

**ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI İNŞAAT  
SÖZLEŞMELERİ, ANLAŞMAZLIKLARI VE  
ÇÖZÜM YOLLARI**

**Serhat ÖZER**

**TEZ DANIŞMANI: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Tarsus / MERSİN**

**Haziran-2012**

**ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ, ANLAŞMAZLIKLARI VE  
ÇÖZÜM YOLLARI**

**Serhat ÖZER**

**TEZ DANIŞMANI: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL**

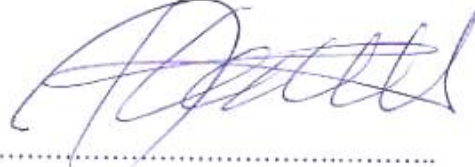
**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Tarsus / MERSİN**

**Haziran-2012**

T.C  
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

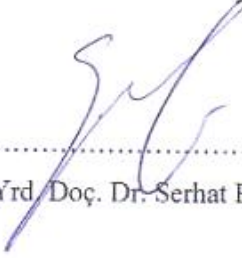
“ Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, Anlaşmazlıkları ve Çözüm Yolları ” başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından oy birliği ile Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



Tez Danışmanı - Jüri Başkanı: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Selen YILMAZ



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.



Doç. Dr. Haluk KORKMAZYÜREK  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

## ÖZET

### ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ, ANLAŞMAZLIKLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

Serhat ÖZER

**Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı**  
**Danışman: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL**  
**Haziran 2012, 107 sayfa**

Uluslararası alanda yüksek düzeyde iş üstlenmekte olan yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörümüz her yıl açıklanan “Dünyanın En Büyük 225 İnşaat Firması” arasına 20-25 arası bir sayıdaki Türk müteahhidini sokmayı başaran önemli bir sektör haline gelmiştir. Tezimizin birinci bölümünde Özel Hukuk açısından sözleşme, inşaat ve imalat kavramları kısaca anlatılmıştır. Sözleşme tanımlandıktan sonra inşaat ve imalat kavramı nedir, neler bu tanımların içerisine girer incelenmiştir.

İkinci bölümde ise, inşaat sözleşmelerinin yasal dayanağı, tarafları, özellikleri, unsurları, içeriği, doğabilecek uyuşmazlıklar ile neler olabilecekleri incelenmiştir. Tezimizin konusunu oluşturan uluslararası bir inşaat sözleşmesinden doğabilecek bir uyuşmazlıkta çözüm yollarının neler olabileceği ve bu farklı çözüm yollarının özellikleri açıklanmıştır. Çözüm yolları hakkında genel bir bilgi verildikten sonra bu farklı çözüm yollarının faydalarının ve varsa sakıncalarının değerlendirilmesi yapılmıştır. Son bölümde ise, çalışmamızın sonuçlarına göre, uluslararası bir inşaat sözleşmesi yapılırken doğabilecek uyuşmazlıkların milli mahkemeler yerine alternatif çözüm yollarından hangisi ile çözüleceğinin kararının iyi verilmesi gerektiği ve bu yöntemler arasında tahkim çözüm yolunun tercih edilmesi ve FIDIC standartlarının göz önünde bulundurulması gerekliliği üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** İnşaat, Sözleşme, FIDIC, Tahkim, Uyuşmazlık, Arbuluculuk, Uzlaştırıcılık, Hakem, Müzakere, Eser.

## **ABSTRACT**

### **INTERNATIONAL CONSTRUCTION AGREEMENTS, DISPUTES AND RESOLUTIONS**

**Serhat ÖZER**

**Post Graduate Thesis, Private Law (Department)  
Supervisor: Assist. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL  
June 2012, 107 pages**

Our foreign contracting services undertake high-level jobs in international environments and have become an important sector. Every year we can observe 20-25 Turkish Companies among “The 225 Biggest Construction Companies in the World”.

In the first chapter, contracting, construction and production concepts are described shortly. After contracting is described, we examined the construction and production concepts and the elements of them.

In the second chapter, the legal basis of the construction contracts, their parties, their characteristics and elements, the contents of them, and the possible disputes are investigated. We examined possible disputes in an international construction agreement and the possible resolutions of them. After giving general information on the resolutions, we explained and assessed the benefits of them. In the last chapter, we can see how international disputes emerging from construction agreements can be settled by not claiming in national courts but in alternative ways. Also in the last chapter we can understand that arbitration is the preferable way to settle among the other alternatives and the FIDIC Standards must be considered.

**Key Words:** Construction, Agreement, FIDIC, Arbitration, Dispute, Mediation, Arbitrator, Conciliation, Negotiation, Work.

## ÖNSÖZ

Çalışma konumu belirlemede yönlendirici olan ve yüksek lisans öğrenimim süresince desteğini ve güvenini eksik etmeyen danışmanım Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL'a, tezli yüksek lisans yapmam konusunda yönlendirici olan Prof. Dr. H. Tamer İNAL'a, deneyimini paylaşan, uygulamaya yönelik araştırmalarımnda desteğini esirgemeyen TEKFEN İnşaat ve Tesisat A.Ş Genel Müdür Yardımcısı Kani BOZBAY'a en içten teşekkürü bir borç bilirim.

Haziran 2012  
Serhat ÖZER

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	iii
ABSTRACT .....	iv
ÖNSÖZ .....	v
İÇİNDEKİLER .....	vi
KISALTMALAR .....	xi
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

<b>1. SÖZLEŞME HUKUKU AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ .....</b>	<b>2</b>
1.1. İnşaat ve İmalat Kavramı .....	2
1.2. İnşaat Sözleşmeleri .....	3
1.2.1. Yasal Dayanak .....	3
1.2.1.1. Tanım ve Kapsam .....	3
1.2.2. İnşaat Sözleşmesinin Tarafları .....	3
1.2.3. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri .....	4
1.2.3.1. İnşaat Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir .....	4
1.2.3.2. İnşaat Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir .....	4
1.2.3.3. İnşaat Sözleşmeleri Hem Ani Edimli Hem de Sürekli Sözleşme Özelliği Taşır .....	5
1.2.4. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları .....	6
1.2.4.1. İnşaat Eseri Meydana Getirme Unsuru .....	6
1.2.4.1.(1). Bir Eser Meydana Getirme .....	6
1.2.4.1.(1).(a). Eser Kavramı .....	6
1.2.4.1.(1).(b). Meydana Getirme Kavramı .....	7
1.2.4.1.(1).(c). Ücret Unsuru .....	7
1.2.4.1.(1).(d). Anlaşma Unsuru 7 .....	7
1.2.5. Eser (İnşaat) Sözleşmelerinde Şekil Ve Geçerlilik Şartları .....	8
1.2.6. İnşaat Sözleşmelerinin İçeriği .....	9
1.2.7. İnşaat Sözleşmelerinde Yer Alması Zorunlu Hususlar .....	9
1.2.8. İnşaat Sözleşmelerinde Doğabilecek Uyuşmazlıklar .....	10

### İKİNCİ BÖLÜM

<b>2. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞABİLECEK UYUŞMAZLIKLARIN HUKUKİ ÇÖZÜM YOLLARI .....</b>	<b>12</b>
2.1. Uyuşmazlıkların Milli Mahkemeler Aracılığı İle Çözümü İçin Ülke Mevzuatlarında Öngörülen Düzenlemeler .....	12
2.1.1. Türkiye .....	12
2.1.2. Almanya .....	13

2.1.3. İsviçre .....	13
2.1.4. Fransa .....	14
2.1.5. Hollanda .....	14
2.1.6. İngiltere .....	14
2.1.7. Amerika Birleşik Devletleri .....	14
2.1.8. İsveç .....	15
2.1.9. Brezilya .....	15
2.1.10. Rusya .....	15
2.1.11. Hindistan .....	15
2.1.12. Çin 16	
2.1.13. Japonya .....	16
2.1.14. Irak .....	16
2.1.15. Mısır .....	16
2.1.16. Suudi Arabistan .....	17
2.1.17. Malezya .....	17
2.2. Uzlaştırma ve Arabuluculuk .....	17
2.2.1. Arabuluculuğun Temel İlkesi .....	17
2.2.2. İnşaat Sözleşmelerinde Arabuluculuğun Önemi ve Yararları .....	18
2.2.3. Arabuluculuk Yönteminin Temel Aşamaları .....	20
2.2.4. Uyuşmazlık Doğduktan Sonra Arabuluculuğa Karar Verilmesi .....	20
2.2.5. Uyuşmazlık Doğmadan Önce Arabuluculuğa Karar Verilmesi .....	20
2.2.6. Arabuluculuk Sözleşmesinin Uygulanması .....	21
2.2.7. Arabulucu İle Sözleşme .....	21
2.2.8. Arabuluculuğun Muhtemel Sonuçları ve Sona Ermesi .....	22
2.2.9. Bazı Standart Uzlaştırma Kuralları .....	23
2.2.10. MTO Tahkim Kurallarının Genel Yapısı .....	23
2.2.11. ICSID Kuralları .....	23
2.2.12. FIDIC Uzlaştırma Kuralları .....	24
2.2.13. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları .....	25
2.3. Uyuşmazlıkların Müzakereler Yolu İle Çözümü .....	26
2.3.1. Müzakerelerde Tartışılacak Konular .....	27
2.3.2. Müzakerelerin Aşamaları .....	27
2.4. Uyuşmazlıkların Hakem-Teknik Bilirkişilik Yolu İle Çözümü .....	28
2.4.1. Kavram ve Hukuki Nitelik .....	29
2.4.2. Hakem-Bilirkişi Anlaşması .....	29
2.4.3. Hakem – Bilirkişi Anlaşmasının Şekli .....	30



2.4.4. Ön Hakemlik Yöntemi .....	30
2.5. Sözleşmeye Üçüncü Kişilerin Müdahalesi Yöntemi .....	30
2.6. Uyuşmazlıkların Tahkim Yöntemi ile Çözümlemesi (4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Tahkim) .....	31
2.6.1. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlüğe Girmesi ve Etkisi.....	31
2.6.2. Kanunun Uygulama Alanı .....	32
2.6.2.1. Taraflarca Kanunun Uygulanmasının Kararlaştırılması .....	32
2.6.3. Yabancılık Unsuru Taşıyan ve Tahkim Yerinin Türkiye Olarak Belirlendiği Uyuşmazlıklar .....	33
2.6.3.1. Genel Olarak .....	33
2.6.3.2. Tarafların Yerleşim Yeri Veya Olağan Oturma Yeri Ya da İşyerlerinin Ayrı Devletlerde Bulunması .....	34
2.6.3.2.(1). Ayrı Devletlerde Bulunması .....	34
2.6.3.2.(2). Tahkim Yerinden Başka Bir Devlette Bulunması .....	35
2.6.3.2.(3). Asıl Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin Önemli Bir Bölümünün İfa Edileceği Yerden veya Uyuşmazlık Konusunun En Çok Bağlantılı Olduğu Yerden Başka Bir Devlette Bulunması .....	36
2.6.3.3. Yabancı Sermaye ve Yabancı Kredi .....	37
2.6.4. Ülkelerarası Mal ve Sermaye Geçişi .....	38
2.6.5. Kanunun Konu Bakımından Uygulanması .....	38
2.6.5.1. Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar .....	38
2.6.5.2. İki Tarafın İradesine Tabi Olmayan Uyuşmazlıklar .....	39
2.6.5.3. Saklı Tutulan Milletlerarası Anlaşmalar .....	40
2.6.6. Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması .....	40
2.6.7. Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	42
2.6.8. Tahkim Anlaşması .....	42
2.6.9. Tahkim Yeri, Dili ve Süresi .....	45
2.6.9.1. Tahkim Yeri .....	45
2.6.9.2. Tahkim Dili .....	46
2.6.9.3. Tahkim Süresi .....	47
2.6.9.3.1. Tahkim Süresinin Belirlenmesi .....	47
2.6.9.3.2. Tahkim Süresinin Başlangıcı .....	49
2.6.9.3.3. Tahkim Süresinin Uzatılması ve Bu Talebin Reddi .....	50

2.6.10. İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir .....	52
2.6.10.1. Genel Olarak .....	52
2.6.10.2. Devlet Mahkemelerinden İhtiyati Haciz veya Tedbir Kararı Verilmesinin İstenmesinin Tahkime Aykırılık Teşkil Etmeyeceği .....	53
2.6.10.3. Hakemlerin İhtiyati Haciz veya Tedbir Kararı Vermesi .....	54
2.6.10.3.1. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmaması .....	54
2.6.10.3.2. Hakem Mahkemesinin Kurulması .....	54
2.6.10.3.2.(1). Taraflardan Birinin İstemi Üzerine .....	54
2.6.10.3.2.(2). Uygun Güvencenin Verilmesi Şartı ile .....	54
2.6.11. Hakem Kurulunun Teşkili .....	55
2.6.11.1. Hakemlerin Sayısı .....	55
2.6.11.2. Hakemlerin Seçimi .....	56
2.6.11.2.1. Tahkim Sözleşmesinde Hakemlerin İsmen Belirlenmiş Olması .....	56
2.6.11.2.2. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi .....	57
2.6.11.2.2.(1). Tek Hakem Seçimi .....	57
2.6.11.2.2.(2). Üç veya Daha Fazla Hakem Seçimi .....	58
2.6.11.2.2.(3). Hakem Seçiminin Üçüncü Kişi yada Tahkim Kurumu Tarafından Gerçekleştirilmesi .....	58
2.6.11.2.2.(4). Mahkeme Kararı İle Hakem Seçiminin Yapılması .....	59
2.6.11.3. Hakem Olabilecek Kişiler .....	60
2.6.11.4. Hakemlerin Bağımsız ve Tarafsız Olması .....	60
2.6.11.5. Hakemin Reddi .....	61
2.6.11.6. Hakemin İstinkafı ve Azli .....	63
2.6.12. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk .....	63
2.6.13. Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar .....	65
2.6.13.1. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk .....	65
2.6.13.2. Tarafların Eşitliği .....	67
2.6.13.3. Tahkim Yargılamasında Temsil ve Avukatlık .....	68
2.6.14. Hakem Kararına Karşı Kanun Yolu .....	68
2.6.14.1. İptal Yolu ve İncelenmesi .....	70
2.6.14.2. İptal Sebepleri .....	71
2.6.14.2.(1). İptal İsteminde Bulunan Tarafça İspat Edilecek İptal Sebepleri .....	71

2.6.14.2.(1).(a). Taraflardan Birinin Ehliyetsiz Olması veya Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması .....	71
2.6.14.2.(1).(a).(a). Ehliyetsiz Kişiler Tarafından Tahkim Anlaşmasının Yapılması .....	71
2.6.14.2.(1).(a).(b). Tahkim Anlaşmasının Tarafların Kararlaştırdığı Hukuka Göre Böyle Bir Hukuk Yok ise Türk Hukukuna Göre Geçersiz Olması .....	72
2.6.14.2.(2). Usule Aykırı Hakem Seçimi Yapılması .....	73
2.6.14.2.(3). Tahkim Süresi İçinde Kararın Verilmemesi .....	74
2.6.14.2.(4). Hakemin Kendi Yetkisine Dair Hukuka Aykırı Karar Vermesi .....	74
2.6.14.2.(5). Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması veya Hakemin Yetkilerini Aşması veya Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi .....	75
2.6.14.2.5.(1). Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması .....	75
2.6.14.2.5.(2). Hakemin Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi veya Yetkilerini Aşması .....	75
2.6.14.2.(6). Usulüne Uygun Olarak Tahkim Yargılamasının Yürütülmemesi ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması .....	76
2.6.14.2.(7). Tarafların Eşitliği İlkesine Aykırılık .....	77
2.6.14.3. Mahkeme Tarafından Res'en Dikkate Alınacak İptal Sebepleri.....	77
2.6.14.3.1. Tahkime Elverişli Olmayan Uyuşmazlık .....	77
2.6.14.3.2. Kamu Düzenine Aykırı Nitelikteki Karar .....	78
2.6.14.4. İptal Davası Açma Süresi .....	80
2.6.14.5. Kısmi İptal Kararı .....	80
2.6.14.6. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	81
2.6.14.7. İptal Davası Kararına Karşı Müracaat Yolları (Temyiz İncelemesi) .....	82
2.7. FIDIC (Kırmızı Kitap) 1999 Baskısına Göre Uyuşmazlıkların Çözümü .....	83
<b>SONUÇ .....</b>	<b>88</b>
<b>KAYNAKLAR .....</b>	<b>90</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>95</b>

## KISALTMALAR

<b>a.g.e.</b>	: Adı geçen eser
<b>a.g.m</b>	: Adı geçen makale
<b>a.g.t</b>	: Adı geçen tez
<b>AAA</b>	: American Arbitration Association
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>arb.</b>	: Arbitre
<b>Arb.Int.</b>	: Arbitration International
<b>art.</b>	: Article
<b>AT</b>	: Avrupa Topluluğu
<b>b.</b>	: Bası
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>B.k.z</b>	: Bakınız
<b>BİĞŞ</b>	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CCI</b>	: Chambre de Commerce Internationale
<b>CIB</b>	: Corpus İctihat Bankası
<b>E.</b>	: Esas
<b>Ed.</b>	: Edition
<b>FIDIC</b>	: Fédération International des Ingénieurs-Conseils
<b>H.G.K</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HMK</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUAKT</b>	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>IBL</b>	: International Business Lawyer
<b>ICC</b>	: International Chamber of Commerce
<b>ICRL</b>	: International Construction Law Review
<b>ICSID</b>	: International Center for Settlement of Investment Disputes
<b>IGRA 1979 IP</b>	: International General Rules of Agreement between Client and Consulting Engineering for Pre -Investment Studies
<b>IGRA D&amp;S</b>	: International General Rules of Agreement between Design and Supervision
<b>IGRA1980 PM</b>	: International General Rules of Agreement between Project Managers
<b>ITLJ</b>	: International Trade Law Journal
<b>İTO</b>	: İstanbul Ticaret Odası
<b>K.</b>	: Karar
<b>K.H.K</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>MÖHUK</b>	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
<b>MTK</b>	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
<b>ONRI</b>	: Hollanda Müşavir-Mühendisler Birliği
<b>No</b>	: Numara

<b>ÖİK</b>	: Özel İhtisas Komisyonu
<b>p.</b>	: Page
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>Rec.des Cours</b>	: Recueil des Cours de l'Academic de Droit International
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>T.B.M.M</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TMMOB</b>	: Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vb.</b>	: Ve benzeri
<b>Vd.</b>	: ve devamı
<b>VOB</b>	: Vertragsordnung für Bauleistungen
<b>vol.</b>	: Volume
<b>vs.</b>	: Vesaire
<b>Y</b>	: Yargıtay
<b>Y.H.G.K</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>Y.K.D</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>YİD</b>	: Yap-İşlet-Devret
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi

## GİRİŞ

İnşaat sektörü, ülkemiz ekonomisinin lokomotif sektörlerinden biri olagelmış, global bir hale gelen dünyamızda uluslararası alanda hızla büyüyen ve dünyanın sayılı firmaları arasına giren inşaat taahhüt firmalarımızın sayısının çoğalmasının önünü açmıştır. Günümüzde inşaat sektörümüz, yurtdışında yıllık yaklaşık yirmi beş milyar Dolar düzeyinde iş üstlenmekte olan ve her yıl açıklanan «Dünyanın En Büyük 225 İnşaat Firması» arasına her zaman 20-25 arası bir sayıdaki Türk müteahhidini sokmayı başaran önemli bir sektör haline gelmiştir.

Böyle büyük bir sektörde yapılan işlerden doğabilecek uyuşmazlıklar ve bunların sonucunda karşılaşılan maddi zararlar da aynı şekilde büyük olabilmektedir. İnşaat firmalarımızın iş üstlendikleri bazı ülkelerde “İnşaat Mevzuatı” yeterince gelişmediği için, akdedilen inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü çoğu kez ilgili ülke hukukunun ilgili mevzuat düzenlemesi tam olarak belirlenemediğinden uzun zaman almakta, işler tamamlanamamakta veya zararına tamamlanmaktadır.

Yurtdışı müteahhitlik sektöründe genel olarak uluslararası inşaat sözleşmelerinin yanı sıra FIDIC tip sözleşmeleri ve şartnameleri de kullanılmaktadır. Bu tip sözleşmelerde anlaşmazlıkların çözüm yolu olarak genellikle tahkim tercih edilmekle birlikte, alternatif çözüm yolları da bulunmaktadır. Bu konuların hukuk doktrinimizde yeterince incelenmemiş olması, yerli literatürde az sayıda makale ve kitap yayınlanmış olması ve ilgili yabancı literatürde ise konunun ülkemizin yurtdışı müteahhitlik sektörü bakımından ele alınmamış olması nedeniyle böyle bir çalışma yapılması gereği duyulmuştur.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıklar iki şekilde çözümlenmektedir. Bunlardan birincisi, henüz ihtilaflar ortaya çıkmadan önce, sözleşmenin müzakere ve tanzimi safhasında belirli kural ve usullere uymak suretiyle çözümdür. İkinci ihtilaf çözme tekniği ise, uyuşmazlıklar somut olarak ortaya çıktıktan sonra belirli uzlaştırma veya yargı usullerinin kullanılması ile çözümdür.

Bu açıklamalar çerçevesinde; yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektöründe yapılan sözleşmelerde anlaşmazlıkların ne şekilde çözüleceği konusunda firma yöneticilerinin bilgilendirilmesi ve bu konuda danışmanlık ve eğitim verilmesi önemli ihtiyaçlar arasındadır. Bir müteahhitlik firmamızın yurtdışında (Libya’da) 1971 yılında ilk inşaat projesini üstlenmesiyle Türkiye’nin yurtdışı müteahhitlik sektörü ile tanıştığını düşünürsek, o zamandan günümüze kadar geçen süre içerisinde kayda değer bir ilerleme kaydedilmiştir. Sektördeki bu ilerleme, hızlı, birinci sınıf işçilik içeren kaliteli işler yapılarak sağlanmıştır. Uluslararası alanda kaydedilmiş bu başarıların devamlılığı için, uyuşmazlıkların çözüm yollarının da neler olduğunun bilinmesi ve bu çözüm yöntemlerinin gerektiğinde etkin biçimde kullanılması önem arz etmektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 1. SÖZLEŞME HUKUKU AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

Kişilerin sadece başkalarının haklı bir biçimde sahip oldukları şeylere verdikleri zarardan sorumlu tutulabilecekleri, özel hukukun temel ilkesidir. Özel hukuktaki yükümlülük, diğer kişilerin, sahip oldukları şeye haksız bir müdahalenin yapılamayacağı garantisini sunar.<sup>1</sup>

“Özel hukukun karakter özelliklerini genellikle temel nitelikteki yasaların genel hükümlerinde görebiliriz. Örneğin Türk hukukunda Medeni Yasanın ilk yedi maddesinin sadece özel hukuk alanını değil hukukun omurgası niteliğiyle tüm hukuk alanını kapsayacak genişlikte olması rasyonel ve boşluk içermez bir model olarak görünmesine neden olmaktadır. Bu karakter özelliği aynı şekilde objektif ve subjektif iyi niyet kuralları ile tamamlanmıştır (MK md. 2 ve MK md. 3). En genel biçimiyle iyi niyetin “bir hakkın kazanılması veya hukuk bakımından bir sonucun doğmasına engel olan durumları bilmeme” olarak tanımladığını görüyoruz. Burada hak kazanımının özel hukuk açısından başkasına zarar vermeme kriteri ile karakteristik bir özellik kazandığını, bu özellik ile tüm sözleşme hukuku alanının değerlendirilmesinde son derece etkili olduğunu görüyoruz<sup>2</sup>”.

