hakem veya hâkim, sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde üçüncü kişi tarafından verilen kararı, sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak dikkate alır.

#### **2.7.3.6. Ön hakemlik yöntemi**

Taraflar arasındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve acilen çözümlenmesi gereken sorunlar, tarafların, uzmanlığında ve tarafsızlığında müştereken birleştikleri üçüncü bir kişinin geçici olarak müdahalesini gerekli kılabilir. Bu durumda geçici de olsa üçüncü kişinin müdahalesi, daha büyük sorunların ortaya çıkmasına ve sözleşmenin daha başında ifa imkânsızlığı sebebiyle akim kalmasına engel olan bir çözüm şeklidir. Genelde ifa imkânsızlığı gibi sorunlar hukukî, mali ve teknik olabilmektedir. Bu sorunların sözleşmenin ifasını etkilememesi için acil müdahale ve geçici tedbirler söz konusu olabilmektedir. İşte taraflarca seçilecek bir üçüncü kişi bu sorunların çözümünde tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit etmekte, zararın büyümesini engellemek için delilleri koruma altına alarak acil ve geçici tedbirler alabilmektedir.

Sözleşmenin ifasının değişik nedenlerle imkânsız hale gelmesi veya tarafların sözleşme hükümlerine uymaması gibi durumlarda resmi yargı veya tahkim yolunun seçilmesi halinde geçecek zaman ve kaybedilecek ekonomik imkânlar, akit tarafları geçici bir hakem tayinine zorlamakta ve sorunlar en azından tarafların sulh olmasıyla sonuçlanmaktadır.

Ön hakem, hakemden ayrı bir niteliğe sahiptir. Ön hakem, sorunların ortaya çıktığı anda duruma müdahale etmekte ve sorun büyümeden çözüme karar vermektedir. Kararları geçicidir. Bu nedenle ön hakemin konumu bazen uzlaştırıcı, bazen hakem-bilirkişi, bazen de koruyucu ve önleyici tedbir kararları veren bir mahkeme veya hâkim vasfında olabilmektedir. Ön hakemlik genel itibariyle bir dostane çözüm yoludur.

Ön hakemlerin ihtiyati tedbir veya haciz kararı vermesi mümkün olmadığından, kararları sadece delil niteliği taşımaktadır.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere MTO tarafından 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren "Ön Hakemlik Usulüne Dair Kurallar"a göre Ön Hakemlik Usulü, "MTO Tahkim Mahkemesi Sekreterliği" tarafından yürütülmektedir. Taraflar ön hakemi sözleşmeye bir madde (kloz) koyarak tayin edebilecekleri gibi, uyuşmazlık vukuunda da MTO Tahkim Mahkemesi Sekreterliğine müracaatla mahkeme başkanı tarafından da seçilmesini sağlayabilirler.

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça ön hakem, hakem olarak hareket edemez. Yetkisine ilişkin kararları kendisi verir. Yetkisi, ihtilâfın yetkili hakem veya mahkemeye tevdi ile son bulur. Taraflar aksini de kararlaştırabilirler. Ön hakem aksi kararlaştırılmadıkça daha sonra başvurulacak bir tahkim davasında hakem olamaz. Ön hakem, dosyanın kendisine tevdiinden sonra 30 gün içinde karar vermek zorundadır. Bu süre Tahkim Mahkemesi Başkanı veya hakem tarafından uzatılabilir.

Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ön hakemin kararları taraflar için bağlayıcıdır. [13],[23].

### **2.7.3.7. Bağlayıcı olmayan tahkim**

Bu usulde taraflar, iddia ve savunmalarını yine hakemler önünde yapmakta, ancak hakemlerden yalnızca uyuşmazlık hakkındaki tavsiyelerini istemekte (advisory arbitration), başka bir deyişle taraflar önceden yaptıkları bir anlaşma ile hâkemlerin verecekleri kararın kesin ve bağlayıcı etkiyi haiz olmayacağını önceden beyan etmektedirler (nonbinding arbitration). Bazı durumlarda, hakemlerin vakıalar üzerindeki tespitlerinin kesinliği ve bağlayıcılığı kabul edilmekte, fakat hakem kararı, uyuşmazlık hakkında varılan hukukî sonuç itibariyle bağlayıcılık ve kesinlik taşımamaktadır [3].



## **BÖLÜM 3. TAHKİM**

### **3.1. Uluslararası Tahkim, Gelişimi ve Tercih Nedenleri**

Tahkim, geniş manada, tarafların mevcut veya potansiyel bir ihtilafı, aralarındaki bir anlaşmaya göre, hakem denilen özel şahıs(lar)ın kararına götürdükleri, devlet yargısı dışında, özel bir prosedürdür [15]. Millî ve milletlerarası düzenlemelere göre tarafların serbest iradesine dayanan bir yargılama usulüdür. Buna göre taraflar davalarını çözecek hakem veya hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçim tarzını, tahkim sözleşmesi ve şartının muhtevasını; yani tahkim yerini, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, esasa uygulanacak maddî hukuku, yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat vasıtalarını ve yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat vasıtalarını ve yargılamada esas alınacak lisanı serbestçe belirleyebilirler. Tahkimde, taraf iradelerinin rolü konusunda hukuk sistemleri arasında büyük bir benzerlik mevcuttur. Devletler ve uluslararası anlaşma koyucuları usul hukukuna hâkim temel adalet ilkelerini dikkate alarak, sadece tahkim kurumunun yozlaşmasını önleme niteliğinde taraf iradelerine, oldukça sınırlı sayıda, emredici kurullarla müdahale etmektedirler. Bu sınırlamaların çerçevelediği geniş alanda taraflar, tahkimin tüm yönlerini serbestçe düzenleyebilmektedirler [14].

Çağdaş yaklaşımlarda, tahkim sözleşmesi veya şartının varlık sebebini teşkil eden ana sözleşmenin ekonomik karakterinin, tahkimin “ulusal” veya “uluslararası” niteliğini belirlemede hareket noktası yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece uluslararası tahkim kavramının açıklanması “uluslararası sözleşme” kavramına bağlılık arz etmektedir.

Bu yaklaşıma göre uluslararası olma karakterini tespitite, sözleşmenin ekonomik karakteri ön planda tutulmakta ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeler, şahsi ve coğrafi anlamda yabancılik unsuru taşımasa veya bu unsur zayıf olsa dahi uluslararası sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu kıstas esas alındığında, coğrafi anlamda bir yabancılik unsuru taşımayan veya birden çok hukuk sistemi ile irtibata sahip olmayan fakat uluslararası ticareti ilgilendiren bir sözleşme “uluslararası sözleşme” sayılabilecek ve tarafların Uluslararası Özel Hukuk anlamında irade serbestîleri geçerli kabul edilecektir.

Tahkimin gelişme nedeni uluslararası camianın ihtiyaçları olmuştur. Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde en çok tercih edilen yol da tahkimdir. Çünkü uluslararası ticaret bünyesinde bir takım riskler taşımakta ve uluslararası ticaretle uğraşanlar bu riskleri dikkate almak durumundadırlar. Bu risklerin bazıları uluslararası ticaretin içine aldığı ve cereyan ettiği ülkelerin hukuk sistemlerinden kaynaklanmaktadır. Uluslararası ticaretin uygulanmasında görülmüştür ki, bu hukuki riskleri ortadan kaldırmak veya en aza indirmek için en elverişli ve uygun yol tahkimdir. Tüm bu ihtiyaçlardan dolayıdır ki, uluslararası camiasının ihtiyaçları üzerine tahkim gelişme göstermiştir [16].

Devletlerin iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan ihtilâfların çözümünde yetersiz kalması, milletlerarası ticari uyuşmazlığın çözümü için milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması, milletlerarası ticarî tahkimin doğmasına ve gelişmesine yol açmıştır. Bilhassa 20. yüzyılda değişik ülke tabiiyetindeki şahıs ve firmaların çok sıkı alış veriş içine girmeleri, bölgesel ekonomik birliklerin kurulması, gümrük duvarlarının kaldırılmasına yönelik düzenlemeler, teknolojik gelişmeler, fikrî ve sınaî hakların tanınması gibi gelişmeler oldukça hızlı bir seyir izlemektedir.

Uluslararası ticaret tatbikatı göstermiştir ki; hukukî riskleri en aza indirmede veya tasfiye etmede en uygun ihtilâf çözme tekniği tahkimdir. Bu itibarla tahkim uluslararası camianın ihtiyaçları üzerinde gelişmiştir. Uluslararası camia, millî ve

milletlerarası kanun koyucularını zorlamış ve hukukî bakımdan uluslararası tahkimin gelişmesini sağlamıştır. Uluslararası tahkimin en yaygın ihtilâf çözme tekniği olarak benimsenmesi, hukukî risklerin ve bu risklere tekabül eden maliyetlerin en aza indirilmesi amacıyla tahkim kurumunun uygun düşmesi ile de açıklanabilir. Uluslararası ticarî uyuşmazlıklar alanında tahkimin tercih sebeplerini şu şekilde açıklanabilir.

Tahkim kurumu, uluslararası uygulayıcıları tarafından "bağımsız" ve "tarafsız" bir yargı mercii olarak algılanmaktadır. Bu özelliği itibariyle tahkim, günümüzde bir "uluslararası ticaret mahkemesi" fonksiyonu, görmekte ve bu tür bir mahkemeye duyulan ihtiyaca cevap vermektedir. Tarafların, objektif davranılmayacağı endişesi ile birbirlerinin millî mahkemelerine gitmekten çekinmeleri ve sair sebeplerle millî mahkemelerin tercih edilmemesi, tahkim usulünü popüler kılmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde yargı merciinin tarafsız ve bağımsız olması, taraflar bakımından vazgeçilmez bir unsurdur. Çünkü adaletin tecellisi yargı kurumunun bu özelliklerine bağlıdır. Tahkim, tarafların iradesine bağlı olarak bu ihtiyaca cevap verebilecek en uygun yargılama tekniğidir. Gerçekten de; tahkimde taraflar, o güne kadar sergilediği tavır ve davranışlarla veya verdiği kararlarla objektifliğini ispatlamış kişileri davalarının hakemi olarak seçebilmektedirler.

Tahkime karşılık millî mahkemeler daima bir devlete bağlıdırlar ve teorik olarak mahkemelerin bağımsız oldukları kabul edilse de; pratikte mahkemeler bağlı oldukları devletin sosyal, siyasal ve ekonomik politikalarının etkisindedir. Millî mahkemelerin, bu anlamda bağlı oldukları devletin tezleri ile az veya çok kendilerini bağlı hissetmesi, onların tarafsızlığı konusunda tereddütler ortaya çıkarmaktadır. Bu ise, uluslararası ticarete tahkimin tercih edilmesine yol açmaktadır.

Tahkim, esas itibariyle tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama yöntemi olmakla, millî mahkemelere nispetle kararların daha çabuk verilebileceği bir usuldür. İhtilafların, kısa bir sürede karara bağlanması ve tasfiye edilmesi, ticaret camiasının amaç ve ihtiyaçlarına uygundur. Millî mahkemelerin bağlı oldukları devletin maddî

ve usul hukuku ile sıkı sıkıya bağlı olmaları, pek çok dava bakımından hâkimlerin işin uzmanı olmaması sebebiyle bilirkişilere müracaat etmeleri, işleyiş tarzı ve kurumsal niteliği itibariyle bürokratik bir yapıya sahip olmaları davaların süratli şekilde çözümlenmesini engellemektedir. Davaların uzaması, enflasyonun da etkisiyle, parasal taleplerin değerini azaltmaktadır. Bu durum, daha süratli bir yargılama usulü olan tahkimin tercih edilmesine yol açmaktadır.

Genel olarak hakemler ve tahkim mahkemeleri, uluslararası karakterli ticarî uyuşmazlıkların çözümü noktasında uzman kişi ve kurumlardır. Bu sebeple tahkime müracaat edenler, millî mahkemelere nispetle hem daha âdil ve uluslararası ticaretin nitelik ve ihtiyaçlarına uygun kararlar elde edebilmekte, hem de daha çabuk neticeye ulaşmaktadırlar. Bu da uluslararası ticaret uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulünün tercih nedenlerindedir.

Tahkim usulünde hakemler, millî mahkemeler gibi lex forinin (hâkimin hukuku), kanunlar ihtilâfı kuralları da dâhil, maddî ve usulî kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değildir. Tahkim, esas itibariyle tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür. Bu itibarla hakemler, millî hâkimlere nispetle uluslararası ticaretin mahiyet ve ihtiyaçları ile bağdaşmayan mahallî hukukların emredici ve kamu düzeni kuralları dışına daha kolay çıkabilmekte, ihtilâf konusu ilişkinin dâhil olduğu sektörlerde cari olan kural, örf-âdet ve teamülleri ve hususen taraf anlaşmalarını daha etkin biçimde uygulayarak karar verebilmektedirler. Böylece tahkimde, mahallî mahkemelere nispetle, uluslararası ticaretin ihtiyaç ve niteliğine, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine çok daha uygun kararlar verilebilmektedir. Bu sebeple de tahkim tercih edilmektedir.

Tahkimin uluslararası alanda tercih edilmesinde en ciddi ve en kapsamlı sebep, mahallî mahkeme kararlarına nispetle hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylıktır. Günümüzde Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Anlaşması'na 145 dolayında devlet taraftır. Anlaşmaya göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem

kararları, diğerlerinde tenfiz edilebilmektedir. New York Anlaşması bu niteliği ile beynelmilel bir tahkim hukuku yaratmıştır. Bu hukuk, tüm dünya hukukçuları ve uluslararası ticaret uygulayıcıları tarafından bilinmektedir. Bu, tacirlere ve hukukçulara uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözüm metodu ve bu metodun kullanılması ile karşılaşılabilecek sonuçlar konusunda önemli bir hukuk güvenliği sağlamaktadır.

Uluslararası ticarete tahkimin tercih nedeni olarak tahkim yargılamasının ucuz olması, bu yargılamanın gizli olması sebebiyle ticarî sırların kolayca saklanabilmesi ve hakemlerin, aynı zamanda birer uzlaştırıcı olmaları sebebiyle tahkim usulünde taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olduğu ve bu yönüyle tahkim daha barışçıl bir usuldür. Bu nedenlerin de az veya çok tahkimin seçiminde etkili olduğu söylenebilir. Ancak, yukarıda ifade edilen tahkimin tercih nedenleri esas itibariyle onun "özel" bir yargılama usulü olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yönüyle tahkim, uluslararası karakterli uyuşmazlıkların çözüm metodu olarak çağdaş dünyanın ortak değer ve idealleri olan "demokratikleşme" ve "sivilleşme" ilkeleri ile de uyum halindedir.

### **3.2 Tahkimin Fayda ve Dezavantajları**

Uluslararası nitelikli ekonomik ilişkilerin gelişmesi ile devletin hukuk düzeni içindeki kanun yollarına başvurma imkânının sağladığı güvenceden yoksun bir ortamda, tarafların uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları için başvurdukları uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim, dünya ekonomisi içinde giderek büyük bir önem kazanmaktadır.

Günümüzde tahkim, özel hukuk alanına giren, milletlerarası ekonomik hayattaki modern gelişmelerin ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçları neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözüme usulü olarak ön plana çıkmıştır. Zira farklı devletlere mensup

olan taraflardan hiçbiri, karşı tarafın mensup olduğu devlet yargısına tâbi olmak istememektedir.

Tahkimin kazandığı bu önemin, en temelde iki nedene dayandığı ifade edilmektedir.: Bu nedenlerden birincisinin; özel hukuk alanındaki milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklara bakacak milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması nedeniyle tarafların aralarındaki bir uyuşmazlığı, hasım taraf ülkesinin mahkemesinde çözümlenmek istememesi, ikincisinin ise; millî mahkemelere nazaran tahkim müessesesinin teamül hukuku olarak gelişen milletlerarası ticaret hukuku ile hakkaniyet kurallarının uygulamaya daha yatkın bulunmasıdır.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan ve genellikle sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların konusunu oluşturan projelerin malî değeri bir hayli yüksek olmakta ve sözleşmenin ifası diğer sözleşmelere kıyasla uzun bir süreye yayılmaktadır. Bu durum, inşaat sözleşmelerinin son derece ayrıntılı ve karmaşık hazırlanmasını, birçok teknik terim ve hüküm içermesi sonucunu doğurmaktadır. Bundan başka, inşaat sözleşmesinde eseri meydana getirme borcunu, bazen joint venture veya konsorsiyum sözleşmelerinden ortaya çıkan birden fazla kişi yerine getirmek zorunda kalabilmekte ve birçok sözleşmede iş sahibi devlet ya da bir devlet kurumu olduğu görülebilir ki, bu da uyuşmazlıkların çözümünde, çok taraflı tahkim gibi özel durumlara sebep olmaktadır.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri, ülkemiz açısından da büyük önem taşımaktadır. Özellikle enerji ve bayındırlık alanlarında ülkemiz yabancılar tarafından yapılan ve/veya finanse edilen birçok büyük çaplı projeye ev sahipliği yapmakta ve inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafını oluşturmaktadır. Ayrıca, Türk müteahhitleri son yirmi yılda büyük bir gelişme kaydederek, yurtdışında birçok ihaleyi kazanmış ve milletlerarası inşaat sözleşmeleri imzalayarak, yurtdışında büyük projeler gerçekleştirmektedirler. Bunun sonucu olarak da uluslararası inşaat sözleşmelerindeki bu gelişmelerden doğabilecek hukukî sorunların çözümü gerekmektedir.

Türkiye’de inşaat sektörü son yıllarda önemli bir büyüme göstermiş olup hükümet için sektör ülke ekonomisinin lokomotifi ve durgunluktan çıkmanın önemli bir enstrümanı haline gelmiştir. Kamu yatırımlarının önemli bir kısmının inşaat sektörüne yapılması da gözden kaçırılmaması gereken bir unsurdur. Ayrıca, Türk müteahhitlerin Türkiye’de ve yurtdışında gerçekleştirdikleri büyük çaplı inşaat projeleri düşünüldüğünde, bu sektörde çıkabilecek uyuşmazlıkların ve çözümünün ne kadar ciddi bir önem taşıdığı anlaşılabilir.

### 3.2.1 Tahkimin faydaları

Uyuşmazlığın taraflarının tahkime yönelmeleri önemli sebeplerinden biri, ülkelerin milli yargısındaki karar verecek hâkimlerin tarafsızlığına ve mesleki gücüne güvenmemeleridir. Özellikle de taraflardan birinin devlet olduğu davalarda hâkimlerin kamu kurumlarını kayıracakları veya davanın bir tarafının yabancı olması durumunda hâkimlerin kendi vatandaşlarını koruma psikolojisi içine girecekleri, bu duygu ve düşünceler ile karar verecekleri endişesi tarafların sözleşme yaparken ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu tercih etmelerine sebep olmaktadır. İşte tahkimin ilk yararı tarafların hiçbir endişe duymadan ve etki altında kalmadan uyuşmazlıkların halline imkân tanınmasıdır.

Uluslararası tahkimde uyuşmazlığın uzman kişiler tarafından çözümlenmesine imkân verilmekte ve uyuşmazlığı çözecek kişilerin uluslararası ticaret ve hatta uyuşmazlığın ilgili olduğu sektör hakkında bilgili ve uzman kişiler olarak belirlenmesi mümkün olmaktadır. Böyle uzman kişilerin hakem olarak atanmaları uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözümlenmesine ve daha doğru bir karar alınmasına olanak tanımaktadır.

Tahkimde hakemlerin daha kısa sürede karar verdikleri görülmektedir. Çünkü hâkimlerin maddi ve usul hükümlerine sıkı sıkıya bağlı kalarak karar vermelerine karşılık hakemlerin böyle bir zorunluluğunun olmaması, ayrıca hâkimlerin mahkemelerdeki iş yoğunluğu nedeniyle geç karar vermelerine karşılık tahkim

mahkemelerinde böyle bir iş yoğunluğunun olmaması ve dolayısıyla ihtilafları daha çabuk ekonomik hayattaki hızlı değişimlerden, para değerlerindeki düşmelerden etkilenmeleri önlenmektedir.

Tahkim yargısının bir diğer yararı tahkim yargısında harçların devlet yargısındaki harçlara oranla daha düşük olmasıdır. Aynı zamanda taraflar uyuşmazlığa konu olan ihtilafın uzmanını seçmekle bilirkişi v.s. gibi masraflardan da kurtulmuş olmaktadır. Böylece uyuşmazlıkların daha ekonomik çözümlenmesine tahkim imkân vermektedir.

Ayrıca, tahkimin bir diğer yararı da gizliliğin sağlanmasında görülmektedir. Zira devlet mahkemelerinde duruşmalar istisnai hallerde gizli yürütülebilir. Tahkim yargılanmasında ise gizlilik prensibi mevcuttur. Tahkimde hem yargılama hem de yargılama sonucu çıkan karar gizlidir. Nitekim bu gizlilik sayesinde ticari müesseseler üçüncü kişilerin haksız rekabetine karşı korunmaktadırlar. Ancak buradaki gizlilik sadece gerçek kişilere karşı değil, devlete karşı da gizliliktir. Bu durum “gizlilik” prensibinin esas olduğu tahkim yargılamasının tercih nedeni arasındadır.

Uluslararası tahkimin bir diğer yararı da hakem kararlarının tenfizi açısından ortaya çıkmaktadır. Yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi, hakem kararlarının tenfizine oranla daha zordur. Çünkü yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi için, Türkiye ile bu yabancı mahkeme kararının verildiği ülke arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) şartı aranmasına karşılık, hakem kararlarının Türkiye’de tenfizinde ise Türkiye 1958 tarihli New York Sözleşmesinde taraf olduğu için hiçbir şart aranmaksızın hakem kararları tenfiz edilmektedir.

Tüm bu yararlarının yanı sıra tahkimin psikolojik olarak da taraflar üzerinde etkileri bulunmaktadır. Nitekim tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlığa dostane ölçülerle



çözüm getirdiği ve devlet yargısındaki nezaket ilişkilerinin ihlalinin önlediği için psikolojik olarak da taraflar arasında tercih edilmesine neden olmuştur.

### 3.2.2 Tahkimin dezavantajları

Tahkim taraflarından birisi, ülkesinin mevzuatına göre tahkime gitme ehliyetine sahip olmayabilir. “Bazı devletler mevzuatları gereği doğrudan tahkim tarafı olamayacağı gibi (Suudi Arabistan, Belçika), bazı devletlerin kendileri doğrudan değil ama sadece belirli kurumları tahkime taraf olabilmektedir.(örn. ABD). Diğer taraftan, bazı devletler sadece özel kanunlarının yetkilendirmesiyle tahkime taraf olabilmektedirler. Türkiye’de ise tahkim sadece çekişmeli yargıya giren hukuki uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. İdari ve ceza yargısında tahkim caiz değildir. Ancak, kamu kuruluşlarından, özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyeti söz konusu olanlar, bu faaliyetleri kapsamında tahkim sözleşmesine taraf olabilmektedir.

Tahkimde ele alınan her davanın her zaman için kısa sürede sonuçlandırılacağı söylenemez Bazen mahkemelerde karar daha çabuk alınabilir. Mahkemelerde ve tahkimde, kararın alınışındaki zamanlama farkı hem ihtilafın niteliğinden hem de hakem ve hâkim arasındaki yetki farkından kaynaklanabilmektedir.

Tahkim sözleşmesinde uygulanacak maddi hukukun ve usul hukukunun seçiminde hata yapılabilir. Tahkim yargılaması sonucu kaybeden tarafından bu hataya dayanarak kararın ilgili ülkelerin üst yargı kurumlarında temyiz edilmesi ve üst yargı kurumlarında inceleme süresinin uzaması; taraflarca talep olunmamış ve kamu düzeni ile alakası olmayan konularda üst yargı kurumunun bozma kararı vermesi; ayrıca, üst yargı kurumunun hakemlerin takdir haklarını incelemek istemesi ve kararın tenfizinde ortaya çıkabilecek zorlukların bulunması tahkimin sakıncalı yönlerini oluşturur. Ayrıca hakemlerin seçimindeki hata da tahkim davasının sonucunu olumsuz etkileyebilmekte ve isabetsiz karar verme riskini artırmaktadır.

Bir davada esas olarak davalı ve davacı olarak iki tarafın bulunması olağan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bazen davalarda bu iki tarafın yanı sıra her iki tarafta da başka kişiler de bulunabilmekte ve buna dava arkadaşlığı denmektedir. Dava arkadaşlığında aslında dava arkadaşı sayısı kadar dava olmasına rağmen davalar birleştirilerek görülmekte ve dolayısıyla zaman ve emek açısından tasarruf sağlanmakta ve dava sonunda çelişik hükümler verilmesi önlenmektedir. Tahkim davalarının ve sonuçlarının gizliliği esas olduğundan dolayı, tahkimdeki dava arkadaşlığının gerçekleşmesi ihtimali azalmakta, bu yüzden ayrı ayrı dava açma ihtimali artmakta, masraflar çoğalmakta ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkabilmektedir.

Bazen hakem tayin edecek tarafın seçeceği hakem ile pazarlık yapması, tayin edeceği hakemi kendi çıkarı yönünde karar vermesi şartı ile hakem olarak ataması da tahkimin en büyük sakıncalarından birini oluşturmaktadır.

Tahkim tarafları hakemler ve tahkim masrafları için bir ücret ödemek zorundadır. Bunun yanı sıra, kurumsal tahkimde, tahkimi organize eden ve denetleyen kurumun faaliyetleri için idari masraflar da bulunmaktadır. Oysa ihtilafın mahkemelerde çözümüne gidilmesi durumunda böyle bir masraf söz konusu olmayacaktır.

### **3.3 Tahkim Çeşitleri**

Tahkim türlerini ülke, düzenleme, irade ve tarafların sayısı açısından çeşitli sınıflandırmalara tutmak mümkündür.

### 3.3.1 Ülke açısından tahkim

#### 3.3.1.1 İç tahkim

İç tahkim, ülkelerin milli kanunlarında kuralları belirlenen tahkimi ifade etmektedir. Ülkeler kendi milli hukuk sisteminde iç tahkimin kurallarını belirlemektedirler. Türk Hukukunda HMK'da iç tahkime ilişkin hükümler bulunmaktadır.

#### 3.3.1.2 Dış tahkim

Uluslararası mevzuat hükümlerine göre yürütülen tahkim usulünü ifade etmektedir. Yani dış tahkimde tahkim usulünü uluslararası mevzuat hükümleri belirlemektedir.

Bazı devletler hukuk mevzuatlarında uluslararası tahkime yer vermektedirler. Örneğin; 12 Mayıs 1981 tarihli Fransız Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (m.1492-1507) hükümleri; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 12. Faslı (m.176-194) uluslararası tahkimi düzenlemektedir.

Türk hukukunda uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelere bakıldığında ise 2675 sayılı MÖHUK'ta ilk olarak yabancı hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin hükümlere yer vererek uluslararası tahkimin mevzuata girmesine öncülük etmiştir. Daha sonra 21 Ocak 2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ve nihayet 21 Haziran 2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile uluslararası tahkim Türk mevzuatında düzenlenmiştir.

### 3.3.2 Düzenleme açısından tahkim

#### 3.3.2.1 Mecburi tahkim

Mecburi tahkimde uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurma zorunluluğu kanundan doğmaktadır; Uyuşmazlıklar genel mahkemelerde görülmez, dava açılmaz uyuşmazlığın çözümü için ancak kanunun öngördüğü hakeme gidilir. Zorunlu tahkimde, tahkimi düzenleyen kanunlar, tahkime konu olacak uyuşmazlıkların çözümünde hakemlerin kimler veya hangi kurumlar olacağını, aynı zamanda bu hakemlerin görev ve yetkilerini belirlemiştir. Türk hukukunda tahkimi düzenleyen HMK'da zorunlu tahkimin istisnai bir tahkim türü olduğu için düzenleme yapılmamış olup yalnızca ihtiyari tahkime yer verilmektedir.

#### 3.3.2.2 İhtiyari tahkim

Bu tahkim türünde taraflar uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu tahkimde olduğu gibi hakeme başvurmak zorunda değildirler. İhtiyari tahkimde uyuşmazlık söz konusu olan davaların genel mahkemelerde görülmesi kural olmakla birlikte, taraflar kanunun yasaklamadığı durumlarda uyuşmazlıkların çözümü için kendilerinin tayin edecekleri hâkimlere gidebilecekler. İhtiyari tahkimin dayanağı sözleşme özgürlüğüdür.