“Sözleşme her türlü transfer eylemi ile hukukun korunması altındaki iş ve eylemleri kapsar. Bu şekilde sözleşmeler özel hukuk alanının temel kriterlerinin gerçekleştiği en yaygın somutlaşmış alana dönüşür<sup>3</sup>”.

“Özel hukuk alanının en geniş ifade biçimi ile sözleşmeler ve sözleşmelere ilişkin normatif düzenlemeler insanlar arası ilişkiye hukuki alan çerçevesi oluşturdukları kadar bu alanın zorlayıcılığı ile de hukukun düzen fonksiyonunun ifadesidirler<sup>4</sup>”.

#### 1.1. İnşaat ve İmalat Kavramı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda inşaatın tanımı yapılmamıştır. 743 sayılı Medeni Kanunda ise inşaat ve imalat; arazi ile birleştirilmiş ve malzeme ve emek sarfi ile imal, inşa veya tanzim edilmiş şeyler olarak tanımlanmıştır. 3194 sayılı İmar Kanunu’nda ise “yapı” kavramı tanımlanmıştır. Mahkeme içtihatlarında ve doktrinde ise; binalar ve eklentileri, duvarlar, köprüler, bir köprünün mesnetleri, bir demiryolunun traversleri, raylar, çeşmeler, abideler, liman tesisleri, inşa edilmiş su kanalları, su bentleri, barajlar, maden galerileri ile mahzenler, kanalizasyonlar, telefon ve elektrik direkleri, havagazı boruları, yollar, meydanlar vb. inşaat ve imalat kavramı içine girmektedir<sup>5</sup>.

Çalışma Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca kabul edilen “İşkolları Tüzüğü”nde inşaat; bina, yol, köprü, demiryolu, tünel, metro, kanalizasyon, liman, dalgakıran, havuz, istihkam, havaalanı, dekovil ve tramvay yolu gibi her türlü yapıcılık işleri ile bunların etüt, proje, araştırma, bakım, onarım ve benzeri işler olarak tanımlanmıştır<sup>6</sup>.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. Maddesinde “yapım” kavramı altında inşaat işlerinin tanımı yapılmıştır. Genel anlamı ile inşaat, malzeme ve işçilik kullanmak

<sup>1</sup> **İŞIKTAÇ, Yasemin:** Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2007. s. 267.

<sup>2</sup> **İŞIKTAÇ,** a.g.e., s. 269.

<sup>3</sup> **İŞIKTAÇ,** a.g.e., s. 270.

<sup>4</sup> **İŞIKTAÇ,** a.g.e., s. 271.

<sup>5</sup> **KIZILOT, Şükrü:** İnşaat Muhasebesi Vergilendirilmesi Mevzuatı ve Asgari İşçilik, Ankara, 2010, s. 41.

<sup>6</sup> **KIZILOT,** a.g.e., s. 41.

suretiyle, meydana getirilen bir gayrimenkulün yapı kısmına ilişkin faaliyetlerin tümüdür<sup>7</sup>.

## 1.2. İnşaat Sözleşmeleri

### 1.2.1. Yasal Dayanak

#### 1.2.1.1. Tanım ve Kapsam

Borçlar Kanunu inşaat sözleşmesini düzenlemediği için<sup>8</sup>, “İnşaat Sözleşmesi” tabiri, kanuni bir deyim değildir, ancak hukuk literatürüne yerleşmiş bir ifadedir<sup>9</sup>. Yasalarda başlı başına inşaat sözleşmeleri adı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. İnşaat sözleşmesi, özel hukuk hükümlerine tabi inşaat işleri ile idare hukuku hükümlerine tabi kamu ihalelerinin çekirdeğini oluşturan bir sözleşmedir<sup>10</sup>. “İnşaat sözleşmeleri, Borçlar Kanununun (BK) iş görme sözleşmelerinden olan eser-istisna sözleşmesinin bir çeşididir. İstisna kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve beceriyi gerektiren emek sarfi ile bir şey meydana getirme, ortaya çıkarma anlamındadır<sup>11</sup>”.

Bu tanımı inşaat sözleşmesine uygularsak, “ İnşaat sözleşmesi, yapı sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir yapıyı inşa etmeyi ve tamamlayıp teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>12</sup>”.

“İstisna sözleşmeleri, inşaatın hukuksal düzenlemesi temel yasa olarak BK’nun 355 ila 371 maddeleri arasında, kısmen de İmar Yasası, Türk Medeni Kanunu, Kamu İhale Kanunu ile diğer özel yasalarda yapılmış olmakla birlikte, teknik düzenlenmesi kanunlara uygunluk çerçevesinde tarafların iradelerine ve teknolojinin gerekli kıldığı esaslara bırakılmıştır<sup>13</sup>”.

“Tüm inşaat hukuku uyumsuzluklarında, aradaki sözleşmelerde veya özel yasalarda ayrı bir düzenleme yapılmadığı takdirde, Borçlar Yasasının, eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri uygulanır<sup>14</sup>”. “Uygulamadaki mevzuat boşluğu ise, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Özel Daire İçtihatları ile giderilmektedir<sup>15</sup>”.

### 1.2.2. İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

“Yüklenici ve iş sahibi inşaat sözleşmesinin taraflarını oluştururlar<sup>16</sup>”. “Yüklenici; ısmarlanan inşaatı yapmayı yüklenen kişidir<sup>17</sup>”. “Yüklenici Özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabileceği gibi, bunların oluşturduğu tüzel kişiliği olan

<sup>7</sup> KIZILOĞLU, a.g.e., s. 41.

<sup>8</sup> EREN, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, s. 45.

<sup>9</sup> KAPLAN, İbrahim: “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, s. 120.

<sup>10</sup> KAPLAN, a.g.e., s. 119.

<sup>11</sup> KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı Ankara, 2009. s. 29.

<sup>12</sup> KAPLAN, a.g.e., s. 119.

<sup>13</sup> AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009, s. 17.

<sup>14</sup> AYDEMİR, a.g.e., s. 18.

<sup>15</sup> KARATAŞ, a.g.e., s. 32.

<sup>16</sup> GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 12.

<sup>17</sup> EREN, a.g.e., s. 50.



özellikle anonim, limited vb. müteahhit şirketler topluluğu şeklinde ortaya çıkan “Müşterek İş Ortaklığı” olabilirler<sup>18</sup>”. “İş sahibi, inşaatı ısmarlayan kimsedir<sup>19</sup>”. “Genelde üzerinde inşaat yapılan arzın sahibi, tamamlanan yapı kendisine teslim edilecek, özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi olabilir<sup>20</sup>”. “Taraflar aynı zamanda kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişisi de olabilir. Özellikle iş sahibinin bir kamu hukuku tüzel kişisi olmasına çok sık rastlanır<sup>21</sup>”.

“Sözleşmenin yüklenici veya iş sahibi tarafında tek bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de bir arada bulunabilir. İnşaat sözleşmelerinde rastlanan müşavir mühendisler ile iş sahibi arasında bir işgörmeye sözleşmesi bulunmasına rağmen, müşavir mühendisler eser sözleşmesinin tarafı değildir<sup>22</sup>”.

### 1.2.3. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri

“İnşaat sözleşmesi, tarafların edimleri birbirlerinin karşılığını oluşturduğu için iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>23</sup>”. “İnşaat sözleşmelerinde yüklenici belirli bir eseri meydana getirmeyi borçlanırken, iş sahibi de yükleniciye belirli bir ücret ödemek zorundadır. Bu nedenle taraflar karşılıklı borçlanmış olmaktadır. Bu özellik zorunlu bir unsur olup, onun ivazlı bir sözleşme olduğunu vurgulamaktadır<sup>24</sup>”. “Diğer bir özelliği ise, doktrinde hakim olan görüşe göre eser sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme değil, ani edimli bir sözleşmedir<sup>25</sup>”.

İnşaat sözleşmesinin özelliklerinden aşağıda kısaca bahsedilmektedir.

#### 1.2.3.1. İnşaat Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

“İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edimi olan eseri meydana getirme borcu ile iş sahibinin asli edimi olan ücret ödeme borcu karşılıklı ilişkisi içindedir<sup>26</sup>”. “Müteahhidin yapı eserini meydana getirme borcu, yapı eserinin tamamlanıp, iş sahibine teslimi borcuyla sonuçlanır<sup>27</sup>”. “Yüklenicinin bir eseri meydana getirmesi söz konusu olduğu için, inşaat sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir. İnşaat sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırdetmek zordur. İş gören taraf olan yüklenicinin sonuçtan sorumlu olması ve diğer iş görme sözleşmelerinde iş gören tarafa kıyasla daha yüksek risk taşınması, inşaat sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırır<sup>28</sup>”. “Yargıtay, emek unsurunun önemli olduğu hallerde eser, mal tesliminin üstün tutulduğu hallerde satım sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmektedir<sup>29</sup>”.

#### 1.2.3.2. İnşaat Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir

“İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirip iş sahibine teslim etmesine karşılık, iş sahibi de yükleniciye belirli bir ücret ödemek zorundadır. Bu özellik, inşaat sözleşmesinin zorunlu bir özelliği olup, onun ivazlı bir sözleşme

18 KAPLAN, a.g.e., s. 121.

19 EREN, a.g.e., s. 50.

20 KAPLAN, a.g.e., s. 121.

21 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 13.

22 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 14.

23 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 17.

24 EREN, a.g.e., s. 51.

25 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 17.

26 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 17.

27 EREN, a.g.e., s. 51.

28 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 21.

29 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 22.

olduğunu vurgulamaktadır<sup>30</sup>”. “Ücretsiz bir işgörmeye sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>31</sup>”.

“Ücret unsurunun kararlaştırılması yeterli olup, ayrıca bunun miktarının da sözleşmenin kurulduğu anda tespit edilmesi şart değildir. Bu husus BK. m. 366’dan da açıkça anlaşılmaktadır. Açıkça olmayan, kapalı (zımni) bir şekilde taahhüt edilen ücret de yeterlidir. Uyuşmazlık halinde ücretin kararlaştırılmış olduğunu ispat yükü yükleniciye düşer<sup>32</sup>”.

“Eser sözleşmesi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir: Maddi – fikri eser sözleşmesi, basit eser sözleşmesi – eser teslim sözleşmesi, ana sözleşme – taşeronluk sözleşmesi gibi farklı biçimde eser sözleşmesi kurulabilir<sup>33</sup>”.

“Özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu inşaat sözleşmeleri hakkında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin uygulanması söz konusu olabilir. İlgili mevzuatın uygulanması, bu tip inşaat sözleşmelerinin borçlar hukukuna tabi sözleşme olması vasfını ortadan kaldırmaz<sup>34</sup>”.

“Eğer yüklenici inşa eserini ivazsız yüklenmişse, inşaat sözleşmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda ortada vekalet sözleşmesinin mi yoksa inşaat sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşmenin mi olacağı tartışmalıdır. Sorun, olayın somut özelliklerine göre çözümlenmeli ve şüphe halinde ise isimsiz (karma) sözleşme olduğu<sup>35</sup>” fikri kabul edilmelidir.

### **1.2.3.3. İnşaat Sözleşmeleri Hem Ani Edimli Hem de Sürekli Sözleşme Özelliği Taşır**

İnşaat sözleşmelerinde “Yüklenicinin edimini bir zaman dilimi içerisinde tamamlaması, sözleşmenin kurulması ile eserin teslimi arasında belirli bir zamanın geçmesi tek başına bu sözleşmeye sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliği kazandırmaz<sup>36</sup>”. “İnşaat sözleşmeleri bazı özellikleriyle sürekli borç doğuran sözleşmelere bazı özellikleriyle de ani edimli sözleşmelere benzemektedir. Eserin teslim edilmesi ve ücretin ödenmesi ani edimli sözleşmelerin, eserin bir zaman dilimi içerisinde yapılması ise sürekli borç doğuran sözleşmelerin özelliğini göstermektedir<sup>37</sup>”. “Bunun nedeni, yüklenicinin borçlanmış olduğu edimin sadece inşa eserinin tesliminden ibaret olmayıp; aynı zamanda böyle bir eserin meydana getirilişini içermiş olmasıdır<sup>38</sup>”.

“İnşaat sözleşmesi tarafların kararlaştırdıkları hüküm ve şartları içeren “ferdi sözleşme” niteliğinde düzenlenir. Ancak, büyük işleri konu eden inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin (FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi) genel işlem şartlarını içerdiği de görülmektedir<sup>39</sup>”.

30 EREN, a.g.e., s. 51.

31 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 20.

32 EREN, a.g.e., s. 52.

33 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 20.

34 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 20.

35 KÖKSAL, Tunay: Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 63.

36 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 20.

37 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 17, 18, 19.

38 EREN, a.g.e., s. 52.

39 KÖKSAL, a.g.e., s. 64.

## 1.2.4. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

### 1.2.4.1. İnşaat Eseri Meydana Getirme Unsuru

“Bir inşaat sözleşmesinin en tipik unsuru, bir “inşa eseri meydana getirme “ unsurudur. İnşa eseri meydana getirme deyimini iki alt unsurdan oluşmaktadır: Bunlar; inşa eseri ile meydana getirmedir<sup>40</sup>”.

#### 1.2.4.1.(1). Bir Eser Meydana Getirme

##### 1.2.4.1.(1).(a). Eser Kavramı

“İnşaat sözleşmesinin konusu, inşaattır. İnşaattan amaç, her türlü “inşa eser”dir<sup>41</sup>”.

“İnşa eseri kavramı açısından öğreti ve uygulamada, bina kavramında olduğu gibi bir birlik yoktur. Gerek öğreti gerekse uygulamada genellikle kabul edilen tanıma göre “inşa eserleri sabit, toprakla doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlılığı olan ve insan eliyle meydana getirilmiş veya düzenlenmiş şeylerdir. Bir şeyin inşa eseri sayılabilmesi için; sabitlik ve insan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş olma unsurları gereklidir<sup>42</sup>”. “Sabitlik kavramı inşa eserinin toprakla olan bağlantısından çıkmaktadır ve inşa eseri kavramının belirlenmesinde ayırddedici esaslı bir unsurdur. Uygulamada inşa eseri kavramı altında sayılan bazı nesnelere yönünden ise sabitlik unsuru şüphelidir. Bu durumda da, bina veya inşa eserleriyle maddi veya işlevsel yönden bir bütünlük arzedecek şekilde biraraya gelen nesnelere arasındaki ilişki gözönünde tutulduğunda, söz konusu şüphe giderilmektedir<sup>43</sup>”.

“Sabit olma ve sabit olmama kavramları hiçbir şekilde eşya hukukundaki “taşınmaz” ve “taşınır” kavramlarını içermez. Buradaki ölçü eşya hukukundaki “taşınır” “taşınmaz” ölçüsü değil, sorumluluk hukuku anlamında “sabitlik” ölçüsüdür. Bu konuda temel bir sınır çizmek zordur. Somut durumlardaki hal ve şartlara bakılarak çözüme varmak gerekir<sup>44</sup>”.

“Uygulama ve öğretilerde ortaya çıkmış olan inşa eserinin tanımının unsurlarından olan insan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş olma; insan eliyle yapılan, düzenlenen, şekil verilen ve dikilen şeyler inşa eseri kapsamına girmektedir<sup>45</sup>”.

“İnşaat (yapı) kavramı, İmar Kanunu’nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 5’inci maddesinde tanımlanmıştır. Adı geçen maddeye göre “yapılar (inşaatlar), karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel yeraltı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik (hareketli) tesislerdir<sup>46</sup>”.

“İnşaat, taşınır inşaat ve taşınmaz inşaat olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlar Kanunu’nun 363’üncü maddesi, taşınmaz inşaattan bahsederken; Medeni Kanununun 654’üncü maddesi, menkul inşaattan bahsetmektedir. İnşaat sözleşmesinin konusunu ilke olarak taşınmaz inşaat oluşturur. Ancak mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak

<sup>40</sup> EREN, a.g.e., s. 52, 53.

<sup>41</sup> EREN, a.g.e., s. 53.

<sup>42</sup> ERTEN, Ali: Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vafkı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2000. s. 105.

<sup>43</sup> ERTEN, a.g.e., s. 106.

<sup>44</sup> ERTEN, a.g.e., s. 106, 107.

<sup>45</sup> ERTEN, a.g.e., s. 107.

<sup>46</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 64.

kaydıyla taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir inşaatın bütünüyle parçası ile teferruatı da inşaat kavramına dahildir<sup>47</sup>”.

#### **1.2.4.1.(1).(b). Meydana Getirme Kavramı**

“Günümüzde bir eserin meydana getirilmesi, genellikle çok sayıda kişinin katılımıyla gerçekleşebilmektedir<sup>48</sup>”. “Yapma”, “inşa etme”, “meydana getirme” sözcükleri eş anlamlı sözcükler olup, birbiri yerine kullanılabilir. Yasa koyucu istisna sözleşmesini düzenleyen BK. m. 335’te “imal etme” sözcüğünü kullanmıştır. Ancak, bu sözcükten de amaç, “meydana getirme” dir<sup>49</sup>”. “Eserin meydana getirilmesine ilişkin faaliyet, niteliği itibarıyla bir yapma edimidir. İnşaat sözleşmelerinde meydana getirme borcunun kapsamını iş sahibi tayin eder. Bu nedenle işin kapsamı eser sözleşmesinin önemli kavramlarından. Meydana getirme borcu, Kanun’da açıkça ifade edilmemiş olsa da, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesiyle yerine getirilmiş olur. Eser sözleşmesinde yüklenici hem edim fiilinden hem de edim sonucundan sorumludur. Bu durum eser sözleşmesini hizmet, vekalet gibi diğer iş görme sözleşmelerinden de ayırır<sup>50</sup>”.

“Bazen meydana getirme borcunun ifası dışında, teslimden sonra belirli aralıklarla eserin denetlenmesi, bakımı, temizlenmesi de sözleşmeye dahil edilebilir. Bu durumda eser sözleşmesi değil, genellikle isimsiz bir sözleşme söz konusu olur<sup>51</sup>”.

“Meydana getirme kavramı geniş olarak yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, inşa etme kavramı yeni bir yapı yapmayı içerdiği gibi, mevcut bir inşaata ilave veya mevcut bir inşaatta değişiklik yapmayı da içerir. Bu kavram aynı zamanda yapıdaki tamiri ve yıkmayı da içine alır<sup>52</sup>”.

#### **1.2.4.1.(1).(c). Ücret Unsuru**

“Sözleşmenin asli unsurlarından bir diğerini iş sahibinin ücret ödeme taahhüdü oluşturur<sup>53</sup>”. “Bir sözleşme ilişkisinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için müteahhidin eseri bir ücret karşılığında meydana getirmesi gerekir. Eser ücret karşılığında meydana getirilmemişse, ortada ya bir vekalet sözleşmesi ya da isimsiz (karma) bir sözleşme söz konusu olur. Ücret ilke olarak bir miktar paradır<sup>54</sup>”.

“Eser sözleşmesinde taraflar ücreti diledikleri gibi belirleyebilir. Eser sözleşmesinde ücret ya kesin, sabit olarak kararlaştırılır veya yaklaşık biçimde tayin edilir. Ücretin kararlaştırıldığını yüklenici ispatlamalıdır<sup>55</sup>”.

#### **1.2.4.1.(1).(d). Anlaşma Unsuru**

“Eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir<sup>56</sup>”. “İnşaat sözleşmesi, tarafların, bu sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulur<sup>57</sup>”. “İş sahibinin ücret ödemesine karşılık yüklenicinin bir edim sonucundan sorumlu olmasına ilişkin anlaşma, açıkça veya zımni olarak yapılabilir. Önemli

47 KÖKSAL, a.g.e., s. 64.

48 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 7.

49 EREN, a.g.e., s. 55.

50 ERTEN, a.g.e., s. 9.

51 ERTEN, a.g.e., s. 9.

52 EREN, a.g.e., s. 56.

53 ERTEN, a.g.e., s. 10.

54 EREN, a.g.e., s. 56,57.

55 ERTEN, a.g.e., s. 10,11.

56 GÖKYAYLA, a.g.e., s. 11.

57 EREN, a.g.e., s. 57.

konulardaki eser sözleşmelerinde, tarafların Borçlar Kanunu'nun 16. Maddesi uyarınca zımnen yazılı şekli saklı tuttuklarının karine olarak kabulü gerektiği ileri sürülmektedir<sup>58</sup>. "Taraflar isterlerse inşaat sözleşmesini BK. M. 16'ya göre iradi yazılı veya resmi şekle de tabi tutabilirler<sup>59</sup>".

"Ek iş ve iş değişikliği bakımından taraflar arasında anlaşma unsurunun özel bir önemi bulunmaktadır. Çünkü bir işin ek iş olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, iş değişikliğinin bulunup bulunmadığı, taraflar arasındaki anlaşmaya göre tayin edilecektir. Taraflar arasındaki anlaşmanın kapsamının belirlenmesi için, sözleşmenin müzakere ve kuruluş aşamasındaki beyanları da önem taşımaktadır<sup>60</sup>".

### 1.2.5. Eser (İnşaat) Sözleşmelerinde Şekil Ve Geçerlilik Şartları

"Hukukumuzda inşaat sözleşmelerinde kural olarak yasal bir geçerlilik şekli yoktur. Eser (istisna) sözleşmelerini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri sözleşmenin kurulmasında herhangi bir yazılı veya resmi şekil öngörmemiştir<sup>61</sup>. Şayet, kanun "... taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatini korumayı, hukuki güvenliği sağlamayı..." amaçlamışsa, şekil zorunluluğu getirebilir. Şekil zorunluluğu yalnız kanunla veya taraf iradeleri ile öngörülebilir<sup>62</sup>. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler ise hüküm ve sonuç meydana getirmez. Diğer bir deyişle, aksine açıklık bulunmadıkça uyulması emredilen şekil bir sıhhat geçerlilik şartıdır. Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları emredici nitelikte olduğundan, sözleşmenin şekil noksanlığı sebebiyle geçerli olup olmadığını hakim görevi gereği kendiliğinden dikkate almalıdır<sup>63</sup>.

Kanunla şekil şartının arandığı bazı özel yasa hükümleri kapsamına giren özel durumlara örnek olarak 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi sözleşmeler verilebilir. Bu Kanunun 57. maddesinde, kapsamına giren sözleşmelerin, onaylanan ihale kararının ve Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin verildiğinin bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde, geçici teminatı kesin teminata çevrilerek, noterce onaylanmış sözleşmenin idareye verilmesi suretiyle kurulacağı belirtilmiştir. Bu durumda, bu tür sözleşmelerde nitelikli bir yazılı şekil şartı getirilmiş olmaktadır. Bu hükümden, gerekli idari kararların tamamlanması şartıyla, DİK'na tabi sözleşmelerin noterde imza tasdiki(onaylama) şeklinde yapılmasının geçerlilik şartı olduğu anlaşılmaktadır<sup>64</sup>.

Diğer bir örnekte 4734 Sayılı ve 04.01.2002 tarihli Kamu İhale Kanunudur. Bu Kanun da 46. maddesinde, kapsamına giren sözleşmelerin geçerliliğini, idarece hazırlanan yazılı metnin müteahhitçe imzalanmasını takiben noter onayına bağlı tutmuştur. Kanunun diğer bir hükmü de, müteahhit tarafın bir "ortak girişim" olması halinde sözleşmenin ortak girişimin tüm ortakları tarafından imzalanmasını şart koşmaktadır<sup>65</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin ise noterde düzenleme şekilde yapılması yasa gereğidir. Aksi takdirde sözleşme geçersizdir. Bu durumda sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi istenemeyeceğinden tarafların sözleşme uyarınca

<sup>58</sup> GÖKYAYLA, a.g.e., s. 11, 12.

<sup>59</sup> EREN, a.g.e., s. 58.

<sup>60</sup> ERTEN, a.g.e., s. 12.

<sup>61</sup> ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 17.

<sup>62</sup> KARATAŞ, a.g.e., s. 37.

<sup>63</sup> KARATAŞ, a.g.e., s. 37, 38.

<sup>64</sup> ÖZ, a.g.e., s. 18.

<sup>65</sup> ÖZ, a.g.e., s. 18,19.

talepte bulunmaları mümkün olmayıp ancak BK'nun 61. maddesine dayanarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca verdiklerini geri isteyebilirler<sup>66</sup>.

### 1.2.6. İnşaat Sözleşmelerinin İçeriği

İş sahibi ve yüklenici, inşaat işinin gerçekleştirilmesi sürecinde karşılıklı olarak yapmış oldukları sözleşme ile görev ve sorumluluklarının neler olacağını kararlaştırmakta ve bunlara uymayı taahhüt etmiş olmaktadır. Sözleşmeye girmeyen veya yeterince açıklanmayan konularda taraflar, kendi düşüncelerine göre hareket etmekte, bu durum ise taraflar arasında anlaşmazlığa ve çatışmaya neden olarak iş ilişkisini zedelemekte ya da tamamen ortadan kalkmasına neden olmaktadır<sup>67</sup>.

Bu nedenle inşaat sözleşmelerinin, işin kendine özgü niteliği ve ihale şeklinin gereği olarak inşaat aşamasında tarafların neleri nasıl yapmaları gerektiği konusunda her türlü ayrıntıyı içermesi gerekmektedir<sup>68</sup>.

Bir inşaatın gerçekleştirilebilmesi için, inşa edilecek yapı ile ilgili her türlü ayrıntının (boyut, biçim, nitelik) tanımlamalarının yapılması gerekmektedir. Bu nedenle inşaat sözleşmeleri üretilecek yapıyı farklı tarzda ve çeşitli yönlerden tanımlayacak ekler içermektedir. İnşa edilecek yapının özelliğine göre değişmekle beraber, bir inşaat sözleşmesinin ayrılmaz ekleri, yapının, projeleri, teknik şartnamesi ve iş programıdır.

Projeler, yapıyı şekil, boyut, estetik, fonksiyon bakımından; teknik şartname, yapılan işlerin teknik niteliklerinin düzeyi bakımından; iş programı, inşaatı, zaman ve kaynak kullanımı bakımından tanımlamaktadırlar. İnşaat sözleşmelerinin yeterliliği, eki olan belgelerin nitelik ve içerik bakımından yeterliliği ile doğrudan orantılıdır<sup>69</sup>.

### 1.2.7. İnşaat Sözleşmelerinde Yer Alması Zorunlu Hususlar

İnşaat sözleşmelerinde yer alacak ana başlıklar, tanım ve koşullar, sözleşme konusu işin özelliği ve ihale şekline göre değişiklikler göstermektedir. Ancak, bir inşaat sözleşmesinde en azından aşağıda sıralanan konulara yer verilmesi ve bunların ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir<sup>70</sup>:

- İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı
- İdarenin adı ve adresi
- Yüklenicinin adı veya ticaret ünvanı, tebligata esas adresi
- Sözleşmenin ekleri
- İş programı
- Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları
- Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi
- Hakedişin hazırlanması, ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı
- İş güvenliği önlemlerinin alınması
- Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği
- Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı

<sup>66</sup> KARATAŞ, a.g.e., s. 38.

<sup>67</sup> ÖCAL, Mehmet Emin: Yapı Projelerinin Yönetiminde Proje+Teknik Şartname + Sözleşme Teknik Yayınevi, Ankara. s. 68, 69.

<sup>68</sup> ÖCAL, a.g.e., s. 69.

<sup>69</sup> ÖCAL, a.g.e., s. 69.

<sup>70</sup> ÖCAL, a.g.e., s. 70.

- Vergi, resim, harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği
- Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar
- Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar
- Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar
- İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları
- Gecikme halinde alınacak cezalar
- Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları
- Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar
- Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalı olması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar
- Sözleşmede değişiklik yapılma şartları
- Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar
- Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları
- Anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler<sup>71</sup>.

### 1.2.8. İnşaat Sözleşmelerinde Doğabilecek Uyuşmazlıklar

Kural olarak istisna (eser) sözleşmeleri hiçbir şekle bağlı değildir. Sözlü yapılabileceği gibi, adi yazılı veya resmi yazılı da yapılabilir<sup>72</sup>. Eser sözleşmelerin uygulanmasında sorunlarla karşı karşıya gelinmesi doğaldır. İdare ve yüklenici arasında dava konusu edilen yapı işleri, yoğunluk ve zaman alıcı nitelikleri bakımından dava konularının başında gelmektedir<sup>73</sup>. İdare ile yüklenici arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar, sözleşme türünden (götürü bedel, teklif birim fiyat, vs.) kaynaklandığı gibi, sözleşme kapsamı ile ilgili de ortaya çıkabilir. Sözleşme kapsamı ile ilgili olarak, anlaşmazlıkların bazıları aşağıda yazılı konulardan veya bunların dışında diğer konulardan da olabilir<sup>74</sup>. İnşaat sözleşmelerinde başlıca anlaşmazlık konuları şunlardır;

- Sözleşme ilişkisinin inkarı
- Sözleşme ilişkisinin kabulü, iş bedelinde uyuşmazlık
- Sözleşmenin bazı şartlarında uyuşmazlık<sup>75</sup>
- Yer teslimi
- Projelerin hazırlanması
- İş miktarında artma veya eksilme
- Süre uzatımı
- Hakediş raporlarının düzenlenmesi
- Hakediş raporlarının ödenmesi
- Kesin hesap
- Kabul işlemleri<sup>76</sup>
- Sözleşmenin devri
- Avans ödemeleri
- Malzeme ocakları
- Şantiyeye getirilen malzemeler (İhzarat)
- Sözleşmenin sona erdirilmesi
- Zamanaşımı<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> ÖCAL, a.g.e., s. 70.

<sup>72</sup> KARATAŞ, a.g.e.,s. 82.

<sup>73</sup> ŞİMŞEK, Edip: "Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 199.

<sup>74</sup> UYANIK, Nedim: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, İstanbul , 2004, s. 127.

<sup>75</sup> KARATAŞ, a.g.e., s. 83, 88, 93.

<sup>76</sup> UYANIK, a.g.e., s. 127.

<sup>77</sup> ŞİMŞEK, a.g.e., s. 200, 201, 202, 203, 209, 215.

Bu konulara ait anlaşmazlıkların çözümünde genel anlamda “Sözleşme Hukuku”nun kapsamına giren kanun, kararname, yargı kararları ve şartnamelerden yararlanır. Bu kapsamda; Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Sorumluluk Hukuku, Gelir Vergisi Kanunu, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Tebligat Kanunu, İmar Kanunu vb. Kanunlar ile Bakanlar Kurulu Kararnameleri, Yargıtay ve Sayıştay kararları, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği ve benzeri mevzuat sayılabilir<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> UYANIK, a.g.e., s. 128.



## İKİNCİ BÖLÜM

### 2. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞABİLECEK UYUŞMAZLIKLARIN HUKUKİ ÇÖZÜM YOLLARI

Uluslararası inşaat sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıklar iki şekilde çözümlenmektedir. Bunlardan birincisi, henüz ihtilaflar ortaya çıkmadan evvel, sözleşmelerin müzakere ve tanzimi safhasında belirli kural ve usullere uymak suretiyle çözümdür. İkinci ihtilaf çözme tekniği ise, uyuşmazlıklar somut olarak ortaya çıktıktan sonra belirli uzlaştırma veya yargı usullerinin kullanılması ile çözümdür<sup>79</sup>. Bu yöntemler;

- Milli mahkemeler
- Uzlaştırma ve arabulucu heyetleri
- Hakem mahkemeleri
- Doğrudan müzakere yöntemleri
- Teknik bilirkişilik heyetleri
- Ön hakemlik usulü
- Tarafsız üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi usulleri
- Tahkim olarak ifade edilen çağdaş uzlaştırma teknikleridir<sup>80</sup>.

#### 2.1. Uyuşmazlıkların Milli Mahkemeler Aracılığı İle Çözümü İçin Ülke Mevzuatlarında Öngörülen Düzenlemler

##### 2.1.1. Türkiye

Milli mahkemeler, bağlı oldukları devlet adına yargılama faaliyeti icra eden ihtilaf çözme kurumlarıdır. Milli mahkemeler bürokratik bir yapıya sahiptirler ve bağlı oldukları devletin koyduğu son derece detaylı usul kuralları ile sıkı sıkıya bağlıdırlar.

Milli mahkemeler ve hakimler, büyük bir çeşitlilik ve karmaşıklık arzeden uluslararası karakterli uyuşmazlıklar bakımından uzman kişi ve kurumlar değildir. Bu da milli mahkemelerde uluslararası ticari ihtilafların çabuk ve adalete uygun çözümünü güçleştirmektedir. Bu durum, mahkeme devletinin vatandaş olmayan taraf bakımından, kendisine karşı tarafsız davranılmayacağı endişesinin kaynağını teşkil eder<sup>81</sup>. Türk Hukuku'nda milletlerarası yetki kurallarının esası, iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerinin milletlerarası yetkiyi tayin eden kaideler olarak kullanılmasına dayanır (MÖHUK m. 27). Buna göre, yer itibariyle yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması, milletlerarası yetkinin de varlığı için gerekli ve yeterlidir. Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlık için yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığını tesbit etmek için, MÖHUK 27. madde uyarınca, iç hukukumuzun yer itibariyle yetki kaidelerine bakılacaktır<sup>82</sup>.

2675 Sayılı Kanunun 27. maddesinde, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirleneceği ifade edilmiştir<sup>83</sup>. Davanın veya dava konusunun Türkiye ile herhangi bir ilişkisinin bulunması şart olmadığı gibi, tarafların da Türk vatandaşı olması gerekmemektedir. Taraflar yetki anlaşması yaparak, yabancılik unsuru taşıyan inşaat sözleşmesi için,

<sup>79</sup> **ŞANLI, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 3. Bası-Haziran, İstanbul 2005, s. 1, 2.

<sup>80</sup> **ŞANLI, a.g.e., s. 2.**

<sup>81</sup> **ŞANLI, a.g.e., s. 73.**

<sup>82</sup> **AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:73, İzmir 1996, s. 132, 133.

<sup>83</sup> **ŞANLI, a.g.e., s. 73.**

yabancı bir ülke mahkemesinin yetkili olacağını da kararlaştırabilirler (MÖHUK m. 31). Böyle bir yetki anlaşmasına rağmen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz sayarsa, dava yetkili Türk mahkemelerinde görülecektir<sup>84</sup>.

Ancak, yetkili kılınan mahkemenin kendisini yetkisiz sayması gibi bir durum söz konusu değil veya dava yetkili kılınan yabancı mahkemede görülmekte iken, Türk mahkemelerinde de aynı konuda bir dava açılmış ise, HUMK 187/4. madde uyarınca derdestlik itirazında bulunulabilir. Genel yetki kuralı olarak davalının ikametgahının bulunduğu yer (HMUK m. 9), Türkiye’ de ikametgahı yoksa sakin olduğu yer, bunun da olmaması durumunda, çekişmeli şey’in, davalının mallarının veya teminatının bulunduğu yer mahkemelerinde dava açılabilir. Ayrıca, sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemeleri ile davalı veya vekilinin dava zamanında orada bulunmak koşulu ile sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinde de açılabilir. Konusu fabrika, havaalanı, hastane inşaatı gibi hususları içeren sözleşmelerde, sözleşmenin ifa yeri, söz konusu fabrika, havaalanı veya hastanenin bulunduğu yer olacaktır<sup>85</sup>.

### 2.1.2. Almanya

Sözleşme türleri, Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 2. Kitap’ında 23 Bölüm halinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak, inşaat sözleşmeleri söz konusu düzenlemeler arasında bulunmamaktadır. İnşaat sözleşmeleri öğreti ve uygulamada BGB’nin 631. Maddesinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kapsamına dahil edilmektedir.

Almanya’da inşaat işlerine yönelik olarak Medeni Kanun hükümleri haricinde, VOB Sözleşme örnekleri uygulama alanı bulmaktadır<sup>86</sup>.

### 2.1.3. İsviçre

İsviçre hukuk sisteminde, inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, inşaat sözleşmeleri İsviçre Borçlar Kanunu’nun 363 ila 379. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesinin kapsamına dahil edilmektedir. İsviçre hukuk sisteminde Borçlar Kanunu’nun dışında başka bazı düzenlemeler de eser sözleşmelerine ve bu arada inşaat sözleşmelerine doğrudan veya dolaylı olarak uygulanabilmektedir. Bunlar arasında en önemlisi, İsviçre Medeni Kanunu’ndaki ilgili düzenlemelerdir.

Bunun dışında, Viyana Satım Sözleşmesi’nin bazı hükümleri de eser sözleşmelerine uygulanabilmektedir.

Yine Malların Üretiminden Doğan Sorumluluğa İlişkin Federal Kanun’un bazı hükümleri de eser sözleşmelerine ve dolayısıyla inşaat sözleşmelerine uygulanabilmektedir.

Son olarak, İsviçre’deki FIDIC’in yayınladığı kurallar yeri geldikçe uygulanmaktadır<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> AKINCI, a.g.e., s. 133.

<sup>85</sup> AKINCI, a.g.e., s. 134.

<sup>86</sup> TÖRE, **Nazlı**: Fidic Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Sözkesen Matbaası, Ankara, 2011, s. 48.

<sup>87</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

#### 2.1.4. Fransa

Fransız Medeni Kanunu'nda inşaat sözleşmelerine ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen eser sözleşmelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nda müteahhide daha fazla borç yüklendiği görülmektedir. Fransız mahkemeleri tasarımı başkası tarafından yapılan işlerde dahi, müteahhidin sorumluluğu bulunduğu hükmetmektedir.

Sonuç olarak, Fransız hukuk sisteminde daha ziyade, müteahhidin iş sahibine göre geleneksel olarak daha fazla risk üstlendiği ve götürü usulde yapılan inşaat sözleşmeleri akdedilmektedir<sup>88</sup>.

#### 2.1.5. Hollanda

Hollanda hukuk sisteminde, inşaat hukuku hem özel hukuk kurallarıyla hem de kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiştir. İnşaat hukuku hem Hollanda Medeni Kanunu'nda hem de birçok idare kanunlarında ele alınmıştır. 1989 yılında inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak ONRI tarafından "Uniforme Administratieve Voorwaarden-UAV'89" adı altında Genel Şartlar yayınlanmıştır. Bunu 2000 yılının Mart ayında "UAV-GC 2000" izlemiştir. 2005 yılında, "De Nieuwe Regeling 2005" adı altında yeni kurallar yayınlanmıştır. Bu kurallar bugün Hollanda'daki tüm müşavir mühendis ve mimarlar tarafından kabul görmektedir<sup>89</sup>.

#### 2.1.6. İngiltere

İngiltere'de inşaat hukukunda üçlü bir ilişki göze çarpmaktadır: "İş sahibi, tasarımcı ve uygulayıcı arasındaki ilişki." Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerine benzer şekilde taraflardan biri, yine belli bir miktar ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Yalnız bu kez sözleşmenin diğer tarafını oluşturanlardan biri tasarım işini, diğeri tasarlanan işin inşasını üstlenmektedir. Bu üçlü ilişkiye ek olarak, burada bir de miktar denetçisi bulunmaktadır.

Genel Müteahhitlik Sözleşmeleri yaygınlaştıktan sonra, İngiltere'de inşaat mühendisliği alanında birçok standart sözleşme örneği yayınlandı. Bunlar arasında en popüler olanı, İnşaat Mühendisliği Enstitüsü(ICE)'nin Sözleşme Şartları'nın 1999 yılında yayınlanan 7. baskısı'dır. Bunun dışında Ortak Sözleşmeler Mahkemesi'nin inşaat sektörü için özel olarak çıkarttığı üç standart sözleşme örneği bulunmaktadır<sup>90</sup>.

#### 2.1.7. Amerika Birleşik Devletleri

Amerikan hukuk sisteminde, inşaat sektöründe daha ziyade uluslararası standart sözleşme örnekleri kullanılmaktadır. Bu sözleşme örnekleri arasında FIDIC'in Kırmızı Kitabının özel bir yeri bulunmaktadır. Bunun dışında Amerikan Mimarlar Enstitüsü'nün ve Mühendislerinin Ortak Sözleşme Belgeleri Komitesi'nin yayınladıkları sözleşme örnekleri vardır.

En çok rağbet göreni İnşaat Sözleşmelerinin Genel Şartları başlığını taşıyan A201 Belgesi'dir<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>89</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>90</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>91</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

### 2.1.8. İsveç

İsveç hukukunda inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin tüketici olması durumunda uygulanacak hükümler, iş sahibinin bir ticari ortaklık olması durumunda uygulanacak hükümlerden farklı olması nedeniyle İskandinav hukuk sisteminin kapsamına dahil olan İsveç'in inşaat sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri söz konusu alanda anlaşılması en zor olan düzenlemelerdendir. İş sahibinin tüketici sıfatını haiz olduğu durumlarda,

Tüketici Hizmetleri Kanunu uygulama alanı bulmaktadır. İnşaatın iş sahibinin özel amaçları için yapılıp yapılmadığı olgusu, inşaat sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin niteliğini belirlemektedir. İnşaat iş sahibinin özel amaçları için yapılıyorsa Tüketici Hizmetleri Kanunu'nun emredici hükümleri doğrultusunda, inşaattan kaynaklanan risklere karşı sigortalanır.

Buna karşılık; iş sahibinin ticari bir işletme olduğu durumlarda uygulanacak herhangi bir özel düzenleme ya da yazılı bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bunun yanında, halihazırda uygulanmakta olan içtihat hukuku muğlak hükümlerle doludur ve oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir. Modern İsveç öğretisi de inşaat sözleşmelerini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bütün bunların sonucunda, İsveç'te inşaat hukukundan doğan ihtilaflar tahkim yoluyla çözülmektedir<sup>92</sup>.

İsveç hukukuna göre, ticari inşaat sözleşmeleri özel bir sözleşme türü olarak kabul edildiğinden hem sözleşmeler hukuku anlamında genel kurallara hem de özel kurallara tabidir.

### 2.1.9. Brezilya

Brezilya'da, inşaat işleri, proje temelli veya yönetim temelli olmak üzere iki şekilde sözleşmelere konu edilmektedir. İnşaat sözleşmeleri, genel olarak, Brezilya Medeni Kanunu'nun 593 ila 626. maddelerine tabi olmaktadır. Bunun dışında, bayındırlık işlerini idare eden 16 Aralık 1964 tarihli 4591 sayılı Federal Kanun, kamu gücünün kullanıldığı işlerle ilgili olarak 21 Haziran 1993 tarih ve 8666 sayılı Federal Kanun da inşaat işlerine uygulanmaktadır. Duruma göre pek çok kanun, tüzük ve yönetmelik uygulama alanı bulmaktadır<sup>93</sup>.

### 2.1.10. Rusya

Rusya'da, halihazırda, inşaat işlerine ilişkin sözleşme şartlarını düzenleyen uluslararası alanda kabul görmüş bir sözleşme örneği bulunmamaktadır. Ancak, 1996 yılında yürürlüğe giren yeni Rus Medeni Kanunu'nun ikinci kısmında inşaat sözleşmelerini düzenleyen çağdaş hükümler bulunmaktadır.

Bugün için, yabancı müteahhitlerin Rus iş sahipleriyle Rus Hukukuna göre akdettikleri inşaat sözleşmelerine FIDIC Kitaplarındaki hükümler kısmen de olsa uygulama alanı bulmaktadır<sup>94</sup>.

### 2.1.11. Hindistan

Hint Sözleşmeler Kanunu'nda, sözleşme "iki veya daha fazla kişi arasında yapılan ve yasal açıdan bağlayıcı anlaşma" olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda, inşaat işlerinin başlamasından önce, iş sahibi ile müteahhit arasında yapılan anlaşma da bir

<sup>92</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>93</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>94</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

sözleşmedir. İnşaat işlerine Sözleşmeler Kanunu hükümlerinin yanı sıra çok çeşitli standart sözleşme örneklerinin hükümleri de uygulanabilmektedir.

Hindistan'da altyapı işlerinde son yıllarda yaşanan patlamayı göz önünde bulunduran hükümet yetkilileri, özel sektörü alt yapı işlerine dahil etmek için çok çeşitli imtiyaz sözleşme metinleri hazırlamışlardır<sup>95</sup>.

### **2.1.12. Çin**

Çin ekonomisi, son yıllarda önemli bir gelişme kaydetmiştir. Ekonominin tüm sektörlerinde ve Çin'in hemen hemen bütün köylerinde yapılan inşaatlarda büyük bir artma yaşanmıştır. Bu sebeple, resmi açıdan, uzun yıllar gayri safi milli hasılaya katkı sağlayan ayrı bir ekonomik sektör olarak kabul görmeyen inşaat sektöründe son zamanlarda hukuki düzenlemelere hız verilmiştir. Bu kapsamda, Yapı Kanunu, İhale Kanunu ve Sözleşmeler Kanunu yeniden gözden geçirilmek zorunda kalmıştır.

Bütün bu düzenlemelerin dışında, Çin'de özellikle yabancı yatırımla gerçekleştirilen önemli inşaat projelerinde FIDIC Kitapları'nın 1999 yılında yayınlanan son baskıları uygulama alanı bulmaktadır<sup>96</sup>.

### **2.1.13. Japonya**

Japonya'da inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine, inşaat sözleşmeleri genel hukuk kaynaklarıyla idare edilmektedir. Sözelimi, 1896 tarih ve 89 sayılı Japon Medeni Kanunu'nun 632 ila 642. Maddeleri arasında düzenlenen "eser sözleşmeleri" niteliği uygun düştüğü ölçüde inşaat sözleşmelerine de uygulanmaktadır.

Japonya'da inşaat işlerine yönelik olarak Merkez Konseyi tarafından çıkartılan çok sayıda sözleşme örneği bulunmaktadır. Bunlar arasında Kamu İhale Sözleşme Şartları, İnşaat Mühendisliği İşleri İçin Sözleşme Şartları ile Alt Müteahhitlik Hizmetleri İçin Standart Sözleşme Şartları en çok uygulama alanı bulanlardır<sup>97</sup>.

### **2.1.14. Irak**

Irak'ta, inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Irak hukukunda inşaat sözleşmeleri Irak Medeni Kanunu'nun 864 ila 890. Maddeleri arasında düzenleme altına alınan eser sözleşmelerinin özel bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, inşaat sözleşmelerine büyük ölçüde eser sözleşmelerinin söz konusu hükümleri uygulanmaktadır<sup>98</sup>.