Taraflara, uyuşmazlığın çözümü için kendi iradeleriyle tayin edecekleri hakemlere başvurabilme imkânının tanınması, uyuşmazlığın çözümünde o uyuşmazlık konusunda uzman kişilerce karar verilmesi sağlanmış, aynı zamanda genel yargıdaki bir takım eksikliklere maruz kalmaları önlenmiştir. Taraflar zorunlu tahkime konu olan bir uyuşmazlığı ihtiyari tahkim yolu ile çözümleyemezler.

### 3.3.3 Yapısal olarak uluslararası açıdan tahkim

#### 3.3.3.1 Ad hoc tahkimi

Tahkim prosedürlerinin bir kısmı, tamamen tarafların bizatihi kendilerinin kaleme aldığı veya atıfta bulunduğu muayyen kural ya da yasalara istinaden, onların veya tarafların verdiği yetkiye istinaden hakemlerin kontrolünde cereyan etmektedir. Bu tür tahkimlere "Ad Hoc Tahkim" (Arızî- Geçici, Özel Seçilmiş Tahkim) denmektedir. Kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim prosedürleri üzerindeki bürokratik denetiminden duyulan endişeler veya bu tür kurumların "uluslararası sermaye"nin bir manivelası olduğu yönündeki anlayışlar, ad hoc tahkimin tercih sebeplerini oluşturmaktadır. Bu itibarla, günümüzde, özellikle devlet ya da kamu kurum veya kuruluşlarının taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ad hoc tahkim yaygın şekilde tercih edilmektedir.

Ad hoc tahkim türünü tercih edenlerin, yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmadan uluslararası karakterli kurallar çerçevesinde tahkim prosedürlerini yürütebilmelerini temin için UNCITRAL 15 Aralık 1976 tarihli Genel Kurulu'nda 31/98 sayılı Kararı ile bir dizi Tahkim Kuralları geliştirmiştir. Ad hoc tahkim türünü seçenler, sözleşmelerinde yapacakları bir atıfla, tahkim prosedürünü ad hoc Tahkime ilişkin UNCITRAL'in 1976 tarihli tahkim kurallarına tâbi kılabilirler. Tahkim prosedürlerini UNCITRAL tahkim kurallarına tâbi tutmak isteyenlere, aşağıdaki klozu sözleşmelerine eklemeleri tavsiye edilmektedir:

"İşbu sözleşmeden doğan veya sözleşme ile ilgili olan yahut da sözleşmenin ihlaline, feshine veya butlanına ilişkin tüm ihtilâflar; UNCITRAL'in el'an yürürlükte bulunan Tahkim Kuralları, çerçevesinde, tahkim usulüne teb'an çözümlenecektir."

Belirtilen Tahkim Kurallarının uygulanması, tamamen tarafların tahkim prosedürünü bu kurallara tâbi kılmış olmasına bağlıdır. Tahkim Kurallarında ; tahkim talebinin yapılması, bu talebin içeriği, cevap layihasının sunulması, tahkim mahkemesinde tarafların temsili, tahkim mahkemesinin teşkili, tahkim usul ve esasına tatbik edilecek kural veya kanunun belirlenmesi, tahkim yeri ve yargılama lisanının belirlenmesi, tahkim mahkemesinin yetkisine yapılan itirazın hükme bağlanması, süre, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi, duruşmaların nasıl yapılacağı, koruyucu tedbirlerin alınması, karar nisabı ve kararın şekli ve muhtevası, kararın düzeltilmesi, tahkim masrafları ve hakem ücretleri düzenlenmiştir.

### **3.3.3.2 Kurumsal tahkim**

Kurumsal tahkim, daimi bir hakem kuruluşunun idaresinde ve onun önceden düzenlediği kurallar çerçevesinde gerçekleştirilen tahkimdir.

Uluslararası karakterli sözleşmelerde taraflar; tahkim prosedürünün tüm yönlerini detaylı biçimde düzenleyen kurallara ve tahkim prosedürünü yürütecek teknik ve idarî organizasyonlara sahip daimî hakem mahkemelerini tercih etmektedir. Çok daha önemlisi, uluslararası ticaret camiası, kurumsal tahkim merkezlerinin önceden kaleme alınmış kurallarını ve bu kurallara dayanan zaman içindeki uygulamalarını bilmektedir. Bu, uluslararası ticaret uygulayıcılarına çok önemli bir güven sağlamaktadır.

Ayrıca, kurumsal tahkim merkezlerinin bir kısmı, meslekî ve sektörel oda veya birliklere bağlıdır. Muayyen sektörlerde faaliyet gösteren tacirler üzerinde, o sektördeki birlik veya odaların bünyesindeki tahkim mahkemelerinin kararları çok daha farklı bir etkiye sahiptir. Uluslararası ticaret uygulayıcıları, meslekî ve sektörel kurumların etki ve prestijinden yararlanmak amacıyla da kurumsal tahkimi tercih etmektedir. Bugün, dünya üzerinde hakemlik hizmeti sunan yüzlerce kurumsal tahkim merkezi bulunmaktadır. Kuruluşları itibariyle birbirinden çok farklı tahkim

kurumları mevcuttur. Bunların bir kısmı doğrudan özel kişilerce yerel hukukun temelleri üzerinde, bir kısmı devletler arasında akdedilen ikili ve çok taraflı anlaşmalarla oluşturulan örgütler tarafından, bir kısmı ikili ve çok taraflı devletlerarası anlaşmalarla devletler tarafından, bir kısmı uluslararası alanda özel kişiler tarafından, bir kısmı ulusal düzeyde oluşturulan ticaret ve sanayi odaları, üniversiteler, merkezler veya enstitüler tarafından kurulmuş, bir kısmı da muayyen sektörlerde faaliyet icra eden meslek veya sektör mensuplarınca kurulmuştur [14].

En çok bilinen tahkim kuruluşlarının başında MTO Tahkim Mahkemesi (ICC International Court of Arbitration), Londra Uluslararası Tahkim Divanı (the London Court of International Arbitration) ve Amerikan Tahkim Kurumu (American Arbitration Association) gelmektedir. Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi de (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) yatırım ihtilaflarının tahkim yolu ile halli için idari hizmet vermektedir [15].

### **3.4 Kurumsal Tahkim Mahkemeleri**

#### **3.4.1 MTO Tahkim mahkemesi (ICC arbitration court)**

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), uluslararası ticareti geliştirmek amacıyla dünya özel sektörü tarafından 1919'da Paris'te kurulmuştur. Bu itibarla oda, devletlerarası anlaşmalarla kurulmuş bir örgüt olmayıp, tamamen özel niteliktedir.

MTO, uluslararası karakterli ticarî ve ekonomik uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü organize etmek üzere 1923 yılında "Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Divanı (ICC Arbitration Court) adı altında, bir Mahkeme (Divan) oluşturmuştur.

Dünyanın en eski ve ele aldığı dava sayısı ve çeşitliliği açısından en büyük hakemlik kurumudur. Tahkim Divanının merkezi Paris olmasına rağmen, bünyesinde 50'nin üzerinde milliyetten hakem bulunduran hakem heyetleri dünyanın her hangi bir yerinde tahkim organize edebilmektedir.

Tahkim hizmetinin yanı sıra ICC, tarafların talebi halinde, uluslararası ticarete özel uzmanlık gerektiren teknik konularda ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde “bilirkişi” (expert) tayin edebilir; acil durumlarda, tahkim öncesi geçici karar alınması için “hakem” (referee) atayabilir; tarafların tahkime gitmeden anlaşmalarını sağlayacak “uzlaştırma” (conciliation) prosedürünü işletebilir [15].

MTO Tahkim Mahkemesi (Divanı) doğrudan ihtilâfları çözen daimî bir hakem mahkemesi değildir. Divan, sadece MTO Tahkim Kurallarına göre, tarafların seçimine veya böyle bir seçim yoksa Mahkemenin belirlemesine göre dünyanın herhangi bir yerinde cereyan eden tahkim prosedürlerini organize etmektedir. Buna göre, doğrudan ihtilâfı çözümlen hakem veya hakem heyeti (hakem mahkemesi), her bir somut olayda taraflarca veya tarafların anlaşamadığı ya da tarafların yetki verdiği hallerde divan tarafından oluşturulmaktadır.

Bugün yürürlükte bulunan MTO Tahkim Kuralları, 1 Ocak 1998'de revize edilen Tahkim Tüzüğüdür. Tüzükte hakem veya hakemlerin seçimi tarafların seçimden imtina etmesi veya bu konuda anlaşma sağlayamaması hâlinde Divan tarafından taraf hakeminin veya üçüncü hakemin seçilmesi, tahkim müracaatı, cevap ve mukabil dava, dava ve cevap dilekçeleri ve içerikleri, yazılı beyanlar, tebligat ve yazışmalar, tahkim şartı veya sözleşmesinin mevcut olmamasının sonuçları, tahkim sözleşmenin hükümleri, tahkim masrafları ve hakem ücretleri, görev belgesinin (term of reference) tanzimi, dosyanın hakem veya hakemlere tevdi, tahkim usul ve esasına uygulanacak hukukun tespiti, tahkim yerinin belirlenmesi hakemlerin delil toplaması ve değerlendirmesi, sulh, tahkim sinesi karar nisabı, kararın veriliş şekli ve Divan tarafından onaylanması, kararın tebliği, kararın taraflar açısından kesinleşmesi gibi hususlar düzenlenmiştir.



MTO Tahkim prosedürünün uygulanması, tamamen ihtilâf vukuunda tarafların MTO Tahkim Tüzüğüne göre bir tahkimi öngörmüş olmalarına bağlıdır. MTO, uluslararası ticaret uygulayıcılarına, sözleşmelerine ithal etmek üzere: "İş bu sözleşmeden doğacak veya bu sözleşme ile ilgili bütün anlaşmazlıklar MTO Tahkim Kuralları uygulanarak, bu Kurallar dairesinde tayin edilen bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır" klozunu önermektedir.

### **3.4.2 Londra uluslararası tahkim divanı (the London court of international arbitration)**

Londra Uluslararası Tahkim Divanı (the London Court of International Arbitration (LCIA) kuruluş itibariyle ülkesel karakterde olsa da, bugünkü organizasyonu, yönetimi ve yönettiği tahkimlerin niteliği itibariyle tipik bir uluslararası tahkim kurumudur. LCIA, İngiliz Hukukuna göre, kâr amacı gütmeyen ve ortakları taahhütleri ile sınırlı sorumlu olan bir şirket (Company Limited by Guarantee) modelinde kurulmuştur. LCIA, Avrupa'da ICC tahkiminden sonra en çok tercih edilen tahkim kurumudur.

LCIA, uluslararası tahkim davalarının organizasyonu bakımından UNCITRAL ile de ciddi ilişki içindedir. Bir davada, LCIA'nın seçilmiş olması, tahkimin zorunlu olarak LCIA Kurallarına tâbi olacağı anlamına gelmez. LCIA, tarafların iradesine bağlı olarak UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre de bir tahkim davasını görebilir. Bu durumda LCIA sadece hakemlerin atanması ve tahkim prosedürünün idaresi bakımından rol almaktadır. Burada, tarafların tercihinine bağlı olarak, UNCITRAL usulü ile LCIA usulünün bir kombinasyonundan oluşmaktadır.

### 3.4.3 Yatırım ihtilaflarının halline dair uluslararası merkez (ICSID)

Merkez, Dünya Bankası tarafından 1966'da yürürlüğe konulan "Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma" ile kurulmuştur. Merkez, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarından doğan tahkim davalarına bakmaktadır

Çok sayıda devletin taraf olmasına rağmen, ICSID tahkimine nadiren başvurulmasının bir nedeni, uluslararası karakterli yatırım anlaşmalarının pek çoğunda taraflarca ICSID dışında bir tahkim sisteminin öngörülmüş olmasıdır. Bu nedenle, ICSID'e genel olarak sadece ev sahibi devletin haksız fiil teşkil eden belirli davranışlarından doğan ve uyuşmazlığın doğmasından sonraki aşamada da ev sahibi devletin merkezin yetkisini kabul ettiği olaylarda gidilebilmektedir.

Son yıllarda devletler arasında aktedilen pek çok ikili ve çok taraflı anlaşmada doğrudan ICSID'in hakemliği kabul edilmiştir. ICSID'e atıf yapılan ikili ve çok taraflı anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların hakem sıfatı ile Merkez tarafından çözümlenebilmesi için, uyuşmazlığın vukuundan sonraki safhada ayrıca yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında özel bir anlaşmanın yapılması gerekmemektedir.

ICSID Kurallarına göre verilen kararlar, ICSID sistemi içinde kesinleştiğinde, taraf devletlerde yerel hukukun cebri icra kuralları çerçevesinde doğrudan icra edilebilirler[4].

### 3.4.4 Amerikan tahkim kurumu (American Arbitration Association-AAA)

AAA'nın 01.04.1997 tarihli Kuralları ile merkezi New York'ta bulunan bir "Uluslararası İhtilâf Çözüm Merkezi [International Centre for Dispute Resolution (ICDR)]" kurulmuştur. Bugün bu Merkez uluslararası karakterli ticarî ve ekonomik uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü sağlamaktadır. Söz konusu Merkez bünyesinde yürütülen tahkim yargılamalarında, 1.6.2009 tarihinde revize edilerek yürürlüğe giren "Uluslararası Tahkim Kuralları (AAA International Arbitration Rules)" uygulanmaktadır.

AAA'nın Uluslararası Tahkim Kuralları, oldukça karışık ve detaylı Amerikan Usul Hukuku Kurallarından ziyade, dünya genelindeki geleneksel kurumsal tahkim merkezlerinin mutad kurallarına benzemektedir. Bu sebeple AAA'nın Uluslararası Tahkim Kurallarına bağlı olarak ABD'nde dava yürüten hukukçular, kendilerini Kıta Avrupa'sında hissedebilirler.

AAA'nın Uluslararası Tahkim Kurallarına göre, tahkim prosedürü, davacı tarafından Merkez'e bir tahkim talebinin ihbarı ile başlar [m. 1(c)]. Tahkim talebinin alındığı tarihte dava açılmış sayılır (m.2). Tahkim talebinin ihtilâf konusu talebi, tarafların isim, adres ve telefon numaralarını, tahkim talebinin dayanağını teşkil eden tahkim şartı veya sözleşmesini, dava konusu ihtilâfın kaynaklandığı veya ihtilâfla ilgili akdi ilişkileri, dava konusu talepleri destekleyen delilleri ve talebin özet açıklamasını, netice-i talebi ve talep edilen miktarı, hakemlerin ad ve adresleri ile sayısına ilişkin teklifleri, tahkim lisanı ve yerini içermesi gerekmektedir (m.2). Davalı, tahkim prosedürünün başladığı tarihten itibaren 30 gün içinde cevabını ve/ veya yerine göre karşı taleplerini veya mahsup taleplerini yazılı olarak sunmalıdır (m.3).

AAA Uluslararası Tahkim Kurallarına göre, taraflar hakemlerin sayısını kararlaştırmamışlar ve Merkez de davanın özellikleri itibariyle birden çok hakemin atanmasını gerekli görmemiş ise, davalar tek hakem tarafından karara bağlanır (m.5).

Taraflar AAA Tahkim Yöneticisinin yardımına başvurarak veya doğrudan kendileri, hakem ya da hakemleri serbestçe seçebilirler. Davanın açıldığı tarihten itibaren 45 gün içinde taraflar, hakemlerin seçimi usulünde veya doğrudan hakemlerin seçimi konusunda anlaşamamışlar ise, taraflardan birinin yazılı müracaatı üzerine merkez, hakem veya hakemlerin ve hakem heyeti başkanının atamasını gerçekleştirir (m.6).

AAA tahkiminde, hakemler kendi yetkilerine ilişkin kararları alabilirler (m.15). Aynı şekilde hakemler, taraflardan birinin talebi üzerine, gerekli gördüğü her türlü ihtiyatî tedbirin alınmasına karar verebilirler. Mahkeme tedbir kararı verebilmek için gerekli gördüğünde talep edenden teminat isteyebilir (m.21).

AAA'nın Uluslararası Tahkim Kurallarına göre hakem kararları, verildiği andan itibaren taraflar bakımından kesin ve bağlayıcıdır (m.27).

AAA Uluslararası Tahkim Kurallarına göre, hakem mahkemesi taraflarca seçilen maddî hukuku uygulayarak karar verir. Bu tür bir seçimin yokluğunda, hakem mahkemesi dava bakımından uygun bulduğu bir maddî hukuk sistemini uygulayarak karar verir. Hakem mahkemesi, ihtilâfın esasını karara bağlarken, sözleşme hükümlerini ve ilgili ticarî örf ve âdeti dikkate alır (m.28).

AAA tahkiminde hakem ücretleri; MTO'dakinden farklı olarak, davanın kapsam ve niteliği göz önünde tutularak hakemlerin mesaisine göre Merkez tarafından belirlenir (m.32). Taraflarca ödenecek idarî tahkim giderleri ise, dava veya karşı dava konusu meblağın miktarı ile orantılı olarak AAA tarafından hazırlanan tarifeye göre belirlenmektedir.

### 3.4.5 Diğer Kurumsal Tahkim Merkezleri

Uluslararası ticaret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için, sözleşme taraflarının başvurabileceği diğer uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin en tanınmış olanları aşağıda belirtilmektedir.

Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (The International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation),

Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi (International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber-Vienna International Arbitral Centre),

Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce),

Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal / GAFTA Arbitration Tribunal),

Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Arbitration Tribunal / FOSFA Arbitration Tribunal),

Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal).

### 3.5 Fidic'te Tahkime Dair Düzenleme

Fidic standart sözleşmelerine göre, uyuşmazlık hakkında dostane çözüm yollarıyla bir karara varılmadıkça, DAB'ın kararına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlık nihai olarak milletlerarası tahkim ile çözümlenmesi gerekmektedir. Fidic standart sözleşmelerinde, tarafların aksine kararı bulunmadığı sürece, tahkime MTO Tahkim Kuralları uygulanacaktır ve hakem heyeti MTO Tahkim Kuralları uyarınca seçilen üç hakemden oluşacaktır.

Tarafların DAB üyeleri ile yapmış oldukları anlaşmada yer alan hüküm gereğince, DAB üyeleri, hakem olarak daha sonra sözleşme kapsamındaki hiçbir uyuşmazlıkta görev yapamazlar. Tahkim mahkemesine hiçbir şekilde delil sunma veya tanıklık yapma yetkileri yoktur.

Tahkim mahkemesi, uyuşmazlıkla ilgili olarak; bütün sertifikaların, tutanakların, kararların, talimatların, mühendisin değerlendirmelerinin veya görüşlerinin ve DAB'ın kararlarının açılması, incelenmesi ve revize edilmesi kapsamında tam yetkiyi haizdir. Mühendisin uyuşmazlık kapsamında, tanık olarak dinlenmesi veya tahkim mahkemesine delil sunması hiçbir şekilde engellenemez.

Tarafların tahkim süresince sunacakları savunmalar veya tarafların iddiaları kesinlikle, DAB'ın kararına ilişkin memnuniyetsizliklerini belirttikleri bildirimde yer alan gerekçelerle veya DAB'ın karar almasını sağlamak amacı ile daha önce sundukları gerekçeler ve delillerle sınırlandırılmaz. Ancak DAB tarafından verilen kararlar delil olarak tahkim mahkemesine sunulabilecektir.

Sözleşme konusu işin ifa edildiği süre boyunca devam eden bir tahkim sebebiyle ne tarafların ne mühendisin ne de DAB'ın yükümlülüklerinin değişmesi söz konusu değildir.

### 3.6 Tahkim Sözleşmesi

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi, tarafların bu yolu tercih etmiş olmaları şartına bağlıdır. Bu nedenle, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebilmesi için tarafların bu husustaki iradelerini açık bir şekilde ifade etmeleri; başka bir deyişle aralarında mutlaka yazılı bir tahkim sözleşmesi yapmaları gerekir [7].

NY Sözleşmesinin II. maddesine göre tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Bu konuda taraflara iki imkan tanınmıştır. Taraflar, akdettikleri bir sözleşmeye tahkim şartı koymak suretiyle bu sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkları tahkim usulü ile çözmeyi öngörebilecekleri gibi, müstakil bir tahkim sözleşmesi yaparak gelecekteki bütün uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözmeyi kararlaştırabilirler. Yazılı anlaşma terimi karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgrafları da kapsayacak şekilde geniş tutulmaktadır (NY Anlaşması; m., II/2).

Tahkim sözleşmesinin iki şekilde yapılması mümkündür;

Müstakil bir sözleşme olarak: Taraflar doğmuş olan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi için ayrı bir sözleşme yapabilir. Bu sözleşmenin konusu münhasıran tahkimdir. Dar anlamda tahkim sözleşmesi, bu müstakil tahkim sözleşmesine verilen isimdir.

Tahkim şartı (arbitration clause) : Taraflar yaptıkları bir sözleşmeye (satış, şirket, istisna v.b.), bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğini şart olarak koyabilir. Burada tahkim, o sözleşmenin yalnız başına konusu olmayıp, o sözleşmenin yalnız bir şartını teşkil etmektedir. Fakat, bu şart kanunun anladığı manada bir tahkim sözleşmesidir ve tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere tabidir.

Müstakil tahkim sözleşmesinin uygulaması daha azdır. Daha çok tahkim şartına rastlanır.

Tahkim sözleşmesi, yazılı bir sözleşmede yer alan bir şarttan oluşsa da, genellikle, ana sözleşmenin bozulması durumunda otomatikman son bulmaz. Bu husus tahkim hükmünün "otonomluğu", "ayrılığı", "bölünmüşlüğü" olarak açıklanır. Bunun sonucunda, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk ana sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabilir. Bu tarafların anlaşmasından veya uygulanacak hukukun işlemesinden kaynaklanabilir. Tahkim sözleşmesinin ayrılığı fikri, ana sözleşme geçerliliğini yitirse bile, tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan ihtilafı tahkimle halletme arzularına yardımcı olmaktadır [15].

### **3.7 Tahkime Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi**

İnşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun tercih edilmesi, taraflara usule uygulanacak kuralları kendi iradeleri ile belirleyebilme imkânı vermektedir. Gerek tahkimle ilgili milletlerarası anlaşmalarda, gerek Türk Hukukunda olduğu gibi birçok millî hukuk sisteminde, taraflara tahkim usulüne uygulanacak kuralları seçebilme serbestîsi tanınmıştır. Ancak, usule hangi kurallar uygulanırsa uygulansın, hakemlerin yargılamada temel hakkaniyet kurallarına uyulmasını temin etmeleri beklenecektir [3]. Bu durum, Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlarda da vurgulanmıştır [17],[18]

Milletlerarası nitelikli inşaat sözleşmelerinde taraflar çoğunlukla aralarındaki sözleşmede sadece uygulanacak olan hukuku tespit etmekle kalmaz, ilişkilerini düzenleyen çok detaylı sözleşmeler yaparak uygulamada ortaya çıkabilecek olan sorunları en aza indirmeyi amaçlarlar. Bu sebeple büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla hukuk seçiminin yapıldığı görülmektedir. Bu durum taraflara büyük bir rahatlık ve ilişkilerine bir kesinlik katmaktadır.



Milletlerarası sözleşmelerde, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuku önceden belirlemeleri tarafların hukukî durumlarını, yetkilerini ve bir uyuşmazlık halinde haklarını bilmeleri açısından büyük bir önem taşımaktadır. Aksi bir durum belirsizliğe yol açabilecektir. Belirsizlik, çok büyük meblağlı milletlerarası nitelikteki inşaat faaliyetlerinde tarafların tercih edecekleri bir durum değildir. Bir hukukî ilişkide yapılan hukuk seçimi, uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde sonucu doğrudan etkilemektedir, bu yüzden tarafların mutabakat ile akit statüsünü önceden belirlemeleri taraflara çok önemli bir avantaj sağlayacaktır.

Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesine karar verilen durumlarda, tarafların uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde, ilgili hukukun belirlenmesi sırasında bir takım sorunların ve belirsizliklerin ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. Bu belirsizlik hakemlerin hâkimler gibi onları yönlendirecek bir lex fori 'ye sahip olmamalarından kaynaklanmaktadır. Aslında taraflar, tahkim yolunu seçtikleri ancak uygulanacak hukuku belirlemedikleri hallerde, tahkim yolunu seçmeleri dolayısıyla sahip olmayı umdukları avantajları tehlikeye atmaktadırlar.

FIDIC kurallarının uygulanmasını kararlaştıran taraflar ilgili kuralların özel esaslarının düzenlendiği ikinci bölümünde yer alan ve hukuk seçiminin düzenlendiği ilgili maddeye, aralarındaki ilişkiye hangi hukukun uygulanmasını tercih ettiklerini belirteceklerdir. Böylece seçtikleri hukuk düzeninin ilişkilerine uygulanmasını sağlayabileceklerdir.

Tarafların hukuk seçimini yaptıkları durumlarda ise ilgili hukuk seçiminin yapılmasına tarafların haklarının olup olmadığı veya hukuk seçiminin hangi hukuka tabi olduğu sorunu ortaya çıkacaktır. Yapılan hukuk seçiminin bu kapsamda değerlendirilmesi önemlidir.

### **3.7.1 Tarafların belirli bir hukuk üzerinde anlaşmış olmaları halinde esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi**

Bütün hukuk sistemlerinde irade serbestîsi kabul görmüş bir kavram olmakla birlikte bir takım sınırlamalara tabi olabilmekte ve bu sınırlamalar hukuk sistemlerinde çeşitlilik göstermektedir. Bu kapsamda, tarafların irade serbestîsi ile yaptıkları hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının hangi hukuka göre tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmenin geçerli olup olmadığı taraflarca seçilen hukuka tabidir. Tarafların irade serbestîsi ile yapmış oldukları bu esasa uygulanacak olan hukuk seçimini dilerlerse sözleşmelerine koyacakları bir şart ile veya ayrı imzalayacakları bir sözleşme ile yapabileceklerdir. Bu durumda tarafların esas sözleşmeye koymuş oldukları şartın veya hukuk seçimine ilişkin olarak yapmış oldukları sözleşmenin geçerliliği seçilen hukuka tabidir. Seçilen hukukun hukuk seçimine imkân vermesi halinde taraflarca yapılan hukuk seçimi geçerli olacaktır.

FIDIC standart sözleşmelerinde, taraflarca geçerli olarak yapılmış bir hukuk seçimi sonucunda uyuşmazlığa seçilen hukuk uygulanacak ve tarafların aralarındaki sözleşmede yer alan FIDIC kurallarına ait hükümlerin haricinde, bu hukukta yer alan düzenlemeler, özellikle emredici kuralları, uyuşmazlığa yön verecektir. Seçilen hukuk düzeninin emredici kuralları, FIDIC kurallarının uygulanmasını, sınırlayabilecektir. FIDIC kurallarının ele almadığı hususlarda, bu kurallarda bir boşluk bulunması halinde de, seçilen hukuk düzeninin ilgili hükümleri devreye girecektir [8].

Tarafların uygulanacak olan hukuku seçtikleri durumda, hukukî ilişkiye ilgili hukukun doğrudan mı uygulanacağı yoksa seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili olan hukukun mu uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Taraflar hukuk seçimi yaparken uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını hariç tutabileceklerdir. Bu durumda ilişkiye seçilen hukukun doğrudan uygulanacağına şüphe yoktur. Ancak tarafların bu şekilde bir anlaşmalarının olmadığı hallerde de, sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuku belirlemeleri halinde ilgili hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının hariç tutulduğunun varsayılması uygun olacaktır.

Belirli bir hukukun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukun seçilmiş olduğu anlamına gelir [1].

Akdi borç ilişkilerinde, tarafların seçtikleri hukuku nihai hukuk olarak belirledikleri ve o kanunun maddi hükümlerine göre uyuşmazlığın çözümünü istedikleri sonucuna varılmalıdır. Tarafların aralarındaki ilişkiye, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmayacağı, akdin ilgili hukukun maddi hukuk kurallarına tabi olacağı, seçim yapılmasındaki hukuk mantığı gereği kabul edilmektedir.