### **2.1.15. Mısır**

Mısır hukuk sisteminde inşaat sözleşmeleri, özel olarak finanse edilen inşaat sözleşmeleri ve devlet tarafından finanse edilen inşaat sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel olarak finanse edilen inşaat sözleşmeleri, Mısır Medeni Kanunu'nun 646 ila 676. Maddeleri arasındaki hükümlere tabi olurken ; devlet tarafından finanse edilenler İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaktadır<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>96</sup> TÖRE, a.g.e., s. 58-61.

<sup>97</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>98</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>99</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

## 2.1.16. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan'da modern bir hukuk sistemi olmadığından, ayrı bir Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda yoktur. Bunun yerine, başlıca iki hukuk kaynağı bulunmaktadır. Bunlar Şeriat ve Kral'ın emirleridir. Kral'ın koyduğu kurallar, yaptığı düzenlemeler Kral'ın emri olarak ikinci hukuk kaynağını oluşturmaktadır. Suudi Arabistan da inşaat işleri de bütünüyle Kral'ın emirleri ile idare edilmektedir<sup>100</sup>.

## 2.1.17. Malezya

İnşaat sözleşmelerine ilişkin olarak özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, inşaat sözleşmeleri Sözleşmeler Kanunu'nda yer alan hükümler tarafından idare edilmektedir. Sözleşmeler Kanunu, 1872 tarihli Hint Sözleşmeler Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bu sebeple, İngiliz hukukunun etkileri bulunmaktadır. Malezya mahkemeleri de Kanun'un hükümlerini uygularken veya yorumlarken sıklıkla İngiliz hukukuna dayanmaktadır<sup>101</sup>.

## 2.2. Uzlaştırma ve Arabuluculuk

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yararlanılan yöntemlerden biride, uzlaştırıcılıktır. Bazı düzenlemelerde uzlaştırıcı yerine arabulucu deyiminin kullanıldığı görülmekle beraber, işlevleri açısından aralarında herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>102</sup>.

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu'nun tanımına göre arabuluculuk, uyuşmazlık içindeki tarafların, *uyuşmazlığın içeriğine veya çözümüne ilişkin belirleyici etkisi olamayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan bir uyuşmazlık çözümü uygulayıcısı yardımı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerileri üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren bir süreçtir.*

Mevcut bazı yasal düzenlemelerde de, arabuluculuk tanımları yer almaktadır. Yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (m. 2/I) arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır.

### 2.2.1. Arabuluculuğun Temel İlkesi

Arabuluculuğun temel ilkelerinden birincisi, Devlet Yargısına alternatif olmasıdır. Arabuluculuk mahkeme veya tahkimin yargılama yapan, tarafların rolü ve etkinliğini azaltan ve uyuşmazlık çözümünde söz hakkını yargılama makamına veren yapısı yerine ve buna alternatif olarak, kontrolün taraflarda olduğu, söz hakkının taraflarda bittiği, yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen bir süreçtir. Yargılama yapan uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dışlamaması, onların yanında uyuşmazlık çözümüne yardımcı olması nedeniyle, alternatif niteliklidir. Devlet iktidarına karşı bir hareket olmadığı gibi, aksine devlet denetiminin yayılmasının bir yolu olarak görülmekte, yargıyı güçlendirme amacına dayanmaktadır.

<sup>100</sup> TÖRE, a.g.e., s. 46-67.

<sup>101</sup> TÖRE, a.g.e., s. 62.

<sup>102</sup> AKINCI, a.g.e., s. 137.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden ikincisi, tarafsız bir üçüncü kişinin mevcudiyetidir. Bu üçüncü kişinin uyuşmazlıkla bir ilişkisi olmamalı, taraflardan bağımsız özellik taşımalıdır. Burada ortaya çıkan en belirgin özellik, arabulucu adı altında üçüncü bir kişinin uyuşmazlık çözüm sürecinde yer alması gereğidir. Burada arabulucunun üçüncü kişi olması ile kastedilen, uyuşmazlığın tarafları dışında kalan bir kişinin arabulucu olmasıdır.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden üçüncüsü, arabulucunun bağlayıcı karar verememesidir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde son sözü söyleyen ve uyuşmazlığı mutlak olarak çözüme kavuşturan bir role sahip değildir. Onun görevi, yargısal yollara başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığı çözüme konusunda taraflara yardım etmekten ibarettir. Arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkında açıkladığı görüşler tavsiye edici niteliktedir. Çünkü, arabulucu bir karar mercii, arabuluculuk da hüküm verme esasına dayalı bir yöntem değil, karşılıklı anlaşmaya dayalı bir çözüm yoludur.

Arabulucu, yargılama yapamaz; kim haklı kim haksız bunun kararını veremez; sadece tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığın ortadan kalkması için çaba sarfeder.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden dördüncüsü, gönüllülüktür. Gönüllülük iki şekilde karşımıza çıkar. Bunlardan birisi arabuluculuğa katılma konusunda gönüllü olunması, diğeri ise anlaşmanın yapılması konusunda gönüllü olunmasıdır.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden beşincisi, arabulucunun yetkisini taraflardan almasıdır<sup>103</sup>.

Arabulucunun faaliyette bulunabilmesi, kural olarak uyuşmazlığın taraflarının kendisine tanımış olduğu yetkiye bağlıdır. Her iki taraf da arabulucuya bu yetkiyi tanımamışsa veya taraflardan biri önceden vermiş olduğu yetkiyi herhangi bir sebeple geri almışsa, arabuluculuk faaliyeti sona erer. Kabul edilebilirlik, arabuluculuk için önemli bir gerektir.

Arabuluculuğun temel ilkelerinden altıncısı, gizliliktir. Devlet yargılamasında genel kural, yargılamanın kamuya açık bir şekilde gerçekleşmesidir. Aleniyet ilkesi olarak kabul edilen bu uygulamada amaç, keyfiliğin önüne geçmek, yargının kanuna uygunluğunu temin etmek ve bu suretle kişilerin yargıya olan güvenini sağlamaktır. Bazı durumlarda, kişilere istedikleri gizliliği sağlayabilecek bir yöntem, önem kazanmakta ve gizlilik, arabuluculuğun sağladığı faydalar ve tercih nedenleri arasında en göze çarpanlardan biri olmaktadır<sup>104</sup>.

## 2.2.2. İnşaat Sözleşmelerinde Arabuluculuğun Önemi ve Yararları

Arabuluculuğun uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir konu olması gerekmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde bu konu açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, arabuluculuğun “yabancılaşma unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” nı konu etmesi gerekir<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> KEKEÇ, Elif Kismet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 56-73.

<sup>104</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 74-7.

<sup>105</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 92.

Arabuluculukta başarı ile çözülen uyuşmazlıkların büyük bölümü, sürekli ilişkilere ait uyuşmazlıklardır. İnşaat sözleşmeleri gibi gelecekte devam eden bir ilişki varsa veya ilişkinin gelecekte devam etmesi isteniyorsa, arabuluculuk bu iş için en uygun bir yöntemdir<sup>106</sup>.

İnşaat sözleşmelerinde arabuluculuğun tercih edilme nedenleri ve yararları arasında, arabuluculukta,

- 1- Zamandan tasarruf
- 2- Masraftan tasarruf
- 3- Uzman kişilerin arabulucu olması
- 4- Tarafların kendilerini daha iyi ifade etme imkanı bulması
- 5- Kontrolün taraflarda olması
- 6- Mahkeme yükünü azaltması
- 7- Yargı organlarından daha geniş bir karar yelpazesine sahip olması ve iki tarafı olabildiğince tatmine yönelik olması
- 8- Gizliliğin korunabilmesi

özellikleri sayılabilir<sup>107</sup>.

Arabulucunun görevleri arasında şunlar sayılabilir;

- 1- Yöntemin başkanı olması
- 2- İletişim sağlayıcı olması
- 3- Eğitimci olması
- 4- Çözüm artırıcı olması
- 5- Gerçekçi düşünmenin temsilcisi olması
- 6- Kusurları üstlenici olması
- 7- Yöntemin Koruyucusu olması

İyi bir arabulucuda olması gereken temel kişisel özellikler ise şunlardır;

- 1- Tarafsız olması
- 2- Objektif olması
- 3- Zeki olması
- 4- Esnek olması
- 5- Kolay anlaşılır olması
- 6- Etkili ve ikna edici olması
- 7- Empatik olması
- 8- Etkili bir dinleyici olması
- 9- Toplumda saygın bir yere sahip olması
- 10- Şüpheli olması
- 11- Gerekli kaynaklara ulaşma imkanına sahip olması
- 12- Dürüst olması
- 13- Güvenilir olması
- 14- Eleştirilere açık olması
- 15- Sabırlı olması
- 16- Azimli olması
- 17- İyimser olması
- 18- İnsanları sevmesi

Her zaman arabulucudan bu özelliklerin hepsini birden taşıması beklenemez. Fakat, en azından bunların etkili arabuluculuk yapabilecek kadarına sahip olunması, iyi bir arabulucudan söz edebilmek için gerekli ve yeterlidir<sup>108</sup>.

106

KEKEÇ, a.g.e., s. 94.

107

KEKEÇ, a.g.e., s. 83-91.

108

KEKEÇ, a.g.e., s. 98-106.



### 2.2.3. Arabuluculuk Yönteminin Temel Aşamaları

Herşeyden önce belirtilmesi gereken şey, arabuluculuğun bir yargılama usulu olmadığıdır. Arabuluculuk resmi bir yol olmadığı için, gerek taraflara gerek de avukatlarına arabuluculuğun aşamalarını, prosedürü belirlemekte özgürlük tanımaktadır. Özellikle tarafların amaçları, beklentileri, uyuşmazlığın kendine has özellikleri ile arabulucunun özel yetenekleri ve kavrayışı, arabuluculuğa yön vermektedir<sup>109</sup>.

Taraf veya taraflarca yapılan doğrudan başvurular daha sık görülmekle birlikte, bir uyuşmazlıkta arabuluculuk yönteminin uygulanması çeşitli şekillerde başlatılabilir<sup>110</sup>. Normal şartlar altında arabuluculukta ilk adım, yönetime başvuracak kişinin buna karar vermesidir. Arabuluculuğun uyuşmazlık doğmadan önce yapılmış bağımsız bir sözleşmede veya esas borç ilişkisini doğuran sözleşme içerisinde kararlaştırılmış olması veya mahkeme tarafından arabuluculuğa başvurulmasının bir ön koşul veya zorunluluk olarak bildirilmesi halinde, tarafların ayrıca bu yönetime karar vermesi gerekmez.

Taraflardan biri yönetime başvurmaya karar verdikten sonra yapılacak şey, karşı tarafın bu karara katılımının sağlanması, bu konuda sözleşme yapılmasıdır. Taraflar arasında yapılan arabuluculuk sözleşmesinde, doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın tarafsız üçüncü kişi yardımı ile çözümü konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yer almalıdır. Bu sözleşme, asıl sözleşmeden bağımsız, gerek sözleşmenin kurulması gerek geçerliliği bakımından borçlar hukukuna tabi, etkilerini hem maddi hukuk hem usul hukukunda gösteren bir sözleşmedir. Şekil geçerlilik şartına sahip olmayan bu sözleşme, yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir<sup>111</sup>.

Sözleşmede hangi uyuşmazlıkların bu sözleşme kapsamında yer aldığı belirtilmesi gereklidir ve önem taşımaktadır<sup>112</sup>.

### 2.2.4. Uyuşmazlık Doğduktan Sonra Arabuluculuğa Karar Verilmesi

Taraflar, eğer uyuşmazlık doğduktan sonra arabuluculuk yolunu seçmişlerse, aralarında buna uygun bir sözleşme yaparlar ve bu sözleşme, uyuşmazlık sonrası arabuluculuk sözleşmesi olarak adlandırılır.

Uyuşmazlık sonrası arabuluculuklar, yargısal yollara başvurmadan önce düşünülebileceği gibi, yargısal yollara başladıktan sonra da düşünülebilir<sup>113</sup>.

Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda, mahkemenin tarafları arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp teşvik edebileceği belirtilmiştir. Hakim bunu her aşamada yapabilecektir. Bu konuda bir süre sınırlaması yapılması uygun değildir<sup>114</sup>.

### 2.2.5. Uyuşmazlık Doğmadan Önce Arabuluculuğa Karar Verilmesi

Uyuşmazlık öncesi arabuluculuk sözleşmesi, uyuşmazlığın tarafları arasında yapılır. Taraflar, aralarında mevcut olan asıl borç ilişkisine dayanan sözleşmeye konulacak bir şartla veya bağımsız bir sözleşme ile ileride çıkması muhtemel olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk yönteminin kullanılacağını kararlaştırırlar.

<sup>109</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 115.

<sup>110</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 116.

<sup>111</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 117.

<sup>112</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 118.

<sup>113</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 119.

<sup>114</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 120.

Özellikle, sözleşme süresi boyunca tarafların karşılıklı işbirliğinin zorunlu olduğu ve karmaşık yapıları nedeniyle ortaya çıkabilecek farklı nitelikteki uyuşmazlıklara farklı çözümler sunabilmesi nedeniyle, uzun vadeli inşaat ve mühendislik sözleşmelerinde uyuşmazlık öncesinde tarafların tercih edebilecekleri imkanlar arasında yer almaktadır<sup>115</sup>.

Arabuluculuk sözleşmelerinde, arabulucunun kim olacağına, arabuluculuğun nerede, ne zaman, kimlerin katılımıyla yapılacağına ve arabuluculuk masraflarından sorumluluğun madde olarak eklenmesi, uyuşmazlık çıktığı dönemde anlaşmazlığa yol açabilecek diğer sorunların baştan önlenmesine yardımcı olabilir<sup>116</sup>.

### 2.2.6. Arabuluculuk Sözleşmesinin Uygulanması

Uzlaştırıcının önerdiği çözüm, hakemlerin aksine taraflar üzerinde bağlayıcı ve icra kabiliyetini haiz bir karar niteliğinde değildir. Bunun sonucu olarak, taraflar, uzlaştırıcının öngördüğü çözüme göre hareket etmeye zorlanamaz. Taraflar, öncelikle uyuşmazlığın uzlaştırıcı yolu ile çözümlenmesini deneyebilirler<sup>117</sup>. Ancak bu yolla uzlaşmaya varılamazsa, uyuşmazlık tahkime havale edilecektir<sup>118</sup>.

Arabuluculuk sözleşmesi veya şartına uymayan tarafın, mahkemede dava açmasına engel olunamaz. Fakat, mahkemede dava açılmış olmasının bu sözleşmeyi ortadan kaldırmaması ve bunu ihlal eden tarafın bundan sorumlu olması gerekmektedir<sup>119</sup>. Aksi takdirde uzlaştırıcıya başvurulmasının başarısız olması durumunda, zaman ve masraf yönünden ilave bir kayıp söz konusu olacaktır<sup>120</sup>.

### 2.2.7. Arabulucu İle Sözleşme

Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların arabulucuya bir icapta bulunduğu ve arabulucunun da bu icabı kabul ederek uyuşmazlıkta görev aldığını gösteren, tarafsız üçüncü kişi ile taraflar arasında yapılan sözleşmedir. Genellikle taraflar ile arabulucu arasında yazılı bir sözleşme yapılır.

Arabulucu ile taraflar arasındaki ilişki, maddi hukuka tabi bir özel hukuk ilişkisi olarak nitelendirilebilir. Bu sözleşme ile arabulucu, arabuluculuk hizmetini ortaya koyma, taraflar ise bunun karşılığında ücret ödeme asli edimini borçlanmaktadır. Burada söz konusu olan bir iş görme sözleşmesidir<sup>121</sup>.

Arabulucu ile yapılan sözleşmede, tarafların kimliği hakkında bilgiler yer alır, ücretin de belirlenmesi, ileride bu konuda sorun yaşanmaması açısından faydalı olur. Ücret, çoğu zaman saatlik veya günlük olarak kararlaştırılır. Aksi kararlaştırılmamış ise, genelde arabuluculuk ücretini taraflar eşit olarak öderler.

Bunun dışında, arabuluculuğun bir anlaşma ile sonuçlanmaması ve devamında mahkeme veya tahkime gidilmesi halinde, arabulucunun tanık olarak bu aşamalara çağrılmayacağına dair maddeler içerebilir<sup>122</sup>.

---

115 KEKEÇ, a.g.e., s. 126.

116 KEKEÇ, a.g.e., s. 126.

117 AKINCI, a.g.e., s. 138.

118 AKINCI, a.g.e., s. 139.

119 KEKEÇ, a.g.e., s. 133.

120 AKINCI, a.g.e., s. 139.

121 KEKEÇ, a.g.e., s. 139.

122 KEKEÇ, a.g.e., s. 140.

Ayrıca taraflardan birinin arabuluculuk görüşmelerine ne şekilde son verebileceği, arabulucunun sorumluluğu, arabuluculuğa karar verildikten sonra devam etmekte olan yargılamanın durumunun ne olacağı gibi konular da sözleşmede belirlenebilir<sup>123</sup>.

Tıpkı diğerleri gibi, arabuluculuk sonucunda yapılan sözleşmede de, bir sözleşmede bulunması gereken temellerden birinin eksik olması halinde uygulanabilirliğini yitirir. Borçlar hukuku bakımından gerekli görülen asgari koşullar, arabuluculuk sonucu imzalanan sözleşmede sağlanmış olmalıdır<sup>124</sup>. Diğer sözleşmelere karşı ileri sürülebilen hata, hile, tehdit gibi iddialar, bu sözleşme içinde geçerlidir, yani sözleşme hukuku uygulanır. Taraflardan birisi yapılan anlaşmanın kanuna aykırı olduğunu düşünürse, anlaşmanın geçersiz olduğu iddiası ile mahkemeye başvurabilir<sup>125</sup>.

## 2.2.8. Arabuluculuğun Muhtemel Sonuçları ve Sona Ermesi

Arabuluculuk görüşmeleri, olaya ve duruma göre değişmek üzere, kısa veya uzun sürebilir. Her uyuşmazlık için gerekli bir zaman süresi vardır ve bu süre değişik faktörlerden etkilenir<sup>126</sup>. Yapılan her arabuluculuk faaliyetinin bir sonucu vardır. Bu sonuç, tarafların anlaşması ve uyuşmazlığın çözülmesi veya tarafların ortak bir noktada anlaşamaması olabilir. (bkz. HUAK m. 17). Kanunda bu durum, “*arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış oldukları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, bir tutanak ile belirlenir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır*”, şeklinde ifade edilmiştir (HUAK m. 17/II). Böylelikle arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği, ne zaman sona erdiği ve anlaşma sağlanıp sağlanmadığı gibi konular açıklığa kavuşturulabilir<sup>127</sup>.

Taraflarla yapılan özel veya ortak oturumlar sonrasında, arabuluculuk süreci başarı ile tamamlanır, yani ortak bir noktada fikir birliği sağlanırsa, taraflar bir anlaşmaya varmışlar demektir<sup>128</sup>.

Tarafların anlaşamaması halinde bir alternatif daha vardır. O da görüşmelere devam etmek. Arabulucunun görevi, taraflar açık ve kesin olarak görüşmenin durmasını istemedikçe veya taraflardan birinin fikrini değiştirmenin hiçbir yolu kalmadığı kanaatine varmadıkça çabalamaya devam etmektir<sup>129</sup>.

Anlaşma sağlanmışsa, anlaşma metni tarafların açıkça anlayabileceği ve onların iradelerini doğru anlatır şekilde kaleme alınmalıdır. Örneğin, “Taraflar karşılıklı fedakarlıklarda bulunacaktır.” ifadesini içeren bir anlaşmayı inceleyen hakim, büyük ihtimalle bu ifadeyi bağlayıcı bir anlaşma oluşturmak için yeterli görmeyecektir. Bunun yerine daha objektif ifadeler kullanılmalıdır<sup>130</sup>.

Türk Hukuku açısından konu biraz daha hassastır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18'inci maddesinde (HUAK m. 18/II) icra edilebilirliğe ilişkin şerhi içeren anlaşma metninin, ilam niteliğinde belge olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle metnin kaleme alınmasında daha da dikkatli olunması gerekecektir<sup>131</sup>. Eğer taraflar arabuluculuk sonucunda vardıkları anlaşmayı olduğu şekli ile uygulamak isterlerse, bu belge sözleşme hukukunun genel hükümlerine tabi olacaktır. Ancak, arzu

<sup>123</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 141.

<sup>124</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 184.

<sup>125</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 18.

<sup>126</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 154.

<sup>127</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 177.

<sup>128</sup> KEKEÇ, a.g.e., s.179.

<sup>129</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 178.

<sup>130</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 180.

<sup>131</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 182.

edilirse, anlaşmaya noterde resmiyet kazandırılabilir. Burada bir diğer alternatif, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesidir. Eğer her iki taraf da avukatla temsil edilmiş ve varılan anlaşma tutanağında taraflar ve avukatların imzaları var ise, diğer şartların da gerçekleşmiş olması koşuluyla, bu tutanak İcra ve İflas Kanunu'nun 38. Maddesi uyarınca ilam niteliğinde belge sayılacak, bunun için her hangi bir makamın onayına gerek olmayacaktır<sup>132</sup>.

Varılan anlaşmanın ilam niteliğinde belge haline gelmesi için bunun dışında yapılabilecek şey, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edilip icra edilebilirliğine dair şerh almaktır. Bu şerhin alınması ile, yine anlaşma ilam niteliğinde belge haline gelecektir<sup>133</sup>.

### 2.2.9. Bazı Standart Uzlaştırma Kuralları

Milletlerarası ticaret alanında uyuşmazlıkların uzlaştırıcı ile çözülmesine ilişkin düzenlemeler, milletlerarası ticari tahkime nazaran çok daha kısıtlıdır. Bu kurallar arasında en önemlileri MTO, ICSID, FIDIC, UNCITRAL tarafından hazırlanmış olan arabulucu (uzlaştırıcı) kurallarıdır<sup>134</sup>.

### 2.2.10. MTO Tahkim Kurallarının Genel Yapısı

Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma Komitesinde tarafları farklı vatandaşlık taşıyan, milletlerarası ticaretin yarar sahasına yönelik muhtelif ihtilaflar, burada kayıtlı farklı vatandaşlıktaki hakemler tarafından görülmektedir<sup>135</sup>. MTO Uzlaştırma Kuralları uyarınca, uzlaştırma talebi ve bu talebi destekleyen belgelerle MTO Sekreterliğine başvurulması üzerine, diğer tarafa bu uzlaştırma teşebbüsünün kabul edilip edilmediği sorulacak ve söz konusu tarafın anlaşmazlık hakkındaki görüşünü ilgili belgelerle yazılı olarak sunması istenecektir. Uzlaştırma Komitesi, dosyayı inceleyecek ve mümkün olduğu takdirde onları dinleyerek, taraflara bir uzlaşma formülü önerecektir. MTO Uzlaştırma Kuralları'nın 5. Maddesi uyarınca, Uzlaştırma Komisyonu'nda bulunan bir kişi, daha sonra aynı uyuşmazlığı çözmek üzere hakem olarak tayin edilemeyecektir<sup>136</sup>.

### 2.2.11. ICSID Kuralları

Devletlerle diğer devlet vatandaşı kişi ve kuruluşlar arasındaki uluslararası yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların halli konusunda Dünya Bankası tarafından bir uluslararası sözleşme hazırlanmıştır. Sözleşmenin tam adı: "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme" (ICSID) dir. Merkezin yerleşim yeri Dünya Bankasının merkezi yani Washington'dur. Merkez, İdari Konsey, Sekreteryaya ve Paneller olmak üzere idari açıdan üç ana departmana sahiptir<sup>137</sup>. Paneller kendi içinde Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli olarak iki gruba ayrılmaktadır<sup>138</sup>.