### **3.7.2. Belirli bir hukuk üzerinde anlaşmamış olunması halinde esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi**

Tarafların FIDIC standart sözleşmelerini esas aldıkları bir ilişkide, ilgili standart formda, aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan hukuku belirlememeleri halinde esasa uygulanacak olan hukukun belirlenmesi sorunu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda tahkim mahkemesinin neyi esas alarak veya nasıl bir yöntem ile uygulanacak olan hukuku belirleyeceği tespit edilmelidir.

Taraflar tahkimin usulüne ilişkin bir seçim yapmışlar ise, bu halde seçilen usulde öngörülen şekilde esasa uygulanacak olan hukuk belirlenecektir. Tarafların tahkim usulüne ilişkin bir tercih yapmamaları halinde FIDIC kuralları uyarınca MTO

Tahkim Kuralları uygulanacaktır. Bu halde de MTO Tahkim Kurallarında öngöröldü şekilde ilgili esasa uygulanacak olan hukuk belirlenecektir.

MTO Tahkim Kurallarının 17.1. maddesinde tarafların uyuşmazlığın esasında uygulanacak olan hukuku seçmekte serbest oldukları ancak bu konuda bir anlaşma yapmamış olmaları halinde hakem mahkemesinin uygun bulduğu hukuk kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir. Hakemin esasa uygulanacak olan hukuku tespit ederken esas alacağı bazı bağlama noktaları vardır. Bunlar, akdin kuruluş yeri, akdin ifa yeri, işin yapıldığı yer, tarafların vatandaşlığı, tarafların mutlak meskenleri, tarafların ikametgâhları ve en sıkı ilişkili hukuk olarak sayılabilmektedir. İş sahibi ve yüklenici arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak nitelenebilmektedir. Bu nitelik göz önüne alınarak da değerlendirme yapılabilecektir. Eser sözleşmelerinde eser yapmayı üstlenen kişinin eseri yaptığı yer hukuku eser sözleşmelerine uygulanmaktadır. Bu yer genellikle eseri yapanın ikametgâhı hukukudur.

Hakem mahkemesi uyuşmazlığın çözümünde, tarafların anlaşmış oldukları FIDIC kurallarını esas alacaktır. FIDIC kurallarının uygulanması sırasında ortaya çıkacak boşluklarda, hakemler, esasa uygulanacak olan hukuku hatta milletlerarası ticari uygulamayı dahi dikkate alabileceklerdir.

### **3.8 Tahkimin Yeri**

Taraflar tahkim yerini belirleyebilirler. Tarafların tahkim yerini belirlemediği durumlarda, tahkim yeri hakemler tarafından belirlenecektir. Tahkim yeri seçilirken söz konusu yerin hakemler bakımından ve yargılamaya katılacak taraflar açısından uygunluğu, yargılama ve diğer giderler açısından elverişliliği ve söz konusu ülke hukukunun hakem kararına karşı başvurulacak yollar ve tenfiz açısından etkileri göz önüne alınmalıdır [3].

FIDIC anlaşmasında tarafların tahkim yerini belirlemeleri, taraflara büyük bir kolaylık sağlayacaktır. Tahkimin nerede görüleceğinin belli olmasının haricinde bu durum, MTO tahkim kuralları veya taraflarca seçilen başka bir tahkim prosedürü uyarınca tahkim yerine atıf ile çözümlenmesi düzenlenen diğer açık hususlara da bir nevi belirlilik katmaktadır. Birçok hukuk düzenine göre tahkim sözleşmesinin geçerliliği tahkim yerinde geçerli olan hukuka göre de belirlenebilecektir. Tahkim yerinin önemli bir nitelikte olduğunu gösteren bir diğer hal ise MTO tahkim kurallarının m. 15.1.'de belirtilen, MTO tahkim tüzüğünde yer almayan hususlarda, tarafların anlaşarak seçeceği veya anlaşamamaları halinde hakem mahkemesinin seçeceği usul kurallarının olaya uygulanacağı durumdur. Bu halde taraflar ve hakemler uygulanacak olan usuli hükümlerin seçiminde serbest olsalar dahi, tahkim yerinde geçerli olan hukukun emredici hükümlerini dikkate almak zorundadırlar.

Tahkim yerini önemli kılan bir diğer husus ise, hakem kararlarının verildiği yer hukukundaki düzenlemelerin tahkim sürecine etkisidir. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olarak Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış olan ve Türkiye'nin de taraf olduğu New York Anlaşması'nın yabancı hakem kararının tenfizi için öngördüğü şartların arasında ilgili hakem kararının taraflar için bağlayıcı hale gelmiş olması mevcuttur. Buna göre kararın verildiği yer usul hukuku çerçevesinde temyiz veya itiraz yolları açıksa, kararın henüz bağlayıcı nitelik kazanmamış olacağı ve tenfiz talebinin reddedilmesi sonucunun doğabileceği kabul edilmektedir.

Tarafların tahkim yerini belirlememiş olmaları halinde, tahkim yerinin belirlenmesi amacı ile izlenecek olan iki yol vardır. Taraflar tahkimin nerede yapılacağını kararlaştırmadıkları hallerde tahkim prosedürü ile ilgili olarak üzerinde anlaşmış oldukları bir prosedür mevcut ise bu prosedüre göre tahkim yeri belirlenecektir. Eğer bu konuda bir anlaşma mevcut değil ise bu halde MTO tahkim kuralları uygulanacağı için tahkim yeri buna göre belirlenecektir. MTO Tahkim Kuralları'nda, tarafların tahkim yerini belirlemedikleri durumlarda, söz konusu eksikliği gidermek

amacı ile 14.1. maddede bir düzenleme mevcuttur. İlgili maddede taraflar bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa, tahkim yerinin MTO Tahkim Divanı tarafından belirleneceği düzenlenmiştir.

Tahkim Divanı tahkim yerini seçerken tarafların vatandaşı olduğu ülkelere nazaran tarafsız olan ve ilgili hakem kararının icrasında güçlük çıkmayacak bir ülke seçmek için dikkat edecektir. Bunun dışında Tahkim Divanı, mümkün olduğu kadar geniş, etkin, özerk bir hakem yargılamasını temin eden ve hakem kararlarını ancak çok önemli hallerde ve açıkça ifade edilen gerekçelerle reddeden bir yeri tahkim yeri olarak seçecektir.

### **3.9 Tahkimin Dili**

MTO tahkim kurallarının “Tahkim Dili” başlıklı madde 16. maddesi hükümlerine göre, taraflarca varılmış bir anlaşma yoksa hakem mahkemesi, esas sözleşmenin dili de dâhil olmak üzere ilgili tüm hususları göz önüne alarak, tahkimin dil veya dillerini belirleyecektir.

### **3.10 Tahkimin Süresi**

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi durumunda dikkat edilmesi gereken bir başka husus tahkim süresidir. Tahkim hakkındaki milletlerarası sözleşmeler, hakemlerin tahkim süresini geçirmesi durumunu doğrudan düzenlememişlerdir. Ancak, taraflar hakemlerin belirli bir süre içerisinde karar vereceğini düzenlemiş, fakat hakemler bu süreyi aşmışlarsa, hakemlerin taraflarca kararlaştırılan tahkim şartı veya sözleşmesine aykırı davranmaları söz konusu olacaktır. Tarafların böyle bir süre kararlaştırmamış olmaları durumunda, tahkim yeri ülkesinin hukukunun süre ile ilgili kurallarının dikkate alınması gerekir. Hakemlerin öngörülen süreyi geçirmeleri, hakem kararının

geçerliliği ve tenfiz kabiliyeti açısından olumsuz etki yapacaktır. Zira böyle bir hakem kararının tenfizine New York Sözleşmesi'nin V(l) (d) maddesi uyarınca engel olunabilir. Yine, hakem kararının böyle bir sebepten dolayı verildiği ülke veya tahkim usulüne uygulanan hukuk ülkesi mahkemeleri tarafından iptal edilmesi durumunda, bu iptal kararına Avrupa Sözleşmesi'nin IX(d) maddesi uyarınca tenfiz yeri ülkesi tarafından dikkate alınacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, taraflar bazı durumlarda tahkim süresini bizzat kararlaştırmamakla birlikte, bu konuyu içeren milletlerarası tahkim kurallarına atıf yaparlar. Bu durumda artık, tahkim süresinin hesaplanmasında, tarafların atıf yaptıkları tahkim kurallarının öngördüğü süre dikkate alınacaktır. Milletlerarası ticarî tahkim için öngörülen çeşitli kurallarda, hakemlerin belirli bir süre içerisinde karar vermeleri gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin MTO Tahkim Kuralları'nın 18. maddesi, hakemlerin altı ay içerisinde karar vermeleri gerektiğini düzenlemekte, ancak, Divan'ın bu süreyi hakemlerin gerekçeli talebi üzerine ya da resen uzatabileceği belirtilmektedir. Burada Türk Hukuku açısından ortaya çıkabilecek bir problem, Türk Hukukunda süre uzatımı için mahkemeye müracaat edilirken, MTO Tahkim Kuralları uyarınca, süre uzatımı talebi için Divan'a başvurulmasının öngörülmesidir. MTO Tahkim Kuralları millî hukuklar dışı kurallar olduğu ve ancak MTO Tahkim Kurallarında boşluk olduğu zaman bir millî hukuka başvurulması söz konusu olacağına göre, böyle bir durumda süre uzatımı için MTO Tahkim Divanı'na başvurulması gerekecektir. Zira taraflar MTO tahkimini kararlaştırmakla, tahkim usulünün MTO Tahkim Kuralları'na uygun olarak cereyan edeceğini iradî olarak kabul etmişlerdir. Dolayısıyla, milletlerarası kamu düzenine aykırılık olmadıkça, söz konusu kuralların uygulanması yerinde olacaktır [3].

### **3.11 Tahkim Hakem Heyetinin Teşkil Edilmesi**

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebilmesi için yapılması gereken bir başka husus, uyuşmazlığı çözecek hakem veya hakemlerin atanmasıdır.

### **3.11.1 Hakem isimlerinin tahkim anlaşmasında belirtilmesi**

Tarafların tahkim anlaşmasında hakemleri ismen belirlemeleri mümkündür. Ancak, böyle bir durumda, hakemlerden birinin ölmesi veya istifa etmesi gibi sebeplerden dolayı uyuşmazlığı çözememesi durumunda, hakemler ismen belirtildiği için, tarafların yeni bir tahkim anlaşması yapmak gerekmektedir. Tarafların yeni bir tahkim anlaşması yapmaması veya yapamaması durumunda, artık uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayacak ve uyuşmazlık devlet mahkemesinde çözümlenecektir.

### **3.11.2 Hakemlerin taraflarca sonradan atanması**

Uygulamada taraflar genellikle uyuşmazlığı çözecek hakemi ismen belirtmemekle birlikte, hakem seçme haklarını saklı tutmaktadırlar. Böyle bir durumda, uyuşmazlığı çözecek hakem veya hakemler tarafların aralarında kararlaştırdığı üzere belirlenecektir. Burada da hakemlerin atanması ile ilgili sorunlar, tarafların tahkim usulüne uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuka göre çözülecektir.

### **3.11.3 Hakemlerin üçüncü bir kişi/tarafça atanmasının kararlaştırılması**

Taraflar tahkim şartı veya sözleşmesinde hakemlerin atanmasının üçüncü kişiler tarafından yapılacağı da kararlaştırabilirler. Hakemlerin üçüncü kişi tarafından atanması, özellikle milletlerarası inşaat sözleşmeleri açısından önem taşımaktadır. Fidic standart sözleşmelerinde, aksi belirtilmediği sürece, MTO tahkim kurallarının geçerli olduğu belirtilmekte olup hakem(ler)in tayini konusundaki işlemler söz konusu kuralların “hakemlerin tayini ve tasdiki” başlıklı 9. maddesindeki hükümlere göre yapılmaktadır.



### 3.11.4 Hakemlerin tarafsızlığı

Hakem seçilecek kişiler açısından önemli bir kısıtlama, hakemlerin tarafsızlığı bakımından söz konusu olacaktır. Uyuşmazlığın tarafsız hakemlerce çözülmesi, tahkimin temel prensiplerinden biridir. Prensip olarak, hakemlerin uyuşmazlıkta kişisel bir menfaatinin bulunmaması ve hakemlerin taraflardan bağımsız olması gerekir. Aksi takdirde, mahkemeye müracaat edilerek hakemin reddi istenebileceği gibi, hakem kararının kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfizi engellenebilecektir.

Hakemlerin tarafsızlığı ilkesinin etkisi, hakemin reddi veya uyuşmazlığı çözmesine ilişkin yasaktan başka, hakem kararının tenfizinde de söz konusu olacaktır. Zira hakemlerin tarafsızlığı ilkesinin zedelenmesi durumunda, kamu düzenine aykırılık sebebiyle hakem kararının tenfizi engellenebilecektir. FIDIC standart sözleşmelerinde aksi belirtilmediği sürece geçerli olan MTO tahkim kurallarının 7. maddesinde konu detaylı olarak belirtilmekte olup hakem adayının tayin ve tasdikinden evvel bağımsızlık belgesi imzalayarak sekreteryaya vermesi ve sekreteryanın da bunu taraflara bildirip görüşlerini almak için taraflara süre vermesi gerekmektedir.

### 3.11.5 Hakemlerin reddi ve değiştirilmesi

MTO tahkim kurallarına göre taraflardan biri, hakemler hakkında tarafsız olmadığı iddiası veya başka bir sebeple ret talebi varsa, bunu tevsik eden belge, hal ve sebepleriyle ilgili sekreteryaya madde 11' de belirtilen süreler içinde başvurması gerekmektedir. Sekreteryaya tarafların ve hakemlerin yazılı görüşlerini alarak durumu MTO divanına iletir. MTO divanı tarafları dinler gerekiyorsa esasa da girerek karar verir. Karar taraflara ve hakemlere tebliğ edilir.

Hakemin ölümü, istifasının kabulü, divan tarafından hakem ret kararının verilmesi, taraflarca hakemin değiştirilmesi ya da hakemin görevini zamanında, fiilen ve hukuken

yapamaması durumunda MTO tahkim kuralları 12. maddeye göre hakemler değiştirilebilecektir.

### **3.12 Taraflardan Birinin Tahkim Prosedürüne Katılmayı Reddetmesi**

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi durumunda karşılaşılabilecek bir başka problem, tarafların uyuşmazlığı çözecek hakem hususunda anlaşamamaları veya taraflardan birinin kendi hakemini atamaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Burada problem, davalı tarafın belirli bir sebep ileri sürerek veya sürmeyerek tahkim prosedürüne katılmayı reddetmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

Bu gibi durumlarda, tahkimin aksamaması için çeşitli çözüm yolları söz konusudur. Uygulamada tarafların tahkim sözleşmeleri veya şartnamesine, "taraflardan biri kendisine usulünce tebligat yapılmasına karşın yargılamaya katılmazsa, hakem, yargılamaya katılan tarafın sunduğu delillere dayanarak karar verebilecektir" şeklinde hükümler koydukları görülmektedir. Aynı şekilde, çeşitli kurumlarca hazırlanan tahkim kuralları da aynı sonuca varan hükümler içermektedir.

Konuya dair MTO tahkim kurallarının 6. maddesi aşağıdaki şartları ortaya koymaktadır:

Taraflar, MTO Tahkim Kuralları uyarınca tahkime müracaat etmek üzere anlaşmışlarsa, tahkim sözleşmesi tarihinde yürürlükte olan kurallara tabi olma şartı konmamışsa, fiilen, tahkim yargılamasının başladığı tarihinde yürürlükte olan kuralların hükümlerine uyacakları anlamına gelir.

Davalı 5. madde uyarınca cevap vermez veya taraflardan biri tahkim şartının mevcudiyeti, geçerliliği veya kapsamına ilişkin bir veya daha fazla itiraz ileri sürerse, Divan, ilk görüşüne göre bir MTO tahkim sözleşmesinin mevcudiyetini tespit ettikten sonra, bu itiraz veya

itirazların kabul edilebilir olup olmamasına ilişkin bir karar vermeksizin, tahkimin devamına karar verebilir. Bu halde kendi yetkisi hakkında karar vermek Hakem Mahkemesi' ne aittir. Divan bu yönde kanaat getirmese, tahkimin devam edemeyeceği taraflara tebliğ edilecektir. Böyle bir durumda, taraflardan her birinin bağlayıcı bir tahkim şartının olup olmadığına dair yetkili herhangi bir mahkemeye başvurma hakları saklıdır.

Taraflardan herhangi biri tahkimi reddeder veya tahkime katılmaz veya herhangi bir aşamasına katılmazsa, tahkim bu ret veya katılmamaya rağmen yürütülür.

Aksi kararlaştırılmamış olmadıkça, Hakem Mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin geçersiz olduğuna veya yokluğuna dair bir iddia Hakem Mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. Esas sözleşme yokluk veya geçersizlik ile sakat olsa bile, Hakem Mahkemesi'nin tarafların karşılıklı hukukunu tayin ve iddia ve savunmaları hakkında karar vermek hususundaki yetkileri devam edecektir.

### **3.13 Tahkim Prosedürü**

MTO tahkim prosedürü, kronolojik olarak birbirini takip eden beş safhada özetlenebilir:

1. Safha: Davacı taraf (veya taraflar), tahkim talebini (Dava Dilekçesini): "38 Cours Albert Ic, 75008 Paris-France" adresinde bulunan MTO Tahkim Divanı Sekreteryasına gönderir (m.4/1). Sekreteryaya, davacının tahkim talebini, 30 gün içinde cevap vermek veya cevapla birlikte mukabil dava açmak üzere davalıya tebliğ eder. Tahkim talebi dâhil, her türlü yazışma ve tebligat alındı mukabili elden teslim, taahhütlü mektup, özel kurye servisleri, faks, teleks veya gönderi kaydı veren diğer haberleşme araçları ile yapılabilir (m.3/2). Tahkim talebinin Sekreteriyaya tevdi tarihinde dava açılmış sayılır (m.4/2).

Tahkim talebinin (dava dilekçesinin), diğer hususlar yanında, hususen; tarafların ad, ünvan ve adreslerini, ihtilâfın mahiyet ve özelliklerini, mümkün olduğunca talep edilen meblağ da dâhil olmak üzere netice-i talebi, tahkim talebine dayanak teşkil eden tahkim şartı veya sözleşmesini, ihtilâfın kaynaklandığı sözleşmeleri, hakemlerin sayısı ve seçimi ile ilgili her türlü bilgi ile atanan hakemin isim ve adresini, tahkim yeri, esasa tatbik edilecek hukuk ve tahkim lisanı hakkındaki açıklamaları içerir (m.4/3).

2. Safha: Tarafların anlaşmasına göre veya anlaşma yok ya da sağlanamıyorsa MTO Tahkim Divanı tarafından somut davayı karara bağlayacak hakem mahkemesi teşkil edilir (m.7-12).

Hakem mahkemesi, tek veya üç hakemden oluşur (m.8/1). Taraflarca hakem sayısı belirtilmemiş ise, hal ve şartlar ile davanın özellikleri aksini gerektirmedikçe, Divan tarafından tek hakem atanır (m.8/2). Üç hakemli davalarda ise her bir taraf, tahkim talebinde ve cevap dilekçesinde birer hakem önerir. Taraflarca önerilen hakem adaylarının bağımsız ve tarafsız olmaları gerekir. Hakem adayları bu yönü tevsik zımında, hakemliği kabul ettiklerine dair beyanla birlikte bir "bağımsızlık belgesi" imzalayarak Sekreteryaya gönderirler. Taraflarca önerilen hakemler hakemliği kabul etmiş ve durumları da MTO kural ve standartlarına uygun ise, Divan tarafından onaylanır. Tek hakem kararlaştırılmış olmasına rağmen tarafların tek hakem seçiminde anlaşamamaları hâlinde tek hakem; üç hakemli davalarda taraflardan birinin kendi hakemini süresinde seçmemesi hâlinde hakem seçiminden imtina eden taraf hakemi, yine üç hakemli davalarda üçüncü hakemin iki hakem tarafından seçileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen süresinde iki hakemin üçüncü hakem konusunda anlaşamamaları hâlinde üçüncü hakem ve üçüncü hakemin seçiminin doğrudan Divana tanındığı veya bu konuda aksi bir düzenleme yer almadığında hakem heyetine başkanlık edecek üçüncü hakem, Divan tarafından seçilir ve böylece hakem mahkemesi teşekkül eder (m. 8).

3.Safha: Somut uyuşmazlığı karara bağlayacak Hakem Mahkemesinin teşkilinden sonra, Sekretarya tarafından dosya hakem mahkemesine tevdi edilir (m. 13). Ancak bu safhada masraf avansının yatırılmış olması gerekir. Dosyanın hakem mahkemesine tevdi üzerine, hakemler ve tarafların iştiraki ile bir "görev belgesi" (Term of Reference) düzenlenir (m. 18). Görev Belgesi: Tarafların ad, ünvan ve haberleşmeye uygun adreslerini, iddia ve netice-i talepleri, karara bağlanacak hususların bir listesini, hakemlerin ad, ünvan ve adreslerini, tahkim yerini, uygulanacak usul kurallarını ve –şayet var ise- hakemlere dostane aracı olarak hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisini içerir (m. 18/1). Görev Belgesi tahkime konu uyuşmazlığın sınırlarını, hakemlerin yetkilerini ve tahkim prosedürüne ilişkin pek çok hususun ilk defa veya tekraren düzenlenerek belirgin hâle getirilmesine hizmet eder. Taraflarca imzalanan görev belgesinde hükme bağlanan hususlar, tahkim prosedürü boyunca ve hatta tenfiz safhasında tarafları bağlar. Bu sebeple görev belgesinin tanzimi, uluslararası tahkim prosedürleri bakımından pratik önem taşır.

4.Safha: Hakem mahkemesi, davayı esastan inceleyerek, görev belgesinin imzalanması tarihinden itibaren altı ay içinde karar tasarısını imzalamaksızın hazırlar ve onay için Divana sunar.

Hakem Mahkemesi, taraflara da danıştıktan sonra, bir veya birkaç bilirkişi tayin edebilir, onların görevlerini saptar, raporlarını alır. Taraflardan birinin isteği üzerine taraflara, Hakem Mahkemesi tarafından tayin edilen böyle herhangi bir bilirkişiyi duruşmaların birinde sorgulama imkânı verilmektedir.

Hakem Mahkemesi birden fazla hakemden teşkil edildiği zaman, Karar çoğunlukla verilir. Çoğunluk oluşmazsa, Karar Hakem Mahkemesi başkanı tarafından tek başına verilir. Karar'da dayanılan gerekçeler belirtilecektir Kararın “sulh yoluyla” verilmesi durumunda, taraflar dosyanın Madde 13 uyarınca Hakem Mahkemesi' ne havalesinden sonra sulh olurlarsa, taraflar ister ve Hakem Mahkemesi de kabul

ederse, bu durum tarafların anlaşmasını belirleyen bir karar olarak kaleme alınacaktır.

Altı ay içinde karar verilmez ise, Divan gerektiğinde re' sen veya tahkim mahkemesinin talebi üzerine süreyi uzatabilir (m.24). Hakem mahkemesi, MTO Tahkim Tüzüğü hükümlerini uygulayarak tahkim yargılamasını icra eder. Burada hüküm bulunmayan usulî bir konuda hakemler; millî bir usul hukuku sistemi ile bağlı olmaksızın, uygun buldukları kuralları tatbik ederler (m.15). Hakemler, davanın esasını tarafların anlaşmasına, burada hüküm bulunmayan hallerde taraflarca seçilen hukuka göre karara bağlar. Taraflar bir hukuk seçmemişlerse, hakemler; dava bakımından uygun buldukları bir hukuku uygulayarak ihtilâfı esastan karara bağlar. Hakemler, her halükârda ticarî örf, âdeti dikkate alırlar (m.17).

Taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine, geçici ve muhafaza amaçlı ihtiyatî tedbir kararları verebilir (m.23). Hakem mahkemesi, yerine göre böyle bir kararın verilebilmesi için talepte bulunanın teminat yatırmasını isteyebilir. Hakem mahkemesince verilen tedbir kararı muhatapça yerine getirilmediğinde, talep sahibi tedbir kararının ifası veya yeni bir tedbir kararı için genel mahkemelere müracaat edebilir.

5. Safha: MTO Tahkim Divanı, hakem mahkemesince verilen karar taslağını inceler ve gerekli gördüğü şekil değişiklikleri yapılması yönünde hakem mahkemesine tavsiyede bulunabilir veya karar verme özgürlüklerini etkilemeksizin, hakemlerin ihtilâfın esasını ilgilendiren bazı noktalara dikkatlerini çekebilir (m.27). Bu hüküm tamamen MTO Tahkim Kuralları çerçevesinde verilen kararların şekil ve esas bakımından geçerliliğini ve etkinliğini sağlamaya yöneliktir.

Sekretarya, Divan tarafından onaylanıp, hakem mahkemesince imzalanan karar metnini, tahkim masraflarının tamamının taraflarca veya onlardan biri tarafından ödenmesi üzerine, taraflara tebliğ eder (m.28/1). Karar, verildiği andan itibaren

tarafklar için bağlayıcıdır. Taraflar, MTO Tahkim Kurallarını seçmekle, verilen karara derhal uyup icra etmeyi ve ilgili yasalar elverdiği ölçüde temyiz ve itiraz yoluna başvurmadan feragati kabul ve taahhüt etmiş sayılırlar (m.28/b).

MTO tahkimlerinde taraflarca (veya taraflardan birinin kaçınması hâlinde davacı tarafça) "ödenecek tahkim idarî giderleri, hakem ücretleri ve bunlarla ilgili avanslar, Tahkim Tüzüğüne Ek 2008'de değişikliğe uğrayan "Tahkim Masrafları ve Ücretleri" tarifesi ile düzenlenmiştir. Tarife, dava değerine bağlı ve bu değere bağlı olarak artan bir ücret sistemini benimsemiştir [14].

### **3.14 Tarafların Hakem Mahkemesi Kararında Düzeltme-Açıklama Talep Etmesi (Tavzih)**

Hakem Mahkemesi Karar'da bulunan bir idari, hesap ve yazım hatasını veya bu mahiyetteki başka hataları re' sen düzeltebilir. Ancak böyle bir düzeltmenin Karar tarihinden itibaren 30 gün içinde onay için Divan'a sunulmuş olması gerekmektedir.

Taraflardan birinin MTO tahkim kuralları madde 29 (1)'de belirtilenlerin benzeri bir hatanın düzeltilmesi veya karar'ın tavzihi için herhangi başvurusu, kararın ilgili tarafça alınmasından itibaren 30 gün içinde Sekretarya'ya yapılmalıdır. Böyle bir başvurunun suretleri Madde 3 (1) uyarınca Hakem Mahkemesi ve diğer tarafa iletilecektir. Hakem Mahkemesi, diğer tarafa, görüşlerini sunabilmesi için başvurunun ilgili tarafça alınmasından itibaren normalde 30 günü geçmeyen kısa bir süre verecektir. Hakem Mahkemesi Karar' ı düzeltmeye veya tavzihe karar verirse, diğer tarafa görüşlerini bildirmesi için verilen sürenin dolmasını müteakiben nihayet 30 gün veya Divan tarafından tanınan süre içerisinde tavzih kararını taslak halinde Divan'a sunacaktır. Karar'ın düzeltilmesi veya tavzihi kararı bir zeyilname formunda olacak ve Karar'ın bir parçasını oluşturacaktır.

### 3.15 Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Öncelikle tanıma ve tenfizin kısaca açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Yabancı bir mahkeme kararını tanıma, verilen yabancı kararın icra edilmesi söz konusu olmaksızın tanıma kararı veren devlette kesin hüküm ifade etmesi anlamına gelirken tenfizde ise tenfiz kararı veren devletin icra kuvvetlerini harekete geçirerek kararın icrası sağlanmaktadır. Dolayısı ile tanıma, kararı veren devletin icra organlarını harekete geçirmez sadece yabancı karara dayanarak kesin hüküm itirazında bulunma ve kesin delil olarak kullanma imkânı sağlamaktadır. İcra organlarının harekete geçmesi için tenfiz kararı gerekir. Tenfiz hakem kararlarının gereğinin yerine getirilmesidir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi New York Anlaşmasında ve MÖHUK ile düzenlenmiştir.