Sözleşmenin 28-35. maddelerinde uzlaştırma prosedürü düzenlenmiştir. Uzlaştırma talebinde bulunan taraf, talebin karşı tarafa iletilmesi amacıyla Merkez Genel Sekreterliğine müracaat eder ve böylece uzlaştırma prosedürünü başlatmış olur. Talebin uyuşmazlıkla ilgili bilgileri, tarafların kimlik ve sıfatlarını, taraflar arasındaki

<sup>132</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 186.

<sup>133</sup> KEKEÇ, a.g.e., s. 187.

<sup>134</sup> AKINCI, a.g.e., s. 139.

<sup>135</sup> NOMER, Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Milletlerarası Tahkim, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2003, s. 56.

<sup>136</sup> AKINCI, a.g.e., s. 139.

<sup>137</sup> NOMER, a.g.e., s. 73.

<sup>138</sup> NOMER, a.g.e., s. 74.

uzlaştırmaya dönük anlaşmayı içermesi gerekir<sup>139</sup>. Talebin kayda geçirilmesinden itibaren 90 gün içinde komisyon oluşturulamaz ise, Başkan (Dünya Bankası Başkanı) tarafların görüşlerini de alarak gerekli uzlaştırmacı atamasını re'sen yapacaktır (m. 30)

Aksi kararlaştırılmadıkça uzlaştırma prosedürüne taraf olanlar, uzlaştırma konusu ihtilafı ilgili Komisyon karar ve tavsiyelerine, taraflardan birinin bu prosedür içinde ileri sürdüğü teklif, karşı teklif veya beyana istinaden herhangi bir mahkemede dava açmayacak, bunlara dayanmayacaktır (m. 35)<sup>140</sup>.

Uzlaştırma prosedürü, aksi kararlaştırılmadıkça tarafların uzlaştırma talebinde buldukları tarihte yürürlükte olan kurallara göre icra edilecektir (m. 33). Şayet taraflar, uzlaştırma komisyonunun dostane çözüm önerilerini kabul eder; uzlaşırlarsa, komisyon tarafından anlaşma bir rapora bağlanır ve yayınlanır (m. 34/2). Uzlaştırma esnasında taraflar arasında dostane bir çözüme ulaşılamayacağı anlaşılacak olursa komisyon, prosedürü durdurabilir ve uzlaşmanın sağlanmadığını bir rapora bağlayıp, yayınlatabilir<sup>141</sup>.

ICSID kurallarına göre uzlaştırma prosedürü başarılı olup taraflar arasında bir anlaşma sağlandığında; Komisyon raporuna bağlanan nihai metin bir hakem veya mahkeme kararı olmayıp, netice itibarıyla bir anlaşmadır. Bu itibarla başarılı uzlaştırma prosedürü sonunda verilen hakem kararları gibi akit ülkelerde tenfiz devleti mahkemelerince verilmiş kararlar gibi icrası mümkün değildir. Taraflardan birinin, uzlaştırma prosedürü neticesinde varılan anlaşmaya sonradan uymaması sebebiyle, uyuşmazlığın tahkime veya mahalli mahkemelere götürülmesi durumunda, bu anlaşma taraflar açısından bağlayıcı bir "sözleşme" niteliği taşır. Davaya bakan hakem veya mahkeme, uzlaştırma safhasında taraflarca anlaşmaya dönüştürülen (ve fakat sonradan bir tarafça uyulmayan ) uzlaşma anlaşmasını esas alacaktır<sup>142</sup>.

## 2.2.12. FIDIC Uzlaştırma Kuralları

İnşaat sözleşmelerinde, yapılan işlerin yüksek sermaye maliyeti gerektirmesi sebebiyle, taraflar arasında çok fazla sayıda talep ve ihtilaf gündeme gelmektedir. FIDIC örgütü de 1995 yılından itibaren yürüttüğü çalışmaları 1999 yılında sonlandırmış ve Kırmızı Kitap'ın "Talepler, İhtilaflar ve Tahkim" başlığını taşıyan 20. maddesinde üç aşamadan oluşan kademeli bir uyuşmazlık çözüm usulü öngörmüştür<sup>143</sup>.

İnşaat işlerine ilişkin FIDIC Standart Sözleşmesinin 67. maddesinde uyuşmazlıkların çözüm yolları düzenlenmiştir. Buna göre; uyuşmazlıklar öncelikle yazılı olarak "mühendis"e havale edilecek; mühendis en geç 84 gün (12 hafta) içinde uyuşmazlık hakkında bir karar verecektir. Taraflar, mühendisin kararına uymadığında, karar tarihinden itibaren 70 gün içinde MTO Tahkim ve Uzlaştırma Kurallarına göre tahkim talebinde bulunulacaktır. Tahkim talebinin yapılmasından itibaren geçen 70 gün içinde ikinci kez dostane çözüm (uzlaştırma) yolu denenecektir. Bu safhadaki uzlaştırmadan da sonuç alınamaz ise, ihtilaf nihai bir kararla çözümlenmek üzere MTO Tahkim Kurallarına göre tahkime havale edilmiş sayılacaktır<sup>144</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; 20.maddede belirtilen sürelerle riayet edilmesidir<sup>145</sup>.

Kırmızı Kitap'ın 20.5. maddesine göre, İhtilaf Kararlaştırma Kurulu'nun kararından memnuniyetsizliğini bildiren taraf veya taraflar memnuniyetsizlik

139 ŞANLI, a.g.e., s. 380.

140 ŞANLI, a.g.e., s. 381.

141 ŞANLI, a.g.e., s. 38.

142 ŞANLI, a.g.e., s. 382.

143 TÖRE, a.g.e., s. 285.

144 ŞANLI, a.g.e., s. 383.

145 TÖRE, a.g.e., s. 285.

bildirimini yapılmasını izleyen 56 gün içinde arabuluculuk yöntemine başvurabileceklerdir. Şayet, taraflar arabuluculuk yöntemini sözleşmede zorunlu bir aşama olarak öngörmemişlerse; bu takdirde, 56 günlük arabuluculuk yöntemine başvurma süresini beklemeden de tahkime gidebileceklerdir.

### 2.2.13. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları

BM. Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, Ad Hoc Tahkim Kurallarına ilaveten, uzlaştırmada kullanılmak üzere 1980’de bir dizi uzlaştırma kuralları da kabul etmiştir<sup>146</sup>.

UNCITRAL Kurallarına göre bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için, tarafların sözleşme ile bu usulü kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Bunun için UNCITRAL taraflara, sözleşmelerine dercetmek üzere uzlaştırma klozları tavsiye etmektedir<sup>147</sup>.

Son 20 yıl içinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların uzlaşma yolu ile çözülmesi usulüne başvurma sayısında önemli bir artış olmuştur. Uzlaşmaya ilişkin bu Model Kanunu’nda uzlaşma deyimini kavram ve kapsamına tüm uzlaşma tür ve teknikleri girmektedir. Bu model kanun milletlerarası ticari uyuşmazlıklarla sınırlı tutulmaktadır<sup>148</sup>.

Model Kanun uzlaşma yeri olarak özel bir kural getirmemiştir. Bu husus tarafların anlaşmasına bırakılmıştır. Böyle bir anlaşma olmaz ise, uzlaşma yerinin tayini, milletlerarası özel hukuk kurallarına göre yapılır<sup>149</sup>.

Uzlaşmak isteyen taraf anlaşmazlık konusunu belirterek karşı tarafa bildirir (m. 2). Karşı tarafın uzlaşma teklifini kabul etmesiyle uzlaşma usulü başlar (m. 2). Uzlaşma teklifi gönderildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde başlamaz ise, uzlaşma teklifinin reddi olarak değerlendirilebilir (m. 2). Taraflar, uzlaştırıcı sayısını iki veya üç olarak kararlaştırmamışsa uzlaştırıcı bir kişi olur (m. 3). Taraflar uzlaştırıcı seçiminde uygun bir kurum veya kişinin yardımını kararlaştırabilirler (m. 4). Uzlaştırıcı tayin edildikten sonra, ihtilafın genel niteliğiyle ilgili olarak, taraflardan konu başlıklarını açıklayan yazılı bir beyan ister. Bunun dışında uzlaşmanın herhangi bir safhasında uzlaştırıcı, kendisinin uygun gördüğü ilave bilginin kendisine gönderilmesini isteyebilir (m. 5). Taraflardan her biri, kendi girişimi ya da uzlaştırıcının daveti ile ihtilafın çözümü için önerilerde bulunabilir (m. 12). Taraflar bir anlaşmaya varırlarsa, bir anlaşma metni düzenler ve yazılı çözüm anlaşmasını imzalar. Taraflar anlaşmayı imzalamakla ihtilafa son verir ve anlaşma ile bağlı kalırlar (m. 13). Uzlaştırıcı ve taraflar, uzlaşma ile ilgili tüm hususları gizli tutmakla yükümlüdür (m. 14). Uzlaşma; anlaşma tarihinde taraflar uzlaşma anlaşmasını imzalarlarsa, uzlaştırıcı uzlaşma için daha fazla gayret göstermek için haklı neden olmadığını yazılı olarak bildirirse, uzlaşma sürecinin sona erdiğinin uzlaştırıcıya yazı ile bildirilmesi ile uzlaşma süreci sona erer (m. 15). Uzlaşma sürecinin son bulması ile uzlaştırıcı masrafları tespit eder ve bunu taraflara yazılı olarak bildirir.

Masraflar şunları kapsar; uzlaştırıcının ücreti, seyahat ve diğer masrafları, tarafların izni ile uzlaştırıcı tarafından talep edilen şahitlerin seyahat ve diğer masrafları, uzlaştırıcı tarafından talep edilen bilirkişi masrafları, bu kuralların 8. maddesinde öngörülen idari yardım masrafıdır (m. 17). Anlaşmada farklı oranlar öngörülmedikçe

<sup>146</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 378.

<sup>147</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 379

<sup>148</sup> **DAYINLARLI, Kemal:** Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2011., s. 203.

<sup>149</sup> **DAYINLARLI,** a.g.e., s. 204.

belirtilen masraflara, taraflar eşit oranda katlanırlar. Diğer bütün masraflara, o masrafları yapan taraf katlanır (m. 17)<sup>150</sup>.

Uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlanması halinde nasıl bir yol izleneceği Kurallarda açıklanmamıştır. Bu durumda, şayet taraflar arasında bir tahkim şartı veya sözleşmesi mevcutsa davacı tarafından uyuşmazlık tahkime, aksi halde genel mahkemelere götürülebilecektir<sup>151</sup>.

### 2.3. Uyuşmazlıkların Müzakereler Yolu İle Çözümü

En kısa tanımıyla müzakere, bir konuyu görüşmek, üzerinde düşünüp tartışmaktır. Müzakere, iki veya daha fazla tarafın, başta hedefleri farklı olduğu halde, birlikte bir sonuca varmalarını gerektiren durumlarda, karşılıklı kabul edilebilir çözüme ulaşmaları için tartışma ve ikna yoluyla farklılıklarını çözmeye çalıştıkları etkileşim süreci olarak da ifade edilebilir.

Başarısız olunması ve bir anlaşmaya varılamaması halinde, mahkeme veya tahkime başvurulacak olan müzakerelere, ‘anlaşma/uzlaşma müzakeresi’ denir<sup>152</sup>.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların bir kısmı herhangi bir mahkeme veya hakem kararına ya da uzlaştırma veya arabulucu gibi üçüncü kişilerin yardım ve müdahalesine ihtiyaç olmadan doğrudan taraflar arasındaki görüşmelerle çözümlenebilir. Burada ihtilafın niteliği, tarafların uluslararası ticaretteki konumları ve görüşmeler yolu ile ihtilafı çözmenin taraflara sağlayacağı yararlar belirleyici olur<sup>153</sup>.

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yollarından biri de müzakere yolunun denenmesidir. Bu yolun denenmesi tahkim veya mahkemeye başvurmaya gerek kalmayacak bir çözüme ulaşılabilmesini sağlayabilir<sup>154</sup>.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği, uyuşmazlık çıkıncaya kadar konuyla ilgili sorunların yalnızca mühendis ile müteahhit arasında görülmüş olması mümkündür.

Uyuşmazlığın tahkim veya mahkeme yoluyla çözülmesi durumunda taraflar bütün enerjilerini “kazanan” taraf olabilmek için harcamak durumundayken, müzakere yolu ile çözüm bulunması durumunda, taraflar kendi menfaatlerini koruyacak “çözüm” üretme çabası içerisinde olacaklardır. Burada amaç her iki tarafında kabul edebileceği bir çözüme ulaşabilmektir<sup>155</sup>.

Müzakere aşamaları, genellikle bir sözleşmenin müzakere edilmesindeki aşamalarla aynıdır. Ancak, bir uyuşmazlığın müzakere sürecinde taraflar arasında çeşitli yönlerden eşitsizlikler bulunabilir. Uyuşmazlığın tarafları çoğunlukla, tecrübeli birer müzakereci olmadıklarından ve aralarında olan olaylardan etkilenerek sınırlı olabileceklerinden, uyuşmazlığın çözümü amacıyla yürütülen müzakereler genellikle bir avukat ya da tecrübeli bir kişice yönetilir. Müzakerelerde avukat veya temsilci bulundurulması zorunlu olmamakla beraber çok faydalıdır. Müzakere becerileri konusunda geçmişte uygulayıcılara gerekli eğitim verilmemiştir. Ancak, bu durum zamanla değişmiş ve uyuşmazlık çözüm usulleri üzerinde çalışanlar müzakere usullerini öğrenmeye başlamışlardır.

<sup>150</sup> UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları için bkz. **DAYINLARLI, Kemal:** Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 23.

<sup>151</sup> **ŞANLI**, a.g.e., s. 379.

<sup>152</sup> **KEKEÇ**, a.g.e., s. 43.

<sup>153</sup> **ŞANLI**, a.g.e., s. 373.

<sup>154</sup> **AKINCI**, a.g.e., s. 136.

<sup>155</sup> **AKINCI**, a.g.e., s. 137.

Ülkemizde, Avukatlık Kanununun 35/A maddesine göre, “avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinin ikinci fıkrası anlamında ilam niteliğindedir.

Görüldüğü gibi Avukatlık Kanununun 35/A maddesiyle “uzlaşma sağlama” başlığı altında avukatlara açıkça uzlaşma yapma yetkisi verilmiştir<sup>156</sup>.

Avukatlık Kanunundaki bu düzenleme ADR usulleri içinde müzakere usulüne girmektedir. Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde, taraf temsilcileri (vekilleri) aracılığıyla yürütülen müzakere usulünün düzenlendiği söylenebilir. Müzakere aşaması, uyuşmazlığın çözümünde taraflardan birinin şahsi gücünün ve karar verme iktidarının arabuluculuk ve dava yoluna kıyasla en çok olduğu yoldur<sup>157</sup>.

### **2.3.1. Müzakerelerde Tartışılacak Konular**

Kişiler ne zaman bir konu hakkında pazarlık etmeye ve görüşmeye başarlarsa, müzakereye girişmiş demektirler. Pek çok sözleşme müzakere safhasından sonra şekillenir. Bir uyuşmazlığın müzakere yoluyla çözülmesi sonucunda da bir sözleşme yapılmış olur ve bu sözleşme, diğer sözleşmelerle aynı etkiye sahip olarak mahkemelerce icra edilir. Resmî bir müzakere sürecine girildiği zaman, tarafların bir sözleşme tanzim etmeleri uygun olur. Bu gibi müzakerelerin çoğunda avukatlar yer almayabilir; ama geçmiş olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla yapılan müzakerelerde, uyuşmazlığı dava yoluna taşımadan önce çözerek bitirmek için çaba gösteren uzman avukatlardan yararlanılmalıdır.

### **2.3.2. Müzakerelerin Aşamaları**

Müzakerelerin aşamaları, bir sözleşme öncesinde yapılan müzakerelerle aynı olabilse de, bir uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla yapılan müzakerelere başka aşamalar eklenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın tarafları, muhtemelen tecrübeli birer müzakereci olmayacağından ve geçmişte olan olaylarla ilgili olarak öfkelerinin etkisi altında kalacaklarından, uyuşmazlığın çözümü amacıyla yürütülen müzakereler genellikle bir avukat ya da diğer bir tecrübeli uzman eşliğinde yönetilmektedir. Müzakereci, kendisine temsil yetkisi veren tarafın vekili konumundadır. Vekil sıfatıyla hareket eden müzakereci müvekkilinin (yani kendisine ücret vererek temsil yetkisi tanıyan kişinin) çıkarları için çalışmalı ve müvekkilinin talimatlarına, bu talimatların hatalı olduğunu düşünse bile mutlaka uymalıdır.

Müzakerenin ilk aşaması, ihtilaf konusu olan vakıalar üzerinde çalışılmasını ve müzakereler için plân yapılmasını içerir. Başarılı bir müzakere için, tıpkı dava yolunda olduğu gibi, taraflar maddî vakıaları ve bunlarla ilgili bilgileri anlamalı, sadece kişisel kanaatleriyle müzakereleri sürdürmemeli, konularındaki zayıf yönleri görmeli, müzakerelerin amacını dikkate almalı, dava yoluna başvurulduğu takdirde karşılaşılabilecek hukukî süreci ve dava yoluna alternatif olabilecek usulleri bilmeli ve ihtilaf tarafların müzakerelere katılıp katılmayacağı gibi, müzakere sürecinin yönetilmesiyle ilgili hususlar hakkında karar vermelidirler.

<sup>156</sup> <http://www.muzakere.org>

<sup>157</sup> <http://www.muzakere.org>



Daha sonraki aşamada taraflar bilgi değişiminde bulunurlar. Bu noktada müzakerecinin üslubu önemli bir işleve sahiptir. Bazı müzakereciler, fikirlerin mücadelecü ve şiddetli bir şekilde tartışılmasını tercih ederken, diğer müzakereciler, tarafların sorunlarına düşünceli ve dikkatli bir sorun çözücü üslupla yaklaşır. Her uyuşmazlıkta müzakereci, sunulacak bir çözüm teklifi gibi ileri sürülecek bütün bilgileri bilmelidir.

Bazı müzakere taktiklerine göre, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak karşı tarafa yapılan ilk teklif nihaî teklifken, çoğu müzakereciler uzlaşmayı ummaktadırlar. Bazı temsilciler daha başlangıçta, tarafları gerçekçi bir çözüme ulaştırmaya gayret etmektedirler. Mahkemeler, tarafları müzakereye girişmeye yönlendirdiği için, müzakereler sırasında ileri sürülen çözüm teklifleri, mahkemede delil olarak kullanılamaz<sup>158</sup>.

Müzakereler usulüne uygun olarak yürütüldüğü takdirde, müzakereler esnasında ileri sürülen hiçbir beyan ve ikrar, müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde daha sonra mahkemede kullanılamaz.

Müzakerelerin başarısız olması durumunda, mahkemenin yargulamada dürüstlük kuralına riayet edilmesini sağlamak ve böylece, tarafların birbirlerini taciz etmelerini önlemek amacıyla, müzakereleri tamamen bitirerek tekrarlamaması ve müzakerelerde yapılan beyanları hatırlatmaması gerekir. Son olarak, bir anlaşmaya varılırsa, anlaşma hükümleri daima yazılı hale getirilir ve mahkeme kanalıyla icra edilebilecek bir sözleşme hazırlanır. Uygulamada mahkemeler, müzakere edilerek ulaşılan çözümleri içeren sözleşmelerin icrasında büyük hassasiyet göstermektedirler<sup>159</sup>.

#### **2.4. Uyuşmazlıkların Hakem-Teknik Bilirkişilik Yolu İle Çözümü**

Uluslararası Özel Hukuk anlaşmalarının gittikçe artan karmaşıklığının doğal bir sonucu olarak, teknik nitelikteki problemlerin sık sık yaşandığı ve sözleşmenin ifasını gerçekleştirmeye engel olayların devamlı arttığı görülmektedir. Bu problemler inşaat işlerine ilişkin sözleşmeler bakımından yaygındır. Mesela bir otoyol yapımı anlaşmasının ifasında dökülen asfalt veya betonun kalitesi, bir anahtar teslimi bina yapımında, yapıda kullanılan malzemelerin miktar ve kalitesi ile ilgili sözleşmede çok defa taraflar arasında çözülmesi gereken teknik sorunlar ortaya çıkar.

Taraflar, sözleşmenin ifası esnasında ortaya çıkan sorunların incelenip, karara bağlanabilmesi için uzman kişilerin karar ve tavsiyesinden yararlanabilirler ve bu yararlanma kapsamında uyuşmazlıkları müzakereler ile çözebilirler. Bunun için taraflar, yapım sırasında çıkan teknik problemlerin çözümü konusunda uzman kişiler atayabilirler. Bu kişilere “hakem-bilirkişi” denmektedir<sup>160</sup>.

Hakem-bilirkişiler, kendilerine gönderilen ve teknik bir uzmanlık gerektiren hususu rapor halinde tespit ederler<sup>161</sup>. Teknik nitelikteki her ihtilaf, sözleşmenin ifasını sekteye uğratabilir ve ihtilafın hakemler veya mahkemelerce çözümüne kadar işler durabilir<sup>162</sup>. Özellikle endüstri alanındaki inşaatlarda uyuşmazlık çıkar çıkmaz hakem-bilirkişilerin devreye girmesi teknik konulardaki uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlamaktadır<sup>163</sup>. Bu tür ara teknik sorunların, sözleşmenin tam olarak ifasını

<sup>158</sup> <http://www.arabulucu.com>

<sup>159</sup> <http://www.arabulucu.com>

<sup>160</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 379.

<sup>161</sup> AKINCI, a.g.e., s. 142.

<sup>162</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 386.

<sup>163</sup> AKINCI, a.g.e., s. 142.

engellememesi için, uluslararası sözleşmelerde teknik bilirkişiler (hakem-bilirkişiler) atanmaktadır<sup>164</sup>.

Hakem-bilirkişilik, belirli uyuşmazlıkların çözümünde esnek, etkin, ucuz ve ticari olarak tercih edilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur<sup>165</sup>.

Hakem-bilirkişi anlaşmasının etkisinin ne olacağı, bu anlaşmaya uygulanacak hukuka göre belirlenir. Hakem-bilirkişi kurumu, bugün için ülkemizde doğrudan kanuni bir düzenlemeye tabi değildir. Konu ile ilgili tek düzenleme HMK'nın 193. maddesinde yer almaktadır. Delil sözleşmesini düzenleyen HMK'nın 193. maddesine göre, iki taraf bir delil sözleşmesi yaparak o sözleşmenin konusunu oluşturan olayın ispatında üzerinde anlaşılan delil dışında başka delil dinlenmeyeceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda, vakıa, sadece o delil ile ispat edilebilir; başka delil dinlenmez<sup>166</sup>.

#### 2.4.1. Kavram ve Hukuki Nitelik

Hakem-bilirkişi anlaşması ile hakem-bilirkişiler "...ancak zararın vukuunun miktarı, birşeyin kıymetini, bir kusurun mevcudiyetini ihtisaslarına binaen tayin ve tespit ederler. Ve bunların bu hususta verecekleri raporlar mahkemeyi bağlar."