New York Anlaşmasının 3. maddesine göre: “Âkit devletlerden her biri hakem kararının muteberliğini tanıyacak ve kararın öne sürüldüğü memlekette cari prosedür kaidelerine tevfikan, aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde, bunun icrasına hüküm verecektir. İşbu sözleşmenin şümulü içine giren hakem kararlarının tanınması ve icrası için milli hakem kararlarına nispetle oldukça ağır şartlar tahmil edilmeyecek ve oldukça daha yüksek adli harç alınmayacaktır. “ hükmü bulunmaktadır.

Bu maddede, yabancı hakem kararının tenfizi davasında tenfiz ülkesinin hukukuna atıfta bulunmuştur. Aynı zamanda bu düzenleme sözleşmenin yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizini yeknesaklaştırması ve kolaylaştırması amacına uygun düşmektedir.



Yabancı Hakem Kararlarının tenfizini düzenleyen MÖHUK 60. maddesinde “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.” hükmü bulunmaktadır.

NY Anlaşmasına göre tenfiz şartları olarak şu hususlar sıralanmaktadır;

- a) Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmalıdır
- b) Karar, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır (m.v/1-b)
- c) Karar, hakemlerin yetkileri içinde verilmiş olmalıdır (m. v/1-c)
- d) Hakem mahkemesinin teşkili veya tahkim prosedürü taraflar arasındaki anlaşma hükümlerine -anlaşmada hüküm yoksa-tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülke hukukuna uygun olmalıdır (m. v/1-d)
- e) Karar, taraflar için bağlayıcı (binding) olmalı veya verildiği ülke hukukuna ya da tahkimin tâbi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmemiş yahut icrası askıya alınmamış olmalıdır (m.v/1-e)
- f) Karar, tenfiz devleti hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün bir uyuşmazlığa ilişkin olmalıdır (m. v/2-a)
- g) Karar, tenfiz devleti hukukunun kamu düzenine aykırı olmamalıdır (m.v/2-b)

New York Anlaşmasının 4. maddesine göre Türk mahkemelerinde tenfiz davası açan davacıların, tenfiz kararını talep ettiği mahkemeye aşağıdaki belgeleri ibraz edecektir:

- Hakem kararının usulüne uygun onaylanmış aslını yahut da aslına uygunluğu onaylanmış örneği,
- Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenmiş olan tahkim şartı veya sözleşmesinin usulüne uygun aslını veya aslına uygunluğu onaylanmış örneği,

- Eğer hakem kararı ve tahkim şartı veya sözleşmesi tenfiz kararı talep edilen ülkenin resmi dilinde değilse, hakem kararı ve tahkim şartı veya sözleşmesi usulüne uygun ve onaylı tercümelere.

Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizinde yetkili ve görevli mahkemenin hangisi olacağı MÖHUK, 60. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir yazılı anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye’deki ikametgâhı, yoksa sakin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılmaktadır.

NY Anlaşmasının (V/1) maddesi hükmü gereğince yabancı bir hakem kararının tanıma ve tenfiz talebi;

- taraflardan birisinin kanunen ehliyetsiz olması,
- taraflardan birisinin hakem tayininden gerektiği biçimde haberdar edilmemesi veya dava görülürken hakem önünde yeterince temsil edilmemesi,
- hakem kararının tahkim sözleşmesinde yer almayan bir uyuşmazlığa ilişkin olması veya sözleşmenin sınırlarını aşan hükümler ihtiva etmesi (kararın ayrılmasının mümkün olduğu durumlarda sınırı aşmayan kısım tenfiz edilir),
- hakem heyetinin teşkilinin veya tahkim prosedürünün tarafların anlaşmasına, uygulanabilir maddi hukuk ya da tenfiz talebinin bulunduğu ülke hukukuna uygun olmaması,
- hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre tarafları henüz bağlamaması veya kararın verildiği yerin yetkili mercilerince iptal edilmesi durumlarında reddolunabilir.

Aynı durum için MÖHUK'un 62. maddesinde tenfizin reddi olarak sayılan haller aşağıda sıralanmaktadır;

- a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,
- b) Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise,
- c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,
- ç) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,
- d) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,
- e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,
- f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,
- g) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında,
- h) Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlete kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan hakem kararlarının Türkiye'de icra olunabilmesi için, MÖHUK yasasının 63. maddesi gereği yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Tenfiz talebi 5718 sayılı MÖHUK yasasının 61. maddesi uyarınca incelenir ve 62. maddede tanımlanan gerekçeler ile reddedilebilir. Mahkeme tarafından hakem kararının kısmen veya tamamen tenfizine

veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilamının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır.

Yabancı ülkelerden alınmış tahkim kararları konusunda görevli asliye ticaret mahkemesinin tenfiz kararı vermesi ve bu kararı yabancı mahkeme ilamının altına yazarak hâkim tarafından mühürlenip imzalanması üzerine hakem kararı icra kabiliyeti kazanır [1]

### **3.16 Tenfize Dair Başvuru Şekli ve İnceleme Usulü**

Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf yetkili mahkemeye bir dilekçe ile başvurur. Bu dilekçede, tenfiz isteyenle karşı tarafın varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad, soyadı ve adresleri; tenfiz konusu kararın hangi tarihte verildiği, hakemlerin veya hakem kurumunun adı; kararın özeti; tenfiz, kararın bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu belirtilir.

MÖHUK 61. maddede, dilekçeye bazı belgelerin eklenmesini de zorunlu kılmıştır  
Bu belgeler şunlardır:

- Tahkim sözleşmesinin veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği
- Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği
- Yukarıda sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri

Mahkemeye verilecek dilekçe ve dilekçeye eklenecek belgelere karşı taraf sayısı kadar örnekleri de eklenmelidir. Tenfiz davasında davacı, hakemler tarafından görülen davayı kazanan kişidir. Bu kişi alacağını Türkiye’de icra yoluyla almak için tenfiz müessesesine başvurmak zorundadır [7].

Tenfiz isteminin kabul ya da reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz, yerine getirmeyi yani icrayı durdurmaktadır.

### 3.17 Tahkime İlişkin Uluslararası Sözleşmeler

Milletlerarası ticarî tahkimin tarihi seyri 1923'te Cenevre'de Milletler Cemiyeti önderliğinde düzenlenen bir protokol ile başlatılmıştır. 1923 Cenevre Protokolü olarak ifade edilen protokol milletlerarası ticarî tahkimin ilk düzenlemesidir. Türkiye bu Protokolü imzalamamıştır.

1923 Cenevre Protokolünden hemen sonra 1927'de Milletler Cemiyetine üye ülkelerce yine Cenevre'de, Cenevre Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonu imza altına alınmıştır. Türkiye bu Sözleşmeyi de imzalamamıştır.

1919'da Paris'te kurulan MTO'nın girişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının önderliğinde 10 Haziran 1958'de New York'ta yapılan konferans sonunda Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve İcrası Konvansiyonu (New York Sözleşmesi) 45 devlet tarafından imzalanmıştır. New York Sözleşmesi kendinden önceki 1923 Cenevre Protokolü'nü ve 1927 Cenevre Sözleşmesi'ni yürürlükten kaldırmıştır. Türkiye de bu Konferansa katılarak sözleşme protokolünü imzalamış, fakat protokolün onay kanunu 1 Ekim 1992'de yürürlüğe girebilmiştir.

Yine 21 Nisan 1961'de Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun önderliğinde Cenevre'de Avrupa Konvansiyonu (Cenevre Sözleşmesi) imzalanmıştır. Bu sözleşmeye Türkiye imza koymuş, fakat bu protokolün de onaylanarak yürürlüğe girmesi 8 Mayıs 1991'de mümkün olabilmıştır.

Dünya Bankası'nın hazırlamış olduğu bir diğer uluslararası sözleşme "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme" kısaca ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes) veya imzalandığı yer olması nedeniyle Washington Sözleşmesi veya Dünya Bankası Sözleşmesi olarak bilinmektedir. ICSID 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ICSID'i 27.05.1988 tarihinde onaylamıştır.

### **3.18 Türk Hukukunda Tahkime Dair Kanunlar**

Türk hukukunda yabancılık unsuru taşımayan yani iç tahkim, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri düzenlenmektedir. Söz konusu kanun yerini 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa bırakmıştır. Bu kanunda belirtilen hükümler Türkiye'de gerçekleşebilecek hakem yargılamalarına ilişkin tahkime elverişlilik, tahkim usulü, hakem kararının verilmesi, hakem kararlarının temyizi, hakemlerin seçimi gibi izlenecek prosedürü düzenlemektedir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır.

Aynı zamanda, 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tâbidir. Kanunda yabancılık unsuru 2. maddede detaylı olarak ortaya konulmuştur. Aşağıda madde metni olduğu gibi sunulmaktadır.

### Yabancılık unsuru

Madde 2 – Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü sağlamak için başta Anayasada olmak üzere çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. 13.08.1999 tarihinde 4446 sayılı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Anayasanın 125. maddesi değiştirilmiş ve Türk Hukukunda kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ve yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine imkân verilmiştir. Bu Anayasa değişikliğine paralel olarak 4501 sayılı ve 21.01.2000 tarihli Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ile 4493 sayılı ve

20.12.1999 tarihli Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun çıkartılmıştır.

4501 Sayılı Kanunun çıkarılma nedeni Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini uygulamaya geçirmek ve özellikle yabancı sermayeli şirketlerin bu tür projeler için Türkiye'ye gelmelerini sağlamaktır. Yap-İşlet-Devret sözleşmesi aslında idare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak isimlendirilen bir idari sözleşmedir.

3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5. maddesi kamu hizmetlerini gerçekleştirmeye yönelik yatırım sözleşmelerini, Danıştay öz denetiminden kurtarmak ve yabancı yatırımcılara güven vermek için, özel hukuk sözleşmesi haline getirmiştir. 3996 Sayılı Kanunun 5. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Ancak uluslararası tahkimi engelleyen iç hukuk hükümlerinde yapılan değişikliklerden sonra iptal edilen 5. madde Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile yeniden uygulamaya girmiştir. 3996 Sayılı Kanuna değişiklik getiren bu düzenlemeye göre, Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile yabancı sermaye şirketi arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.

4446 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliklerine 4493 ve 4501 Sayılı Kanunlarla getirilen düzenlemeler, adli yargı ve idari yargı arasındaki farklılıklar yerine, gerek Yargıtay gerekse Danıştay tarafından ortak amaç olması gereken "Hukuk Devleti" unsurlarının tam bir uyum içinde uygulanabilmesine olumlu zemin oluşturabilirler. 4501 Sayılı Kanun Türk Hukukunda iki yeniliğe imza atmıştır.

- Öncelikle yabancı yatırımcı ile devlet arasında yapılan yatırım anlaşmalarından ortaya çıkan uyuşmazlıkların "milli tahkim" kabul edileceğini ve bu Kanuna tabi olacağını belirtmiştir.



- Genellikle Türkiye’de bulunan gayrimenkuller üzerinde de hukuki tasarruf imkânı ortaya çıkacak bu sözleşmelerle tahkime gidilmesine imkân sağlanmıştır.

04.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun(MÖHUK) yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yabancı kararların, hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir.

## **BÖLÜM 4. SONUÇ VE ÖNERİLER**

İnşaat sektörü ülkeler için hayati öneme haiz olup ekonomilerin lokomotifi, istihdam kaynağı ve durgunluktan çıkmanın önemli bir enstrümanıdır. Kamu yatırımlarının önemli bir kısmının inşaat sektörüne yapılması da gözden kaçırılmaması gereken bir unsurdur. Özellikle ulaşım ve enerji alanlarında büyük meblağlarda yapılan yatırımlarda karşılaşılan uyuşmazlıkların taraflarca hızlı ve tatminkâr çözümü, ülkemize yapılacak yatırımlar için güvenli ve istikrarlı bir ortam yaratacağı ve yeni yatırımları getireceği muhakkaktır. Bu bağlamda uluslararası inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çözümünün son safhası olarak yer alan ve bu tezin konusunu teşkil eden tahkim hususunun incelenmesinde şu sonuçlar elde edilmiştir:

- 1- Özel hukuk alanında uyuşmazlıklara bakacak bir uluslararası mahkeme bulunmamaktadır.
- 2- Taraflar uyuşmazlığı diğer taraf ülkenin milli mahkemelerinde çözümlenmek istemekten kaçınmaktadır. Bunun sebebi olarak da milli mahkeme hâkimlerinin her ne kadar hak ve hakkaniyetle karar vereceği düşünülse dahi, yürürlükteki yasal mevzuat gereği yasaların kamu çıkar ve menfaatlerini ön planda tutmasından dolayı adil karar verememesi olarak gösterilmektedir.
- 3- Tahkim, denge ve eşitlik unsurları içerisinde uluslararası büyük altyapı projelerinde tecrübeli teknik bilirkişilerden oluşan yapısıyla, ticari örf ve adetleri çerçevesinde tarafsız hakkaniyet ilkelerini uygulamaya daha yatkındır.
- 4- Tahkim milli mahkemelere nazaran çok daha hızlı karar vermektedir. Uyuşmazlığın tahkimde kısa sürede çözümlenmesi, ihtilafa konu meblağın parasal değerindeki düşme riskini de minimize etmektedir.
- 5- Ülkeler arasında, başka bir ülkenin milli mahkemesinde alınan kararların tanınması ve tenfizi (icrası) için mütekabiliyet (karşılıklık) şartı gerekir iken,

tahkimde New York Sözleşmesine taraf ülkeler arasında – ki ülkemiz de taraf olan 145 ülkeye dâhildir- hiçbir şart aranmadığı için tahkim hakem kararları hızla tenfiz edilebilmektedir. Bu durum hak ve adaletin tecellisini kolaylaştırmaktadır.

6- Ulusal mahkemelerde duruşmalar istisnai hallerde gizli olarak yürütülmektedir. Oysa tahkimde hem yargılama hem de yargılama sonucu çıkan karar gizlidir. Bu gizlilik sayesinde ticari müesseseler üçüncü kişilerin haksız rekabetinden korunmaktadır.

7- Yukarıda sayılan sebeplerden dolayı uluslar arası inşaat sözleşmelerinde, uyuşmazlıkların çözümünde tahkim müessesesi egemen olmuştur.

8- Tahkim kurumunun kullanımından önce uluslararası FIDIC standart sözleşmelerinde yer alan ve kullanılması istenen “dostane çözüm yollarının” uyuşmazlık çözümünde kullanılması son derece yaygınlaşmıştır. Tahkime göre dostane çözüm yollarının daha kısa sürede çözüm üretebilmesi yaygınlaşmanın en önemli sebebi olup ABD ve AB’de sıklıkla kullanılmaktadır[2],[19],[20].

Ülkemizde kamunun inşaat sektöründe en büyük işveren ve düzenleyici aktör olması ve yürürlüğe koyduğu yasal mevzuatta istisna durumları ile özel imtiyaz şartları haricinde uyuşmazlığı idare kanalıyla gerektiğinde devlet yargısında çözüme tercihi hem tahkim kurumunun ülkemizde pek tanınmamasına hem uygulama alanı bulamamasına hem de tahkimin getireceği faydalardan yararlanılamamasına sebep olmuştur. Bu durum uyuşmazlıkların çözümü için devlet mahkemelerinde yıllarca süren yargılamalara yol açarak tıkanmalara yol açmıştır.

Bu gerçekten hareketle, hem tahkim kurumunun getireceği yararlıardan istifade edebilmek hem de Türk inşaat şirketlerinin uluslararası arenada uyuşmazlıkların tahkimle çözümü konusunda daha hazırlıklı, bilinçli ve pro-aktif olmasını sağlamak için Türk kamu ihale mevzuatında bir takım değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda:

1- 22.01.2002 tarihli Resmi Gazete yayımlanarak 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen ve 22.01.2002

tarihli Resmi Gazete yayımlanarak 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre bağitlanan, ‘yerli isteklilere’ açık yapım işlerinin tip ihale dokümanlarında ve kanunda sözleşmenin tabii ekleri arasında sayılan Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ‘iç tahkimle’ ilgili maddeler yer almalı,

2- Bu paralelde ;

a. Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin (Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme / Birim Fiyat sözleşme / Karma Sözleşme) “anlaşmazlıkların çözümü” başlıklı 31. maddesinin 26 numaralı dip notun (1) nolu açıklamasında yer alan ‘ Sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların esas olarak Türk Mahkemelerince çözümlenmesi öngörülebektir. Bu durumda madde metni aşağıdaki gibi değiştirilecektir. ’ hükmünün ‘Yerli isteklilerin katılımına açık şekilde yürütülen ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun belirtilen iç tahkim kuralları kullanılacaktır.’ şeklinde değiştirilmeli,

b. Dip açıklamalarında yer alan <sup>26</sup>(1) 31.1 açıklamanın iptal edilerek yerine “İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun tahkim başlıklı on birinci bölümünde belirtilen hükümlerine göre çözülebektir” hükmü eklenmeli,

c. <sup>26</sup>(1) 31.2 maddesi eklenerek “31.2. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderdiği bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine .....(İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) ..... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.” hükmü konulmalı,

ç. <sup>26</sup>(1) 31.3 maddesi eklenerek “Anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk hukukuna tabi olacaktır. Tahkimin dili Türkçe’dir. Tahkim yeri, ..... (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır).....’dır. Yetkili mahkeme ..... (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... Asliye Hukuk Mahkemesi’dir.” hükmü eklenmeli,

d. <sup>26</sup>(1) 31.4 maddesi eklenerek “. İdare veya yüklenici tarafından hakeme başvurulmuş olması halinde dahi, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır.” hükmü konulmalı,

e. Ülkemizdeki mevcut durum, tahkim hakem heyetlerinin sayı ve nicelik olarak azlığı ve tahkime ani geçişte karşılaşılabilecek sıkıntıları hafifletmek ve geçiş süreci yaratabilmek için, iç tahkime yönelik bu düzenleme, her yıl 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 67 nci maddesine göre Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan tebliğde yer alan ve her yılın 1 şubat tarihinden geçerli olan eşik değer (2012 yılı için eşik değer 26.139.788,- TL’dir) baz alınarak, yaklaşık maliyeti eşik değer üstündeki yapım işlerinde uygulanmaya başlanmalı sonrasında bu limit eşik değer kanunla belirlenecek oranlarla çarpılması sonucu -örneğin 1/4, 1/3 gibi- kademeli olarak düşürülerek yaygınlaşması sağlanmalı,

f. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun içinde geçen tahkim, bu kanundan ayrıştırılarak “İç Tahkim Kanunu” adı altında- yabancılik unsuru taşıyan işlerde kullanılan, 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu gibi- müstakil bir kanun haline getirilmeli,

g. 14.12.1983 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 30. maddesinde belirtilen “Bayındırlık Kurulu” ve 04.07.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kararnamenin 16. maddesinde belirtilen “Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı” yetkilerinin, yerli isteklilere açık yapım işlerinde iç tahkimim kullanılması durumunda kullanılamayacağına dair tebliğ yayımlanmalı,

h. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “tanımlar” başlıklı 4. maddesine 22.01.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde

Uyulması Gereken İlgelere Dair Kanunun “tanımlar” başlıklı 2. maddesinde yer alan “Tahkim yolu: Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyetini,” ifadesi eklenmeli,

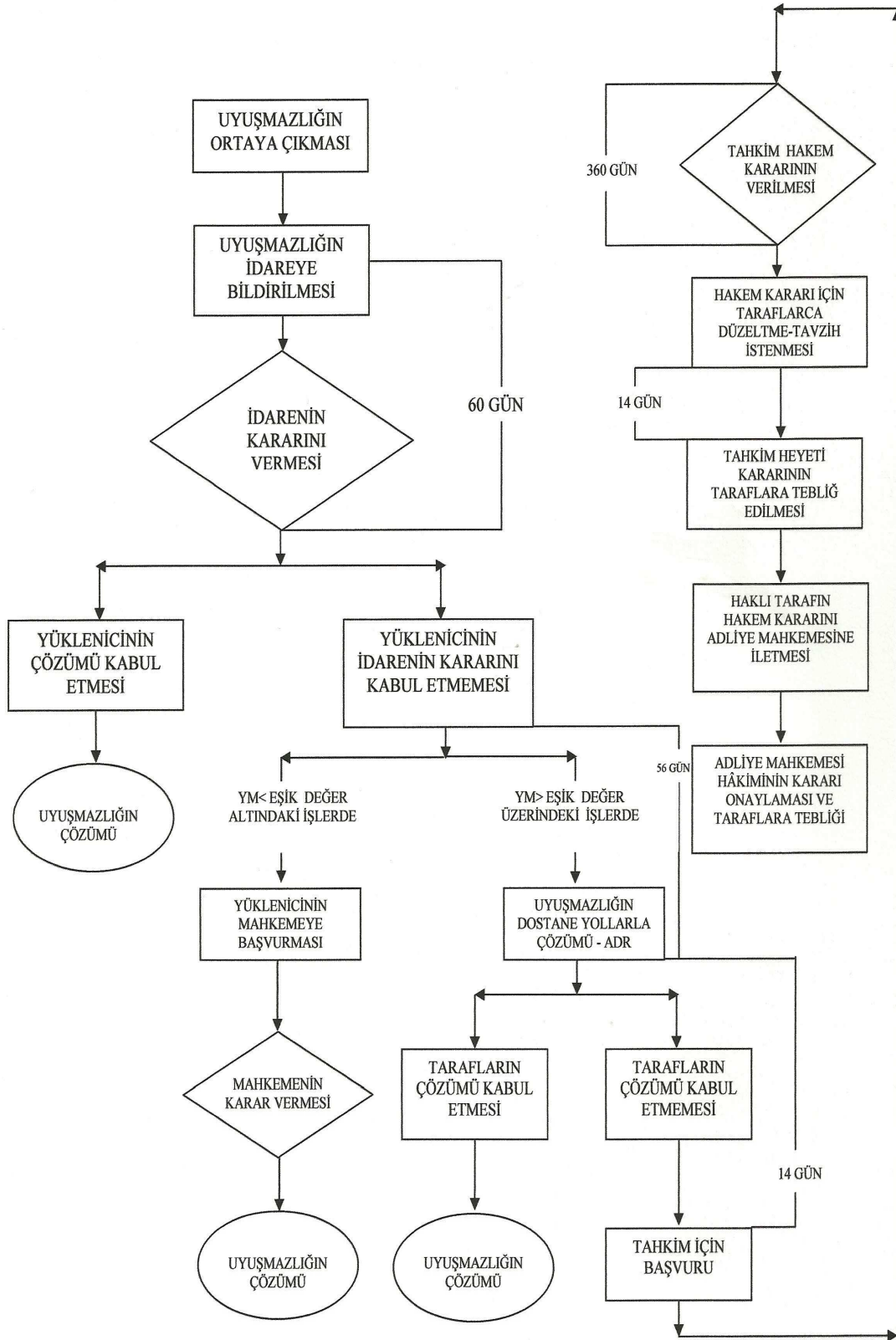
1. Bakanlıklar bazında kurumları temsil edecek hakemlerin seçim kuralları, atanması, özlük hakları ve hakem ücreti gibi konuları içeren tebliğ yayımlanmalı ve kamu kurumlarını temsil edecek tahkim hakemlerinin hazır olması sağlanmalıdır. Öneriye dair şematik gösterim Şekil 4.1’de sunulmuştur.

Türkiye’de yerli isteklilere açık kamu yapım ihalelerinde iç tahkimin uygulanmasının, özellikle küçük ve orta ölçekli inşaat firmaları için hazırlık, uyum ve organizasyon konularında bir takım sıkıntılar yaratması muhtemeldir. Aynı durumun, uyuşmazlıkların çözümünde son basamak olarak ulusal mahkemeleri öngören ve en büyük işveren konumunda olan kamu idareleri içinde de olması beklenmelidir.

Bu yüzden, bu tez konusu içinde yer almayan ancak incelenmesinde büyük faydalar olacağı değerlendirildiğim;

- Türk inşaat sektörünün önde gelen firmalarını temsil eden Türkiye Mütahhitler Birliği (TMB)’e üye firmalar üzerinde, inşaat şirketlerinin tahkim konusundaki bilgi seviyesinin tespiti, geliştirilmesi, şirketlerin uyumu ve ülkemizde kamu işlerinde iç tahkime geçilmesi durumunda yapılması gereken hususlar konusunda istatistik veri analizlerinin yapılması,

- Bazı devletlerde tahkime devletin değil bazı kurumların taraf olması gerçeğinden hareketle (örneğin, ABD’de Amerikan Tahkim Kurumu-AAA gibi) ülkemizde de bu tür bir kurumun kurulmasının getireceği yararlar üzerine araştırmalar yapılması konuları da incelemeye mazhardır.



Şekil 4.1 Yerli isteklilere açık yapım ihalelerinde yaklaşık maliyeti(YM) eşik değerinin üzerindeki işlerde iç tahkim uygulanması önerisi şeması

## KAYNAKLAR

- [1] TUĞLU, H., İnşaat Sözleşmeleri ve Anlaşmazlıkların Çözümü, 1. Proje ve Yapım Yönetimi Kongresi , Ankara , Sf No:1252-1275, 2010.
- [2] AKBIYIKLI,R., İnşaat Sözleşmeleri Esasaları ve Uygulamaları, Birsen Yayınevi, İstanbul, 2009.
- [3] AKINCI, Z., Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, İzmir, 1996.
- [4] KÖKSAL, T., Uluslararası İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- [5] KERESTECİOĞLU, M., ACAR, M., Satınalma ve Sözleşme Yönetimi, T.C. Çevre ve Orman Bakanlığı Yüksek Maliyetli Çevre Yatırımlarının Planlanması İçin Teknik Yardım Projesi, Ankara, 2005.
- [6] AYDIN, Y., Fidic Sözleşmeleri, Dış Denetim, Sf. No: 230-241, 2010
- [7] KODAKOĞLU, M., Fidic Standart Kurallarına Göre Hazırlanan Milletlerarası İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı, 2007.
- [8] KOLDAŞ, B., Fidic Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- [9] GÜVENÇ, C., Uluslararası İhalelerde Örnek Alınan Fidic Şartnamelerinin ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- [10] TÜREGÜN, N., Fıdıc Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Ortak Seminer , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.
- [11] ARTAN,İ., D., Fidic ve ICC'de Uyuşmazlık Çözümü, Techno Academy, 2010.
- [12] HÖK, G.,S., Uluslararası İnşaat Hukuku Fidic Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Adalet Yayınevi, 2009.



- [13] BALCI,M., İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınevi, İstanbul,1999.
- [14] ŞANLI, C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları Dördüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- [75] EMEK, U., Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1999.
- [16] AZİZOV, H., Uluslararası Ticari Tahkim, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- [17] EKŞİ, N., 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları, Levha Yayınevi, İstanbul, 2010.
- [18] EKŞİ, N., 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa İlişkin Yargıtay Kararları, Levha Yayınevi, İstanbul, 2009.
- [19] ÖZBEK, M., Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBB Dergisi, Sayı No:68, Sf No:265-320, 2007.
- [20] TANRIVER, S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arbuluculuk, TBB Dergisi, Sayı No:64, Sf No:151-178, 2006.
- [21] ŞEREMET, M., İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:4, Cilt:80, Sf No: 1549-1562, 2006.
- [22] KÖKSAL, T., Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- [23] KÖKSAL, T., Küresel İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

## ÖZGEÇMİŞ

Çağlar Dalmaz 03 Mayıs 1971 yılında Ankara'da doğdu. İlk ve orta eğitimini Demetevler-Ankara'da tamamladı. Lisesi Gaziantep Fen Lisesinde bitirdi. Orta Doğu Teknik Üniversitesinin İnşaat Mühendisliği bölümünden 1994 yılında mezun oldu. 1994-1996 yılları arasında özel sektörde altyapı projelerinde çalıştı. 1996 yılında Türk Silahlı Kuvvetlerinde muvazzaf subay olarak görev yapmaya başladı. Halen Milli Savunma Bakanlığı İzmit İnşaat Emlak Bölge Başkanlığında, İnşaat Şubesi Müdürü olarak görev yapmaktadır.