Hakem-bilirkişi nitelendirilmesi; milletlerarası alanda genellikle *arbitre-experte*, *expertise-arbitrage*, olarak bilinmektedir<sup>167</sup>. Hakem sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında değişik görüşler vardır. Bu görüşlerden bazıları; hizmet sözleşmesi görüşü, istisna (eser) sözleşmesi görüşü, iş görme sözleşmesi görüşü, türü kendine özgü sözleşme türü, vekalet sözleşmesi görüşleridir<sup>168</sup>.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulları kararları tarafları bağlayıcı ve nihai olduğu ölçüde Türk hukuku bakımından hakem-bilirkişi kararları olarak kabul edilmelidir. ICC'nin 2003 tarihinde yürürlüğe giren Bilirkişilik Kurallarına göre yapılan incelemelerde bilirkişi raporu taraflarca bağlayıcı kabul edildiği ölçüde hakem-bilirkişilik olarak kabul edilmelidir<sup>169</sup>.

Hakem-bilirkişilik, tahkim ve bilirkişilik kurumları ile karıştırılabilmektedir. Zira işlevsel olarak hakem-bilirkişilik ağırlıklı olarak tahkime ve kısmen de bilirkişiliğe benzemektedir<sup>170</sup>.

#### 2.4.2. Hakem-Bilirkişi Anlaşması

Taraflar hakem-bilirkişi anlaşması gibi bir münhasır delil sözleşmesi yapabilirler. Yargıtay, irade özerkliğini esas alarak hakem-bilirkişi atanması, hakem-bilirkişilik usulü, raporun içeriği, raporun iptali için başvuru süresi gibi şartları bağlayıcı saymaktadır. Hatta Yargıtay kararlarına göre hakem-bilirkişi anlaşmasında, hakem-bilirkişiye gitmek için belirli şartlar getirilmiş ise o şartlara da uyulmalıdır<sup>171</sup>.

Hakem-bilirkişi anlaşmasına genellikle sigorta ve inşaat sözleşmelerinde rastlanılmaktadır.

<sup>164</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 386.

<sup>165</sup> YEŞİLIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim; Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2011 s. 28.

<sup>166</sup> YEŞİLIRMAK, a.g.e., s. 24.

<sup>167</sup> YEŞİLIRMAK, a.g.e., s. 28.

<sup>168</sup> TAŞKIN, Alim: Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, , 2. Bası, Ankara, 2005, s. 26-34.

<sup>169</sup> YEŞİLIRMAK, a.g.e., s. 30.

<sup>170</sup> YEŞİLIRMAK, a.g.e., s. 31.

<sup>171</sup> YEŞİLIRMAK, a.g.e., s. 37.

Hakem-bilirkişi anlaşmasında yer almasında fayda olan unsurlar şunlardır:

- Hakem-bilirkişinin yetki alanı (hakem-bilirkişiye yönlendirilen olay);
- Hakem-bilirkişinin taraflardan bağımsız ve tarafsız olacağı;
- Hakem-bilirkişinin nitelikleri;
- Hakem-bilirkişi sıfatıyla hareket edilmesi gereği;
- Hakem-bilirkişi atanması usulü;
- Hakem-bilirkişi ücreti ve masraflarının nasıl ve kimin tarafından ödeneceği;
- Hakem-bilirkişinin sorumluluğu;
- Hakem-bilirkişinin görevini yerine getirmekte serbest olduğu;
- Hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması için belirli süre;
- Hakem-bilirkişi raporunun nihai ve bağlayıcı olduğu<sup>172</sup>;
- Hakem-bilirkişi raporunda sebep gösterilip gösterilmeyeceği;
- Hakem-bilirkişi raporunda rizikonun değeri gibi bir husus belirlendi ise bu meblağın ne kadar süre içerisinde ödeneceği;
- Hakem-bilirkişi kararlarının iptali sebepleri ve iptal isteminin ne kadar süre içerisinde yapılabileceği;
- Tarafları ve hakem-bilirkişileri bağlayıcı mahiyette hakem bilirkişiliğinin gizli olacağı<sup>173</sup>.

### 2.4.3. Hakem – Bilirkişi Anlaşmasının Şekli

HUMK’nda ve HMK’nda hakem-bilirkişi anlaşmasına ilişkin bir şekil şartı öngörülmemiştir<sup>174</sup>. HMK’nın 193. maddesinde öngörülen delil sözleşmelerine istinaden hakem-bilirkişilik müessesesi kabul edilmiştir. Hakem - bilirkişilik şartı veya sözleşmeleri, 193. maddede öngörülen delil sözleşmelerinin bir örneğini teşkil eder<sup>175</sup>.

### 2.4.4. Ön Hakemlik Yöntemi

Büyük ölçekte uluslararası ticaret yapan taraflar aralarında çıkan her uyuşmazlığı doğrudan tahkim veya dava yoluna götürmek istemeyebilir. Ya da uyuşmazlığın niteliği, aciliyeti gereği delil tespiti, sorunların geçici olarak çözülmesi gerekebilir. İşte bu ve benzer durumlarda taraflar anlaşmış iseler öncelikle ön hakemlik yoluna başvurarak uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilirler.

Ön hakemlik yolu ile taraflar zararları büyümeden, deliller yok olmadan yani sıcağı sıcağına hakemin müdahalesi isterler<sup>176</sup>. Ancak ön hakemlerin verdikleri kararlar geçici olup taraflar kendi rızası ile uymaları gerekir. Taraflar rızası ile ön hakem kararına uymaz ise ön hakem kararı tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar gibi tenfiz ya da infaz edilmesi mümkün değildir. Tarafların rızası ile ön hakem kararına uymaması durumunda ülkelerin milli hakemlerine ya da tahkime başvurularak ön hakemliğin mahiyetinde bulunan konularda karar alınmasını isteyebileceklerdir<sup>177</sup>. Mesela ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz veyahut delil tespiti kararı verilmesi için mahkemelere ya da tahkim yargılamasını yapacak hakeme başvurabilirler.

### 2.5. Sözleşmeye Üçüncü Kişilerin Müdahalesi Yöntemi

Uluslararası ticaretin anayasası taraflar arasında yapılmış olan sözleşmelerdir. Zira uluslararası ticareti düzenleyen ve tarafları bağlayıcı, yaptırım gücü bulunan

<sup>172</sup> YEŞİLİRMAK, a.g.e., s. 38

<sup>173</sup> YEŞİLİRMAK, a.g.e., s. 37.

<sup>174</sup> YEŞİLİRMAK, a.g.e., s. 39.

<sup>175</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 387.

<sup>176</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 241.

<sup>177</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 241.

kurallar bulunmadığı için taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü doğrudan sözleşme çerçevesinde olacaktır. Hatta öyle ki; tahkim ile ilgili yasaların emredici ve kamu düzenini ilgilendirmeyen bölümleri sözleşmelerle bertaraf edilebilir düzenlemelerdir. Yasa koyucular uluslararası ticarete tarafların irade serbestisine oldukça önem verdikleri için yasalarca da sözleşmenin üstün niteliğine açıkça atıfta bulunmaktadır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu incelenirse görüleceği üzere pek çok yerinde : ‘...aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça’ ifadesi de bu görüşümüzü doğrular niteliktedir.

O halde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde sözleşmeler bu kadar önem taşımakta ise taraflarca eksik, hatalı ,muğlak, yoruma muhtaç ya da değişen şartlara uyarlanması gereken sözleşmenin maddelerinde düzenleme yapmak maksadıyla üçüncü kişilere başvurulabilir. Ancak sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesine başvurabilmek için tarafların bu konuda anlaşması şarttır<sup>178</sup>. Taraflarca yapılacak anlaşmada sözleşmenin üçüncü kişi tarafından müdahale edilebileceği sınırları da çizilebilir. Taraflar üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi konusunda anlaşmış ise üçüncü kişiler taraflarca seçilebileceği gibi tarafların seçtiği bir kurum tarafından da seçilebilir.

Bu konuda MTO bünyesinde “akti münasebetleri düzenleme komitesi” (The Standing Committee for Regulation of Contractual Relations) uluslararası ticarete ihtiyaçlar çerçevesinde kurulmuştur<sup>179</sup>.

Sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesi ile sözleşmede geçen terimler yorumlanır, hatalar giderilir ve sözleşme değişen şartlara uyarlanabilir. Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi sonucunda verdiği kararların öneri ya da bağlayıcı nitelikte bulunduğu kararlaştırılabilir. Bağlayıcı nitelikte kararlar sözleşmenin birer maddesi olarak tarafları bağlar. Mahkeme ya da tahkim sırasında hakim ya da hakemleri bağlar<sup>180</sup>.

## **2.6. Uyuşmazlıkların Tahkim Yöntemi ile Çözülmesi (4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Tahkim)**

### **2.6.1. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlüğe Girmesi ve Etkisi**

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarihli R.G.’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. MTK yürürlüğe girmeden önce 14.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Anayasa değişikliğine kadar Türkiye’de milletlerarası tahkimi düzenleyen spesifik metinler bulunmamaktaydı.<sup>181</sup> Anayasa değişikliğini yapma ihtiyacında ise Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E. ve 1995/23 K. sayılı kararı ile “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili tahkim yoluna gidilemeyeceği” yönündeki kararı etkili olmuştur.<sup>182</sup> Uluslararası şirketler Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı sebebiyle Türkiye’de yatırım yapmaktan kaçınmaktaydı. Zira otoyol, baraj veya köprü gibi büyük yatırımları yapacak uluslararası şirketler uyuşmazlık çıktığında devletin menfaatini üstün tutabilecek ulusal mahkemelerde yargılama yapılmasını istemedikleri için Türkiye’de yabancı yatırımlar artmıyordu. Bunun üzerine 4446 sayılı Kanunla Anayasa değişikliği ile Anayasanın 125/son fıkrasına :”kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi

<sup>178</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 240.

<sup>179</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 240.

<sup>180</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 240.

<sup>181</sup> KALPSÜZ, Turgut: Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında İç Tahkim (m411-448) Paneli, Ankara, 2007, s. 5.

<sup>182</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 8.

öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” maddesi eklenmiştir.

Ne var ki; 4446 sayılı Kanunla Anayasa değişikliği daha çok kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmeleri için yapılan bir değişikliktir. Bu değişiklikten önce de ‘milletlerarası ticari tahkime’ ilişkin birtakım uluslararası sözleşmeler imzalanmış ve yürürlükteydi. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin esasları belirleyen 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa(Cenevre) Sözleşmesi 23.09.1991 tarihli RG.’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş, yine yabancı hakem kararının tenfizini düzenleyen 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 25.09.1991 tarihli R.G.’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktaydı.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 1.maddesinde de belirtildiği gibi niteliği gereği “milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları” düzenleyen daha çok usul kanunudur. Bilindiği gibi usul kuralları yürürlüğe girdiği andan itibaren daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklar ile yürürlük tarihinden sonra çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Öyleyse MTK’nın yürürlüğe girdiği 05.07.2001 tarihinden önceki uyuşmazlıklara uygulanması gerekir. Bir başka ifade ile bir usul kanunu olan MTK “kazanılmış haklara helal getirmeksizin” geçmişe yürütülerek uygulanabilmelidir.

Ancak Yargıtay MTK’nın geçmişe etkili olarak uygulanabileceği görüşünü kabul etmemektedir. Yargıtay 15.H.D. 10.10.2001 tarih ve 2002/2760 E. ,2002/4528 K. sayılı Kararında: ”Tahkimde tarafların iradesinin esas olması; tarafların 06.12.1987 günlü sözleşmelerinin 80. ve 67/I. maddelerinde iradi tahkim seçiminin yapılması ve o tarihteki mevzuat uyarınca anlaşmazlıkların çözümünün kararlaştırılması; sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih hakkında ayrı ve özel hüküm bulunmadığından, Kanunun 05.07.2001 tarihinden sonraki uyuşmazlıklara uygulanması; daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise, tarafların serbest iradeleri ile o tarihteki mevzuatı seçtiklerinin kabul edilmesi; HUMK’a tabi olarak verilen hakem kararının uygunluğunun temyiz yoluyla denetlenmesi”<sup>183</sup> gerektiğine karar vermiştir.

## 2.6.2. Kanunun Uygulama Alanı

### 2.6.2.1. Taraflarca Kanunun Uygulanmasının Kararlaştırılması

Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanını düzenlerken tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar hakkında kanunun uygulanacağı düşünülmüş ve yabancılık unsuru Kanunun 2. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun sadece bu hali ile kabul edilmiş olsaydı Türkiye’de yabancılarla tanınan Milletlerarası Tahkim imkanı Türk vatandaşlarına tanınmamış olacaktı.<sup>184</sup> Bu sebeple M.T.K.’nın 1. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere:” Doğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tâbi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbesttirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tâbi kılacakları gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir.” denilmektedir.

O halde tahkim yeri Türkiye olmasa ya da tahkim yabancılık unsuru taşımasa bile taraflar aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklara MTK hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Ya da hakem veya hakem kurulu tarafından

<sup>183</sup> EKŞİ, Nuray: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, 2009, s. 3-4.

<sup>184</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 27.

tarafarca aksi kararlaştırılmamış ise uyuşmazlığın çözümünde MTK'nın uyuşmazlığa uygulanması kararlaştırabilir.

MTK'nın 1. maddesinde yer alan bu düzenleme iç tahkimi düzenleyen "Yargılama usulünün belirlenmesi" başlıklı H.M.K. 424. maddesinde : " Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu kısmın hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu bir şekilde yürütür." denilmektedir. Böylelikle MTK ile HMK hükümleri arasında paralellik sağlanmıştır.

İç tahkimi düzenleyen mülga HMUK'ta bu konuda düzenleme olmaması ve MTK'nın sonraki tarihli kanun olması sebebiyle taraflarca ya da hakem veya hakem kurulunca MTK'nın uyuşmazlığa uygulanacağı kararlaştırıldığı takdirde HMK'nın emredici kurallarının taraflar ya da hakem veya hakem kurulu tarafından bertaraf edilebileceği kabul edilmekteydi.<sup>185</sup> O halde HMK 424.maddesinde "emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile" ifadesi yer aldığına göre uyuşmazlığa uygulanmak üzere MTK'nın seçilmesi halinde HMK'nın emredici hükümleri ne olacaktır? HMK'nın usul kanunu olması ve sonraki tarihli kanun olması sebebiyle yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklara kazanılmış haklara zarar vermemek kaydı ile uygulanacağını söyleyebiliriz. Bu durumda HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte iç tahkimin kapsamına giren bir uyuşmazlıkta MTK'nın uygulanacağı kararlaştırılsa dahi HMK'nın iç tahkimi düzenleyen emredici kuralları taraflarca bertaraf edilemeyecektir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkime ilişkin verilen kararlar Yargıtay tarafından esastan incelenmek üzere temyiz edilebiliyordu. Halbuki MTK çerçevesinde verilen kararlar hakkında sadece iptal koşulları var ise kararın iptali istenebiliyor ancak kararın esastan denetimi yapılamıyordu. İç tahkimin yargılamasının Yargıtay tarafından esastan denetlenmesi sebebiyle tahkimle amaçlanan irade serbestisi ortadan kaldırılıyordu. Bu sebeple iç tahkime ilişkin konularda taraflarca MTK'nın uygulanması kararlaştırılarak mülga HUMK hükümleri bertaraf ediliyordu. Ancak yürürlüğe giren HMK hükümleri MTK ile paralel doğrultuda düzenleme yapmış olmasından ötürü artık iç tahkimde verilen kararlar hakkında da iptal yoluna gidilebileceğinden Yargıtay'ın iç tahkim yönünden de verilen tahkim kararını esastan inceleyemeyeceği kabul edilmelidir.

### **2.6.3. Yabancılık Unsuru Taşıyan ve Tahkim Yerinin Türkiye Olarak Belirlendiği Uyuşmazlıklar**

#### **2.6.3.1. Genel Olarak**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinde hangi hallerde uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı belirtilmiş ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan doğan tahkimin milletlerarası tahkim niteliği kazanacağını hükme bağlamıştır. Başka bir ifade ile kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi "Tahkime milletlerarası nitelik kazandıran yabancılık unsurları" açıklanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önce hangi tahkimin milletlerarası tahkim sayılacağı ya da yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğine dair hukukumuzda doğrudan herhangi bir tanım bulunmamaktaydı. 26775 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 1. maddesinde "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk" olarak kanunun kapsamını belirtse de kanunda yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği tanımlanmamıştı. Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de yapılan Avrupa Sözleşmesi'nin "Sözleşmenin Tatbik Alanı"

<sup>185</sup>

AKINCI, a.g.e., s. 58.

başlıklı 1.maddesinde :”milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki” hakemlik anlaşmasını belirleyerek sözleşmenin kapsamında yeterli olmayacak şekilde dolaylı olarak yapılmış bir tanım olduğu ileri sürülebilir.<sup>186</sup> Öğretide yabancılık unsuru “bir hukuki ilişki veya olayı, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsur”<sup>187</sup> şeklinde tanımlanmaktaydı.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte “yabancılık unsuru” kavramı açıklığa ulaştığı gibi milletlerarası tahkim’den ne anlaşılması gerektiği de kanunumuzda tanımlanmıştır. Buna göre Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesi gereğince tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve Kanununun 2. maddesi kapsamında yabancı unsurlu sayılan uyuşmazlıklara Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bu görüşün aksine KALPSÜZ’e göre uyuşmazlığın:”Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girmesi için uyuşmazlığın sadece 2.madde manasında yabancılık unsuru taşımasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki, bu maddede uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması için alternatif olarak mevcudiyeti gerekli hallerden biri mevcut olduğu ve mesela, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri ayrı ayrı devletlerde bulunduğu takdirde, tahkim yerinin Türkiye’de olup olmamasına bakılmaksızın, uyuşmazlığın çözümü Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girecektir. 2. maddede milletlerarası tahkim tanımı ile değil, Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanı ile ilgili olduğundan, bu maddede alternatif olarak sayılmış olan hallerden birinin varlığında tahkimin milletlerarası nitelik kazanacağını ifade edilmiş olması hatalıdır. 4686 s.lı Kanun milletlerarası tahkimin tanımını, ilmi ve kazai içtihatlarla bırakmıştır; sadece Kanunun uygulama alanını düzenlemiştir. Buna göre 2.maddenin I. fıkrasının ilk cümlesinin 2.kısımının ‘ve bu durumda tahkime Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanır’ şeklinde kaleme alınmış olması icap ederdi”<sup>188</sup> demektedir.

Ancak KALPSÜZ’ün “tahkim yerinin Türkiye’de olup olmamasına bakılmasının uyuşmazlığın çözümü Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girecektir” görüşü kabul edilemeyecektir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesinde açıkça “yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. KALPSÜZ kanunun düzenlemesini hatalı olarak bulmuş olsa da kanunun düzenlemesinden tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda da Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanacağı anlamı çıkarılamayacaktır.

### **2.6.3.2. Tarafların Yerleşim Yeri Veya Olağan Oturma Yeri Ya da İşyerlerinin Ayrı Devletlerde Bulunması**

#### **2.6.3.2.(1). Ayrı Devletlerde Bulunması**

Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı gösterilecektir. Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri kavramlarının belirlenmesinde ülkelere göre farklılık arz eden tanımlamalar bulunabilir. Böyle bir durumda kanunlar ihtilafı hukukumuzda göre Türk Mahkemelerinde görülmekte olan bir

<sup>186</sup> TURHAN, T./BAYRAKTAROĞLU, G./SİRMEN, S./ERTEN, R: Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler, Ankara, 2011 s. 43.

<sup>187</sup> AKINCI, a.g.e., s. 60.

<sup>188</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 18-19.

davada bu kavramlar hakimin hukukunun (lexfori) uygulanması ile sonuçlandırılacaktır.<sup>189</sup>

Tarafların herhangi bir devletin vatandaşı ya da vatansız olmaları başka bir ifade ile milliyetleri yabancılık unsurunun belirlenmesinde etkili olamaz. Milletlerarası Tahkim Kanununun aradığı şart tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunmasıdır.

Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinden herhangi biri farklı devlette bulunması uyumsuzluğa yabancılık unsuru kazandıracaktır. Bu konuda yerleşim yeri olmazsa olağan oturma yeri o da olmazsa işyerlerinin farklı devlette olması kanun tarafından aranmamıştır. Zira kanunda kullanılan “veya” , “ya da” gibi bağlaçlardan yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerinden herhangi birinin farklı devlette olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır.<sup>190</sup>

Uyumsuzluk çıktığında yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin hangi andaki durumunun gözetileceği hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>191</sup> Milletlerarası Tahkim Kanununda bu husus belirtilmemiş olmakla birlikte MÖHUK’un “değişken ihtilaflar” başlığı altında 3.maddesinde bu husus düzenlenmiştir.” Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.” O halde tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri dava tarihine göre belirlenecektir. Yabancılık unsurunun belirlenmesi dolayısıyla Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanıp uygulanmayacağına tespiti yetkili hukuku tespit etmek anlamına geleceğinden dolayı bu görüşe katılmaktayız.

Diğer görüşe göre<sup>192</sup> tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri zamanla değişebilir. Ya da taraflardan biri Milletlerarası Tahkim Kanunun uygulanmasını engellemek amacıyla diğerinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri devletine taşınabilir, böylece tarafların tahkim sözleşmesi yaptıkları sırada uygulanacak hukuk açısından oluşan iradelerine aykırı bir durum ortaya çıkabilir. Buna benzer durumda tahkim sözleşmesi yapıldığı andaki tarafların öngörü ve iradelerinden farklı sonuçlar doğabilir. Bu sebeple tarafların tahkim sözleşmesini yaptıkları sırada tahkim sözleşmesine yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri yazarak uygulanacak hukuku dolaylı yoldan belirlemiş olduklarının kabul edilmesi gerekir. Tahkim sözleşmesinin yapılma anında kabul edilip, geçen yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri adresleri belirlenmelidir. Bu görüşün haklı yanları olsa da MÖHUK 3.maddenin açık hükmü karşısında Türk Mahkemeleri için dava anındaki yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerine göre yabancılık unsurunun tespitinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

#### **2.6.3.2.(2). Tahkim Yerinden Başka Bir Devlette Bulunması**

Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması tahkimin yabancılık unsuru taşıdığını gösterecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 9.maddesine göre tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır.

<sup>189</sup> AKINCI, a.g.e., s. 61.

<sup>190</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s.20.

<sup>191</sup> AKINCI, a.g.e., s. 62.

<sup>192</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 20.



Tahkim yeri taraflarca tahkim sözleşmesi ile ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların anlaşması ile kararlaştırılabilir. Ya da taraflarca tahkim sözleşmesi ile kurumsal tahkim yolu tercih edilmiş ise kurumsal tahkime ilişkin kurallar işletilecektir<sup>193</sup>. Mesela tahkim sözleşmesinde tahkim kurumu olarak İstanbul Ticaret Odası belirlenmiş olabilir. Bu durumda 13.9.1979/15 sayılı Oda Meclisi Kararı gereğince İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem-Bilirkişi Yönetmeliğinin 24.maddesi gereğince hakem heyetinin toplantı yeri İTO'nun bulunduğu yer yani İstanbul'dur.<sup>194</sup> O halde kurumsal tahkim olarak İstanbul Ticaret Odası kabul edilmiş ise tahkim yerinin Türkiye olduğu kabul edilecektir.

Bu konuda taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Her iki tarafın mı yoksa taraflardan sadece birinin mi yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olması gerektiği hususu akla gelebilir. Kabul edilen görüşe göre<sup>195</sup> kanunumuzda bu konuda açıklama olmamakla birlikte İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu gereğince de taraflardan sadece birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olması yeterli olacağından Türk hukuku için de aynı sonuca varılmalıdır.<sup>196</sup> Zira aksi durumda kanun eliyle yabancılık unsurunun gerçekleştirilmesinin zorlaştırılması söz konusu olacaktır.

### **2.6.3.2.(3). Asıl Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin Önemli Bir Bölümünün İfa Edileceği Yerden veya Uyuşmazlık Konusunun En Çok Bağlantılı Olduğu Yerden Başka Bir Devlette Bulunması**

Bu durumda ise tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir.

MÖHUK'un 24. maddesine göre de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, MÖHUK'un kabul ettiği sistemi benimsemiştir. Ancak "yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yer" veya "uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yer" kavramları esasa ilişkin kavramlar olduğu ilk bakışta anlaşılacak ve tespit edilebilecek kavramlar değildirler. Buraya kadar anlattığımız yabancılık unsurları ilk bakışta anlaşılabilen ve tartışma yaratmayacak unsurlardan oluşan şekli unsurlardır. Burada belirtilen unsurların tespiti için ise öncelikle sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Hatta bazı durumlarda yabancılık unsurunun var olup olmadığını belirlemek için yargılama sonucunu beklemek bile gerekebilecektir.<sup>197</sup>

<sup>193</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 21.

<sup>194</sup> TURHAN, a.g.e., s. 124.

<sup>195</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 20 ; AKINCI, a.g.e., s. 62.

<sup>196</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 20.

<sup>197</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 22.

### 2.6.3.3. Yabancı Sermaye ve Yabancı Kredi

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 halinde tahkim yabancılık unsuru taşıyacaktır.

Bu madde ile kabul edilen yabancılık unsuru kriteri Milletlerarası Özel Hukukumuzda esasen kabul edilmemiş bir kriterdi. Milletlerarası Özel Hukukumuz şirketlerin nereden sermaye getirdiği ile ilgilenmemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilinceye kadar Milletlerarası Özel Hukukumuzda göre ancak şirket merkezinin farklı bir devlette bulunması şirkete yabancılık unsuru kazandırabilmekteydi. Hal böyle olunca da yabancı bir kişi tarafından yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulmuş bir şirkette ve uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu kabul edilmemekteydi.<sup>198</sup> Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunumuz ile yabancı sermaye getirme veya yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması halinde yabancılık unsurunun varlığı kabul edilecektir.

“Yabancı sermaye getirmiş olma” kıstasına göre asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından sadece biri tarafından yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermayeyi getirmesi gerekmektedir. Burada yabancı sermayenin sadece şirket tarafından getirilmesi buna mukabil gerçek kişi ya da şirket olmayan tüzel kişi tarafından getirilmesinin kabul edilmemesi şartı eleştirilmektedir.<sup>199</sup> Gerçekten kanun koyucunun burada hatalı ifade kullanarak kanunun amacından ayrılmış olduğunu düşünüyoruz.

Kanun koyucu ancak yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre getirilen yabancı sermayelerde yabancılık unsurunun varlığını kabul etmiştir. Burada yabancı sermayeyi teşvik mevzuatından kasıt Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’dur. Ancak Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple yasada yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına yapılan atıftan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu anlaşılacaktır.

“Yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri” yapılmasının gerekli olması kriteri ile yabancı sermayenin ülkemize girişinin sağlanması amaçlanmıştır. Zira pek çok yabancı şirket günümüzde yabancı yatırım kuruluşlarından kredi ve teminat kullanarak işlerini yapmaktadır. Bu şirketlere kolaylık sağlanması için bu kriter kabul edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/4.maddesindeki tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi düzenlemesinin varlığı bu kriteri içinde eritmesi sebebiyle düzenlemenin gereksiz olduğu yönünde doktrinde bu kriter eleştirilmektedir.<sup>200</sup>

Yargıtay 11.H.D. 24.02.2006 tarih ve 2005/3953 E. ,2006/1858 K. Sayılı kararında: 21.6.2001 gün ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinde, bu Kanun’un, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yabancılık unsuru ise, aynı Yasa’nın 2(3). maddesinde tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarının 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

<sup>198</sup> AKINCI, a.g.e., s. 65.

<sup>199</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 23.

<sup>200</sup> AKINCI, a.g.e., s. 65.

sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması olarak tanımlanmıştır. Dava konusu sözleşmeye taraf olan davalı anonim şirketin %99 hissesinin İngiltere - Virgin Adaları'nda mukim Ottoman Oil Ltd. şirketine ait olduğu ve bu şirketin davalı şirkete iştirak payı olarak 20.12.2002 tarihinde 58.000 USD gönderdiği tartışmasız olup, 4686 sayılı Yasa'nın 2/3.maddesinde tanımlanan yabancılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu anlaşılmaktadır.<sup>201</sup>

“Yabancı sermaye getirmiş olma” veya “Yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri” yapılması konusundaki her iki kriterde de getirilecek sermayenin ya da kredi ve güvence sözleşmelerinin miktarının belirtilmemesi hususu doktrin tarafından eleştirilmektedir.<sup>202</sup> Zira bu durumda çok küçük yabancı sermaye getirilmesi veyahut kredi veya güvence sözleşmeleri yapılması ile dahi yabancılık unsurunun kazanılması şimdiki durumda mümkün olacaktır. Kanaatimizce yasaya miktar konusunda belirli oranlamalar konularak bu durum düzeltilebilecektir.

#### **2.6.4. Ülkelerarası Mal ve Sermaye Geçişi**

Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirilmesi yabancılık unsurunun varlığını gösterecektir.

Uygulamada uluslararası ticaret denilince ilk aklın gelen “uluslararası mal ve sermaye geçişi” dir. Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmeden önce hukukumuzda bu derecede geniş kapsamlı yabancılık unsuru kabul edilmemişti. Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte yabancılık unsurunun kapsamı genişletilmiştir. Zira bu kriter yabancılık unsurunun kapsamını genişletmesinin yanında kısmen diğer yabancılık unsurlarını da kapsamaktadır. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanununun 2(3). maddesinde belirtilen yurtdışından yabancı sermaye ve kredi getirme unsuru da sermaye geçişi anlamındadır.

Ülkelerarası mal ve sermaye geçişi unsuru “mal ve sermayenin” sınırları aşmasını ifade eder.<sup>203</sup> Bir sözleşmede mal ve sermaye geçişinin bulunup bulunmadığı kural olarak esasa ilişkin bir kriterdir. Dolayısıyla ilk bakışta anlaşılması mümkün değildir. Zira burada “tahkim prosedürü ile bağlantılı unsurların değil, fakat taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinin sosyal ve ekonomik karakterinin esas alınmasının daha yararlı olacağı”<sup>204</sup> düşüncesinden kaynaklanan bir düzenleme söz konusudur.

#### **2.6.5. Kanunun Konu Bakımından Uygulanması**

Kanunun konu bakımından uygulaması Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesi IV fıkrasında: “Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz. Türkiye Cumhuriyetinin Taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır” hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu konuyu üçe ayırarak incelemek gerekmektedir.

##### **2.6.5.1. Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar**

Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce “tahkime

<sup>201</sup> EKŞİ, a.g.e., s. 9-10-11.

<sup>202</sup> AKINCI, a.g.e., s. 66.

<sup>203</sup> AKINCI, a.g.e., s. 66.

<sup>204</sup> AKINCI, a.g.e., s. 66.

elverişlilik” şartı mı yoksa sadece “kanunun uygulama alanı dışında” olan bir konumu olup olmadığı tartışmalıydı.

Bir görüşe göre<sup>205</sup> taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlilik şartı değildir. Başka bir ifade ile taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime konu olabilirler.<sup>206</sup> Ancak tahkime konu olduklarında haklarında Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmayacaktır. Bu görüşü savunanlar konuyu düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.madde başlığı olan “amaç ve kapsam” ifadesinden tahkime elverişlilik şartının bu maddede düzenlendiği kabul edilemez. Yine bu görüşü savunanlara göre Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önce şu anda yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 518.maddesinden yola çıkarak taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı yönünde pek çok Yargıtay Kararı bulunmaktaydı.<sup>207</sup> Ayrıca bu görüşü savunanlara göre yürürlükten kalkan HUMK’un 518. maddesinde Türk hukukunda “tahkime elverişliliği” düzenlerken taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan bahsedilmemiş olması Türk hukukunda taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebileceğini göstermektedir.

Diğer görüşe göre<sup>208</sup> ise Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin başlığı her ne kadar “amaç ve kapsam” olsa ve kanunun lafzından bu şartın “tahkime elverişlilik” şartı olmadığı gibi anlaşılabilir da kanunun amacından bu anlamın tersi sonuca ulaşmak mümkündür. Kanun koyucu “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Kanun’un metninde de açıkça ifade edildiği üzere, sadece Türkiye’de bulunan taşınmazla ilgili bir uyuşmazlığın, Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesi uyarınca tahkime elverişli olmadığı ileri sürülemeyecektir”<sup>209</sup> denilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmekle bu tartışmalara son verildiğinin düşünülmesi gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu “Tahkime elverişlilik” başlıklı 408.maddesinde : “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” şeklinde düzenleme yapmıştır. Böylece Türk Hukukunda iç tahkimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı açıkça belirtilmiştir. Ancak daha da önemlisi bu kanunun 408.maddesinin gerekçesinde: “Ayrıca bu maddeye, Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir” denilmiştir. Bu durumda yasa koyucu tarafından da taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlık hakkındaki Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin III. fıkrasının kanunun uygulama alanı ile ilgili değil, tahkime elverişlilikle ilgili olduğu kabul edilmiştir.

#### **2.6.5.2. İki Tarafın İradesine Tabi Olmayan Uyuşmazlıklar**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinde belirtilen “iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların” ise tahkime elverişlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda tarafların iradesine tabi olmayan tüm uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması yapılması ve karar verilmesi mümkün değildir. Tarafların iradesine tabi olmayan bir uyuşmazlıkta tahkim yoluna gidilmesi durumunda “tahkime elverişsizlikten” dolayı

<sup>205</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 24.

<sup>206</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 25.

<sup>207</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 30.

<sup>208</sup> AKINCI, a.g.e. s., 73-74.

<sup>209</sup> AKINCI, a.g.e. s. 74.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/2/a maddesi mucibince tahkim kararı iptal edilecektir.

Tarafların iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönündeki düzenlenmenin kanunumuzda yer almasını gereksiz bulanlar mevcuttur. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun 17. maddesi gereğince bu kanunda düzenlenmeyen konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri uygulanacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 518.maddesinde de bu konu tahkime elverişsizlik olarak düzenlendiğinden Milletlerarası Tahkim Kanununda bu yönde düzenleme yapılmasaydı bile yine de tarafların iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür.<sup>210</sup>

### 2.6.5.3. Saklı Tutulan Milletlerarası Anlaşmalar

Anayasanın 90.maddesinde : “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmaz” denilmektedir. Buna göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların Milletlerarası Tahkim Kanunundan hiçbir farkı bulunmamaktadır. Hatta Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin son fıkrasında: “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı tutan Milletlerarası Tahkim Kanuna göre aynı konu milletlerarası antlaşmalarda da düzenlenmiş olabilir. Bu durumda uyuşmazlık konusu Milletlerarası Tahkim Kanuna göre daha özel durumda bulunan milletlerarası antlaşmaların konusuna girecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu doğrudan ilgilendiren başlıca çok taraflı sözleşmeler:21 Nisan 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa(Cenevre) Sözleşmesi,<sup>24</sup> Haziran 1987 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New York Sözleşmesidir.

Ayrıca Türkiye ile bazı ülkeler arasında akdedilmiş bulunan ‘‘Yatırımların Karşılıklı Korunmasına İlişkin Anlaşmalar’’da da, uluslararası tahkime cevaz veren düzenlemelere rastlanılmaktadır. Örneğin:27 Mart 1986 tarihinde akdedilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Anlaşma,13 Kasım 1990 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin anlaşma gibi.

### 2.6.6. Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 18.maddesine göre kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 21.06.2001 yılında kabul edilmiş ve 24453 sayılı 05.07.2001 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 05.07.2001 tarihinden önce imzalanmış bir tahkim sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı uygulamada tartışılmaktadır. Yine Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesi sırasında çıkmış uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 31.

<sup>211</sup> EKŞİ, a.g.e., s. 1.

Yargıtay'ın kararlarına göre Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarihinden önce imzalanmış bir tahkim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır. Yargıtay 15.H.D. 27.05.2002 tarih ve 2002/4007 E. ,2003/876 K. Sayılı kararında özet olarak:"1993 tarihli sözleşmenin 'anlaşmazlıklar' başlıklı 45.maddesinde, anlaşmazlıkların çözümünde sözleşme hükümlerinin ve Türk Mevzuatının esas alınacağına kararlaştırılması; hakem kurulunun 26.10.2001 tarihli ilk toplantısında, sözleşmede yabancılık unsuru bulunması sebebiyle 4686 sayılı Kanunun dördüncü bölümünde düzenlenen yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi;4686 sayılı Kanun, sözleşme tarihinde yürürlükte olmadığından, bu Kanunun dördüncü bölümünün uygulanmaması;4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan sözleşmeler yönünden, şartları varsa, uygulanması;23.12.1993 tarihli sözleşmeye ilişkin hakem kararına karşı 4686 sayılı Kanuna istinaden iptal davasının açılmaması"<sup>212</sup> şeklinde Yargıtay 15.H.D. 13.11.2002 tarih ve 2002/4900 E. ,2002/5118 K. Sayılı kararında özet olarak:"Taraflar arasında 06.12.1987 tarihinde yapılan sözleşmenin 67.maddesinde tahkim yolunun seçilmesi ;sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda bir geçiş hükmü bulunmadığından bu Kanunun 05.07.2001 tarihinden sonraki tarihi taşıyan uyuşmazlıklar hakkında uygulanması; daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise HUMK'un uygulanması; mahkeme tarafından verilen hakem tayinine ilişkin kararın HUMK'un 520.maddesi yerine ,4686 sayılı Kanunun 7.maddesine göre değerlendirilmesinin temyiz sebebi olması"<sup>213</sup> şeklinde karar verilmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşü doktrin tarafından kabul edilmemektedir.<sup>214</sup> Zira Yargıtay Milletlerarası Tahkim Kanunu maddi hukuk çerçevesinde görmektedir. Halbuki, Milletlerarası Tahkim Kanunun 1.maddesinde kanunun amacının milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslarını düzenlemek olduğu belirtilmiş ve kanunun içeriği incelendiğinde usule ilişkin kurallardan oluştuğu görülmektedir.

6100 sayılı "Zaman bakımından uygulanma" başlıklı HMK 448.maddesine göre "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır" hükmü ile mahkemelerin usul kanunu olan HMK'ü daha önce doğmuş veya devam eden uyuşmazlıklara da uygulanacağını kararlaştırmıştır. Tamamlanmış işlemlere uygulanamayacağını kararlaştırılmış olmasının sebebi ise kazanılmış haklara helal getirilmek istenmemesi düşüncesidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da HMK gibi usul kanunu olduğu için yürürlüğe girdikten sonra tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanması gerekir. Aksi takdirde yukarıda 1987 ve 1993 yılında tahkim sözleşmesi yapılmış bulunan ancak yıllardır uyuşmazlık çıkmadan bugüne kadar gelmiş olan uyuşmazlıklara kanun yürürlüğe girmemiş gibi kabul edilerek yeni HMK uygulanmak üzere tahsis edilecektir.<sup>215</sup> Yeni HMK 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmekle mahkemeler tarafından uyuşmazlıklara derhal uygulanabildiğine göre Milletlerarası Tahkim Kanunu da 05.07.2001 tarihinden itibaren devam eden ve önceki tarihli uyuşmazlıklara derhal uygulanabilmelidir. Zira aksi kabul edildiğinde kanun bugün on yılı aşkın bir süredir yürürlükte olmasına rağmen otuz yıllık bir sözleşmeye Milletlerarası Tahkim Kanunu dururken 6100 sayılı HMK'un uygulanması kararlaştırılacaktır.

Tahkim anlaşması ile taraflar uyuşmazlığın çözülmesi konusunda ad hoc ya da kurumsal tahkim ile üçüncü kişileri yetkilendirmektedir. Bu sözleşmenin esasa uygulanacak hukuk ile ilgisi yoktur. Tahkim anlaşması ile uyuşmazlığın çözüm yolu

<sup>212</sup> EKŞİ, a.g.e., s. 1.

<sup>213</sup> EKŞİ, a.g.e., s.7.

<sup>214</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 32,33,34; AKINCI, a.g.e., s. 70, 71.

<sup>215</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 33.

kararlaştırılmaktadır. Tahkimin usulü konusunda taraflarca bir anlaşma yapılmış ise Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince o usule uyulacaktır. Taraflar anlaşmamış iseler Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesinde de belirttiği gibi Kanun tahkimin usulüne ilişkin esasları belirlemektedir. Ayrıca tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin esas sözleşmenin geçerliliği şartından bağımsız olduğu da geniş bir kesim tarafından kabul edilmektedir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesini taraflar yaparken Milletlerarası Tahkim Kanunun yürürlüğe girmesini öngörmemeleri tarafların her hangi bir hak kaybetmesine neden olmayacağı için Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önceki uyuşmazlıklara da uygulanabilmelidir. Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanununun milletlerarası tahkime ilişkin değişen ihtiyaçları karşılamak için UNCITRAL model kanunu çerçevesinde hazırlanmış olduğu düşünüldüğünde uygulanması taraf menfaatlerine daha uygun düşecektir.

### 2.6.7. Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3 maddesinde “kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme” belirlenmiştir. Yoksa kanunda tahkime ilişkin konularda devlet mahkemelerine de başvurulabileceği için görevli ve yetkili mahkeme belirlenmemiştir. Nitekim 3.maddenin 2. fıkrasında “Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler” hükmü getirilmiştir. Bu fıkra ile tahkime ilişkin konularda devletin mümkün olduğunca az müdahale etmesi amaçlanmıştır.<sup>216</sup> Dolayısıyla tahkime ilişkin konularda Milletlerarası Tahkim Kanunda mahkemelere müdahalede bulunma yetkisi verilmemiş ise mahkemelerin müdahalede bulunması söz konusu olamayacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde mahkemelerin müdahalede bulunmasının gerekli olması durumunda taraflarca başvurulması gereken mahkemenin belirlenmesi hususu tahkimde görevli ve yetkili mahkemenin konusunu oluşturmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesine göre davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi görevli ve yetkilidir. Davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

Kanunun “görev ve yetki” konusundaki yazılış biçimi hatalıdır. Zira davalının yerleşim yeri, oturma yeri, işyerinin bulunduğu yer, Türkiye’de yerleşim yeri yoksa olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul mahkemesinin yetkili olması yönündeki düzenlemesi yetkiye ilişkin bir açıklamadır. İlk fıkrada yetkili mahkeme tanımlanırken ikinci fıkrada “görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi”dir denilerek ayrıca görev konusu düzenlenmelidir.

### 2.6.8. Tahkim Anlaşması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesinde Tahkim anlaşması; “tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi tahkim yoluna gidebilmek için tahkim anlaşması yapılması zorunludur.<sup>217</sup>

<sup>216</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 35.

<sup>217</sup> AKINCI, a.g.e., s. 80.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi için tarafların gerçek iradelerinin bu yönde olması şarttır. Bu sebeple tahkim sözleşmesinde tahkim iradesi açıkça belirtilmelidir. Yargıtay 13.H.D. 12.04.2006 tarih ve 2006/521 E. ,2006/5446 K. Sayılı kararında: "hemen belirtmek gerekir ki, kural bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir tahkim şartı koymak istediklerini başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir"<sup>218</sup> denilmiştir.

Tarafların aralarında açıkça tahkim sözleşmesi yapmak yerine içinde tahkim şartını barındıran "standart terimler, kurallar veya tip sözleşmelerine"<sup>219</sup> atıf yapmaları durumunda tahkim anlaşması yine de geçerli olacaktır. Böyle bir durumda taraflar arasında açıkça yapılmış tahkim anlaşması mevcut değildir ancak atıfta buldukları belge veya kurumlar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini öngörmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. maddesinin 2.fikrasında da bu durum "asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır" denilerek tahkim anlaşmasının bu durumda varlık kazandığı düzenlenmiştir.

Tarafların aralarındaki tüm uyuşmazlıklarda tahkime gidileceğini kararlaştırması geçersizdir. Zira "belli bir ilişkiye atıf ya da belli birkaç uyuşmazlığa atıf yapmadan"<sup>220</sup> taraflar arasındaki tüm uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılması tahkim sözleşmesini geçersiz hale getirmektedir. Çünkü tahkim istisnai bir yoldur ve mahkemelerin fonksiyonunu genel olarak kaldırma gibi bir fonksiyon üstlenemez. Hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğinin tahkim sözleşmesinde belirtilmesi hakemlerin yetki çerçevesinin belirlenmesi açısından da faydalı olacaktır.<sup>221</sup>

Tahkim anlaşması ile tahkim yoluna gidilemek için uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanması zorunlu değildir. Zira sözleşmeden kaynaklansın ya da kaynaklanmasın mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebilir. O halde haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklarda yahut marka ihlalleri gibi uyuşmazlıklarda da tahkim yoluna gidilebilir.<sup>222</sup> Mesela okyanusta seyrüsefer halinde bir geminin başka bir gemiye çarpması sonucunda kusurlu tarafın diğerine haksız fiilden dolayı tazminat ödemesi istemli uyuşmazlık sözleşmeden kaynaklanmayan ve tahkim yolu ile çözülebilecek bir hukuki ilişkidir.

Cenevre sözleşmesinin I/2-a bendine göre tahkim anlaşması iki şekilde yapılabilir. Asıl sözleşmeye tahkim şartı konularak tahkim yoluna gidilebileceği gibi asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapılması mümkündür.<sup>223</sup> Milletlerarası Tahkim Kanununun 4/I. fıkrası Cenevre Sözleşmesinin bu yöndeki düzenlemesini aynen tekrar etmiştir.

Tahkim anlaşması yazılı şekil şartına tabidir. Uluslararası ticaret açısından tarafların her zaman bir araya gelerek yazılı tahkim anlaşması yapmaları mümkün olmadığından bu kapsam geniş tutulmuştur. Buna göre tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış kabul edilebilmesi için, taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veyahut elektronik ortama geçirilmiş olması gerekmektedir. Yargıtay 19.H.D. 26.01.1996 tarih ve

218 **AKINCI**, a.g.e., s. 82.

219 **AKINCI**, a.g.e., s. 84.

220 **AKINCI**, a.g.e., s. 83.

221 **AKINCI**, a.g.e., s. 84.

222 **KALPSÜZ**, a.g.e., s. 36.; **AKINCI**, a.g.e., s. 80.

223 **NOMER**, a.g.e., s. 45.; **TURHAN**, a.g.e., s. 44.



1996/6153 E. ,1996/610 K. sayılı Kararında :”...davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının,14.02.1990 tarihindeki telekstekteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir”<sup>224</sup> denilmiştir.

Yazılı şekilde taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasa dahi tahkime ilişkin dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması durumunda da yazılı şekilde yapılmış bulunan tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilecektir. Ayrıca asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacağı kabul edilecektir.

Tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere taraflarca Türk Hukuku seçildiği takdirde Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. maddesi çerçevesinde şekil şartının yerine getirilmesi zorunludur. Aksi takdirde anlaşma geçersiz olacaktır. Ancak tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere farklı bir hukuk sistemini seçmiş olmaları durumunda seçilen hukuk sisteminin şekil şartına göre tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışılacaktır. Bu durumda tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere yazılı şekil şartı aramayan bir ülkenin hukuk sisteminin seçilmiş olması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil şartı aranmayacaktır.<sup>225</sup>

Tahkim anlaşması sadece anlaşmanın taraflarını bağlar. Anlaşmanın tarafı olmayan kişileri bağlamaz. Yargıtay 19.H.D. 11.03.2004 tarih ve 2004/2654 E. ,2004/2603 K. sayılı Kararında özet olarak :”Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşmenin davacı şirket ile davalı M...Corp’a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar”<sup>226</sup> denilmiştir.

Tahkim anlaşması temsilci vasıtasıyla yapılmış ise tahkim anlaşmasının temsilciye teşmil etmesi de düşünülemez. Temsil eden yaptığı işlemler sonucunda temsil edilen hakkında hukuki sonuç doğuracaktır. Ancak temsil edilenin tahkim anlaşması yapabilmesi için bu konuda açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Yargıtay 19.H.D. 24.10.2002 tarih ve 2002/7495 E., 2002/6932 K. sayılı Kararında özet olarak :”Temsilen yapılan işlerde hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişiye teşmil edilemez. Öte yandan, temsilcinin haksız eylemi, uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümlenmesi esas, tahkimin istisnai olması nedeniyle de, tahkimin temsilciye teşmilini haklı kılmaz”<sup>227</sup> denilmiştir.

Taraflar arasında bulunan asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaz. Zira tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsızdır. Yine tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu gerekçesi ile taraflarca itirazda bulunulamaz.

Taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen taraflardan biri uyuşmazlığın çözülmesi konusunda mahkemeye dava açması durumunda diğer tarafın Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince süresinde ve gerekli şartları taşıyacak şekilde ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunması gerekir. Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme davayı usulden reddedecektir. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış ve

<sup>224</sup> AKINCI, a.g.e., s. 95.

<sup>225</sup> NOMER, a.g.e., s. 45.

<sup>226</sup> AKINCI, a.g.e., s. 81.

<sup>227</sup> AKINCI, a.g.e., s. 81.

uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiş olsa dahi tarafların yargılama sırasında uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi konusunda anlaşmaları mümkündür. Bu durumda mahkemece dava dosyası ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilecektir.

## 2.6.9. Tahkim Yeri, Dili ve Süresi

### 2.6.9.1. Tahkim Yeri

Tahkim yeri tahkim yargılamasının yürütüldüğü, hakem veya hakem kurulunun toplandığı ve kararlarının verildiği yerdir.<sup>228</sup> UNCITRAL tahkim kurallarının 16/4.maddesinde “hakem kararı, tahkim yerinde verilmelidir” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek tahkim yerinde hakem kararının verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Tahkim yeri dünyanın herhangi bir ülkesi ve şehri olabilir. İç tahkimde tahkim yeri şehir olarak belirtilirken milletlerarası tahkimde tahkim yeri ülke ve şehir olarak belirtilmektedir. İç tahkimde tahkim yeri hukuki sonuç doğurmaz iken milletlerarası tahkimde tahkim yerinin önemli hukuki sonuçları vardır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesine göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara ancak tahkim yerinin Türkiye olması durumunda Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. Maddesine göre tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden farklı bir devlette bulunması halinde uyuşmazlık yabancılık unsuru kazanacaktır.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yerinin büyük önemi vardır. Zira uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığı, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın tenfiz engellerinin bulunup bulunmadığı gibi konularda da önemli rol oynamaktadır.<sup>229</sup> Nitekim Yargıtay 19.H.D. 15.09.2009 tarih ve 2009/5703 E. ,2009/8256 K. sayılı kararında :”Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çıktığında İngiltere’deki Tahkim Mahkemesine gidileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, uyuşmazlık Paris’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesince çözülmüştür. Hal böyle olunca, öncelikle Londra’da Uluslararası Tahkim Mahkemesi’nin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, var ise uyuşmazlık bu mahkemece çözülmelidir”<sup>230</sup> gerekçesi ile hakem kararının tenfizine karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi’nin 1.maddesi gereğince “tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında” tatbik olunacağı kararlaştırmıştır. O halde New York Sözleşmesi’ne göre hakem kararının tenfiz edilmesi sırasında tahkim yerinden farklı bir ülkede istenecek tenfiz isteminde uygulanacağını kararlaştırılmıştır.

Tahkim yeri taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Tahkim yeri uyuşmazlık doğmadan önce ya da sonra taraflarca kararlaştırılabilir. Taraflar doğrudan tahkim yerini belirleyeceği gibi kararlaştırılan tahkim kurumu ya da ad hoc olarak belirli hakem tarafından da tahkim yeri seçilebilir.

<sup>228</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 40.; AKINCI, a.g.e., s. 126.

<sup>229</sup> AKINCI, a.g.e., s. 126.

<sup>230</sup> CIB , <http://www.corpus.com.tr/>

Yine tahkim yeri, tarafların tahkime uygulanacak kuralların belirlendiği tahkim kurumu kurallarınca da belirlenebilir. Mesela taraflarca Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanacağı kararlaştırılmış ise bu kuralların 14.maddesi gereğince aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yeri divan tarafından belirlenecektir.<sup>231</sup>

Taraflar arasında tahkim yerinin belirlenmesi konusunda bir anlaşma yok ise hakem veya hakem kurulunca tahkim yeri belirlenecektir. Hakem veya hakem kurulu tahkim yerini olayın özelliklerine göre belirleyecektir.

Hakemin veya hakem kurulunun tahkim yerini belirlerken tarafların amaç ve iradelerini de göz önünde bulundurarak milletlerarası tahkime elverişli, usul ekonomisi açısından en uygun yeri seçmeleri gerekmektedir.<sup>232</sup> Milletlerarası tahkime elverişli olmayan bir yerin seçilmesi durumunda uyuşmazlık tahkime elverişsiz olabileceği gibi tarafların uyuşmazlığı tahkim ile çözme iradesine de ters düşen bir durum ortaya çıkacaktır. Zira dünyada İngiltere gibi tahkim yerinin tahkim kurallarını belirleyeceğini kabul etmiş ülkeler bulunmaktadır. Yine tahkim yeri belirlenirken tarafların daha kolay ulaşabileceği, delillerin bulunduğu yerin seçilmesinde usul ekonomisi açısından fayda vardır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 9/2. maddesinde :”Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir.” denilmiştir. Kanun maddesinde geçen “toplabilir” ifadesi karar vermeyi de içerdiğinden doktrin tarafından eleştirilmektedir.<sup>233</sup>

Zira kanun koyucu burada tahkim yerinden farklı bir yerde karar verilmesini amaçlamamıştır. Kanun koyucu duruşma, keşif, tanık dinlenmesi gibi birtakım işlemler için hakem veya hakem kurulunun toplanabileceğini belirtmek istemiştir.

Tahkim yerinden farklı bir yerde karar verilmesi durumunda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin A fıkrasının I. bendinin f alt benti gereğince tahkimin tarafların anlaştığı usul kurallarına ya da kanun hükmüne uygun karar verildiği üzere iptal edilmesi dahi söz konusu olabilecektir.<sup>234</sup>

Ancak gelişen teknoloji ile internet, görüntülü iletişim gibi aletler sayesinde hakemler tahkim yerine gelmeden müzakerelerde bulunabilmekte ve karar vermektedir. Özellikle dosya üzerinden duruşma yapılmaksızın karar verilebileceği durumlarda tahkim yerinde karar verilmediği için kararın iptal edilebileceği kabul olunamaz.<sup>235</sup>

Hakemin veya hakem kurulunun tahkim yerinden farklı bir yerde tarafların haberi olmaksızın toplanması mümkün değildir. Zira hakem veya hakem kurulu tahkim yerinden farklı bir yerde toplanacağını tarafların da katılabileceği uygun bir süre önce taraflara bildirilmelidir.

## 2.6.9.2. Tahkim Dili

UNCITRAL Tahkim Kuralları 17.maddesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10.maddesine göre hakemin veya hakem kurulunun, taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak tayin edilmesinden hemen sonra, tahkimde kullanılacak dili veya dilleri belirler. O halde tahkim için bir veya birden çok dili belirlemek mümkündür. Taraflar arasında anlaşma yok ise tahkim dili hakem veya hakem kurulu tarafından seçilir.

<sup>231</sup> TURHAN, a.g.e., s. 10.

<sup>232</sup> AKINCI, a.g.e., s. 127.

<sup>233</sup> AKINCI, a.g.e., s. 128.

<sup>234</sup> AKINCI, a.g.e., s. 128.

<sup>235</sup> AKINCI, a.g.e., s. 129.

Tahkim dilinin yargılamaya başlamadan, hakem mahkemesinin tayininden hemen sonra yargılamanın “ön koşulu” olarak belirlenmesi gerekmektedir<sup>236</sup>. Tahkim dili olarak belirlenen dil veya diller tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır.

Tahkim dilinin tarafların anlaşması ile ya da hakemlerin konu ile ilgili ara kararında belirtilmesi ile yargılamanın çeşitli aşamalarında farklı olması söz konusu olabilir. Mesela yazılı beyanların sunulmasında farklı bir dil duruşmalarda farklı bir dil kullanılabilir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu model UNCITRAL tahkim kurallarından farklı bir düzenleme ile belirlenecek tahkim diline sınırlama getirmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tahkim yargılaması Türkiye veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi dilinde yapılabilir. Bu düzenleme ile taraflarca aksi kararlaştırılabilen özel hukuk kurumu olan milletlerarası ticari tahkim siyasi bir kavram olan Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerin resmi dili ile sınırlandırılmıştır. Ancak bu durumun diğer yandan çok az kullanılan ya da pek bilinmeyen dillerde tahkim yargılamasının yapılması sırasında anlam güçlüğü ve karmaşasının yaşanması ve karar verildikten sonra kararın tercümesindeki sıkıntıların önüne geçmesi açısından faydalı olduğu da unutulmamalıdır.<sup>237</sup>

Taraflar yargılama sırasında birtakım belgelere dayanabilir ya da delil olarak sunabilirler. Böyle bir durumda hakem veya hakem kurulu taraflarca dayanılan ya da delil olarak sunulan belgelerin tahkim yargılamasında kullanılan dil veya dillerdeki çevirisi ile birlikte kullanılmasına karar verebilir.

### 2.6.9.3. Tahkim Süresi

Tahkim süresi, tahkim sürecinin başlangıcından esas hakkında karar verilinceye kadar geçen süredir. Devletlerin mahkemelerinde de bazı davaların kararının verilmesi için süre konulsa da bu süre tavsiye niteliğindedir. Tahkim süresi ise kesin süredir.

UNCITRAL model kanununda tahkim süresi kararlaştırılmamıştır. Buna mukabil Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları ile mülga HUMK’ta bulunan tahkime ilişkin süreden esinlenen yasa koyucu Milletlerarası Tahkim Kanununun 10. maddesinin B fıkrasında tahkim süresini düzenlemiştir<sup>238</sup>.

#### 2.6.9.3.1. Tahkim Süresinin Belirlenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanununa göre tahkim süresi taraflarca anlaşmak suretiyle belirlenebilir. Taraflarca belirlenmemiş ise kanun tarafından tayin edilen süre tahkim süresi olarak kabul edilecektir. O halde tahkim süresi taraflarca belirlenmiş ise tarafların iradesine bakılacak, taraflarca belirlenmemişse tahkim süresine ilişkin kanunun düzenlemesi “tamamlayıcı hukuk normu olarak” devreye girecektir.

Tahkim süresi taraflarca istenildiği gibi kararlaştırılabilir. Tahkim tarafların irade serbestisinin hakim olduğu bir alan olduğu için kanun koyucu bu konuda tarafların özgürce düzenleme yapması mümkündür. Mesela taraflar anlaşarak tahkim süresini 5 ya da 10 yıl olarak kararlaştırabilirler. Ancak bu sürenin mutlak suretle belirli olması

<sup>236</sup> PELLONÄÄ, M. / CARON, D.D: The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied, Helsinki 1994, s. 296.

<sup>237</sup> BİRSEL, Mahmut Tefrik:” Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?” , Taslaklar- Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara, 1999, s. 256.

<sup>238</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 65.

gerekmektedir. Bu cihetle tahkim süresi “hakemlerce karar verinceye kadar” ya da “hakemin yargılama sırasındaki takdirine göre” gibi bir düzenleme yolu ile belirlenmesi mümkün değildir.

Tarafların tahkim konusunda belirli kuralların uygulanmasını kararlaştırmaları durumunda o kurallar içinde tahkim süresi bulunmakta ise o sürenin tarafların anlaşması ile tahkim süresi olarak belirlendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Mesela taraflar aralarındaki uyuşmazlığa Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarını uygulamayı kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda MTO’nun 24.maddesi gereğince :”Hakem Mahkemesi’nin nihai kararını verme süresi 6 aydır.” denilerek tahkim süresi düzenlendiğinden bu maddedeki tahkim süresinin taraflarca anlaşarak belirlendiği kabul edilecektir.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesinin B fıkrası gereğince hakem mahkemesinin 1 yıl içerisinde esas hakkındaki kararını vermesi gerekmektedir. Bu süre tek hakemli davalarda hakemin seçildiği birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Tahkim süresi kamu düzenine ilişkindir. Taraflarca kararlaştırılan ya da kanun gereği 1yıl olarak kabul edilen tahkim süresi içerisinde hakemler karar veremez ise tahkim süresinin dolmasından sonra tahkim süresi tarafların birlikte kabulü ile dahi uzatılamaz. Tahkim süresi biten bir uyuşmazlıkta tahkim şartı düşer ve tarafların devletin mahkemelerinde dava açması gerekir.

Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna dair herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak iç tahkimde mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 529.maddesinde :”Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hüküm vermeğe mecburdur” denilerek tahkim süresinin emredici niteliği açıkça vurgulanmıştır.6100 sayılı yeni yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 427.maddesi Milletlerarası Tahkim Kanununun 10.maddesinin B fıkrasının tekrarı niteliğindedir. Ancak 6100 sayılı HMK 427.maddesinin Adalet Komisyonu gerekçesinde :”Tahkime gidilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de tahkimde sürattir. Maddede hakemlere, taraflar ile onların vekillerine tahkimi sonlandırmak için bir yıllık süre verilmiştir. Tahkimin bu süre içerisinde bitirilmesi için taraflar hakemlere yardımcı olmalıdır” denilerek tahkim süresinin önemine değinilmiştir.

Aynı şekilde Yargıtay iç tahkimde tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin bir süre olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 15.H.D. 19.01.1995 tarih ve 1994/2876 E., 1995/164 K. sayılı Kararında :”Tahkim istisnai bir yoldur. İşlevleri arasında öncelikli olan çekişmenin kısa sürede halledilmesidir. Bunun içindir ki,6 ay olarak öngörülen yasal süreye uyulmamasının sonuçlarının ne olacağı ve bu sürenin ne şekilde uzatılabileceği yasada hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ve açık-seçik gösterilmiştir. Hakemlerin yetkisi, süre ile sınırlı olmakla uyuşmazlığın artık mahkemede çözülmesi gerekeceğinden ve süre tamamlandığında işlemler batıl sayılacağından, tarafların daha sonra zaten sona ermiş süreyi uzatması veya bu sebeple batıl olan işlemlere geçerlik tanınması düşünülemez... Anılan süre kamu düzenine ilişkin olmakla kararın süresi içerisinde verilip verilmediğinin doğrudan göz önünde bulundurulması zorunludur. Kararın bu süre içerisinde verilmediği açıklanan nedenlerle tespit edildiğine göre sair hususların incelenmeksizin kararın bu yönü ile ve HUMK.nun553.m.sinin 1.bendi uyarınca bozulmasına”<sup>239</sup> denilerek tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğu Yargıtay içtihatları ile de kabul edilmiştir.

239

KALPSÜZ, naklen a.g.e., s. 68.

Gerek mülga HUMK ve gerekse Yargıtay içtihatları ile iç tahkimde kabul edilen tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna ilişkin görüş aynı gerekçelerle milletlerarası tahkimde de kabul görmüştür.<sup>240</sup> Bu görüş çerçevesinde tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararlar Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin A fıkrasının 1. ve 2. bentleri gereğince “kararın tahkim süresinde verilmediği” ve “kamu düzenine aykırı olması sebebiyle” iptal edilecektir. Bu sebeple tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararlar iki gerekçe ile iptal edilmiş olacaktır.

Bu görüş kanunun lafzı yorumlanarak eleştirilebilir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesi iptal sebepleri olarak A fıkrasının 1.kısımında başvuruyu yapan taraf kararın tahkim süresi içerisinde verilmediğini ispat ederse kararın iptal edilebileceğini düzenlemiştir. 2.kısımında ise mahkemece kendiliğinden araştırılarak kamu düzenine aykırılık tespit edilirse kararın iptal edileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu milletlerarası tahkimde tahkim süresini kamu düzenine ilişkin olarak düzenlemek istemiş olsaydı kamu düzenini iptal sebebi olarak saydığı halde ayrıca tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararı iptal sebepleri arasında saymaması gerekirdi. Ayrıca A fıkrasının 1.kısımında belirtilen tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararların iptali ancak taraflarca ispat edildiği takdirde iptal sebebi olarak kabul edilecektir. Bunun anlamı ise kararın tahkim süresi içerisinde verilip verilmediği konusunda hakimin herhangi bir takdir yetkisi olmadığı dolayısıyla tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olmadığı yönündedir.

Tahkim süresi içerisinde verilmeyen ancak iptali istenmeyen veya iptalinden feragat edilen kararlarda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin B fıkrası gereğince icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi istenilmesi durumunda Kanunun A fıkrasının 2. bendi gereğince kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle istemin reddine karar verilecektir. Dolayısıyla tahkim süresinde verilmeyen kararın icra edilebilirlik imkanı da olmayacaktır.

#### **2.6.9.3.2. Tahkim Süresinin Başlangıcı**

Tek hakemli davalarda “hakemin seçildiği” birden çok hakemli davalarda ise “hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği” tarihten itibaren başlayacaktır.

Tahkim süresinin başlangıcının belirlenmesinde tahkim süresinin taraflarca kararlaştırılıp kararlaştırılmamasının bir önemi yoktur. Taraflarca tahkim süresi başlangıcı kararlaştırılmış ise bu süre, kararlaştırılmamış ise 1 yıl olarak kabul edilen tahkim süresi tek hakemli davalarda “hakemin seçildiği” birden çok hakemli davalarda ise “hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği” tarihten itibaren başlayacaktır.

Taraflarca tahkim süresinin başlangıç anı da farklı şekilde kararlaştırılabilir. Başka bir deyişle taraflarca tahkim süresinin istedikleri gibi kararlaştırılmasının doğal sonucu olarak belirlenen ya da kabul edilen tahkim süresinin yargılamanın farklı aşamasında başlamasını da kararlaştırabilirler. Mesela taraflarca tahkim süresi kanunda belirtilen sürenin de altında olarak 5 ay olarak kararlaştırılabilir ve bu sürenin başlangıcı olarak bilirkişi raporlarının dosyaya sunulma tarihi kabul edilebilir. Bu durumda tahkim süresinin başlangıcı bilirkişinin raporunu dosyaya sunma anı olarak kabul edilecektir. Yine taraflar tahkime belirli kurumların kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış ve bu kurumun kuralları arasında tahkim süresinin başlangıç anı kabul edilmiş ise tahkim süresinin başlangıç anı olarak bu kurallar kabul edilecektir.<sup>241</sup> Mesela taraflar aralarında çıkacak uyuşmazlıklara Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olmaları durumunda bu kuralların

<sup>240</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 67.

<sup>241</sup> AKINCI, a.g.e., s. 131.

24.maddesi gereğince:”Bu süre, görev belgesinin taraflarca veya Hakem Mahkemesince imzalandığı... tarihten itibaren başlar” denilmiş olduğundan görev belgesinin taraflarca veya hakem mahkemesince imzalandığı tarihi tahkim süresinin başlangıcı olarak kabul etmek gerekecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tek hakemli davalarda tahkim süresi hakemin seçilmesinden sonra başlayacaktır. Kanunun bu düzenlemesi pek çok sakıncalı duruma sebep olabilecek niteliktedir. Zira tek hakem adı ile birlikte bazen daha uyuşmazlık çıkmadan tahkim sözleşmelerinde belirtilir.<sup>242</sup> Bu durumda tahkim süresinin başlangıç tarihi olarak tahkim sözleşmesi kabul edilir ise tahkim süresi çoktan geçmiş olabilecektir. Yine tek hakem seçilmesinden sonra kendisine bu bilgi verilmeyebilir. Bu durumda seçilmiş olmasına rağmen bundan haberi olmayan hakem yargılama yapmakta gecikebilir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkimde tek hakemli davalarda tensip zaptının düzenlenmesi ile tahkim süresi başlamaktaydı.<sup>243</sup> Ancak 6100 sayılı HMK 427.maddesinde bu konuda Milletlerarası Tahkim Kanuna paralel şekilde hatalı olarak tek hakemli davalarda tahkim süresinin hakemin seçilmesi ile başlayacağını düzenlemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu birden çok hakemli davalarda tahkim süresinin hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlendiği tarihten itibaren başlayacağını kabul edilmiştir. Esasen tek hakemli davalarda tek hakemin seçilmesinden sonra tahkim süresinin başlayacağı düzenlemesine göre olumlu bir düzenlemedir. Ancak gelişen teknoloji ile birlikte hakem kurulunun fiili olarak bir araya gelmeden de toplanabildiği için bu düzenleme de eleştirilmektedir.<sup>244</sup> Bu sebeple bu düzenlemenin hakem heyetinin fiili olarak bir araya gelmese de heyet olarak ilk işleminden itibaren sürenin başlatılmasında ve yasanın bu şekilde anlaşılmasında yarar gören yazarlar bulunmaktadır<sup>245</sup>.

### **2.6.9.3.3. Tahkim Süresinin Uzatılması ve Bu Talebin Reddi**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 10.maddesinin B fıkrasının II. bendinde: “Tahkim süresi tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilir” denilerek tahkim süresinin uzatılması konusu düzenlenmiştir.

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatabilir. Bu durum tahkimin irade serbestine dayanmasının sonucudur. Zira kanun taraflara uyuşmazlık çıkmadan önce tahkim süresini kararlaştırabilme yetkisini vermiş olduğuna göre; belirli tahkim süresini de evleviyetle uzatma yetkisi verdiği hususu, yasal düzenleme olmasıyla bile ulaşılabilecek bir sonuç olacaktır.

Kural olarak tahkim yargılaması kısa süreli ve hızlı bir çözüm yoludur. Ancak öyle davalar olabilir ki tarafların davaya cevap vermesi, bilirkişi raporu alınması ve tanıkların dinlenmesi gibi delil toplama işlemleri için uzun süreler gerekir. Bu ve benzeri durumlarda tahkim süresinin uzatılması ihtiyacı doğar.

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatamazlarsa bu durumda taraflardan biri Asliye Hukuk Mahkemesi’ne başvurarak tahkim süresinin uzatılmasını talep edecektir. Tahkim süresinin uzatılması hakemler tarafından istenemez, sadece taraflarca ve mahkemelerden istenebilecektir. Taraflarca tahkim süresinin uzatılması yönündeki kararları vermek üzere başka bir tahkim sözleşmesi yapılmasını kararlaştırmalarının geçersiz olacağını düşünüyoruz. Yasa koyucu kamu düzenine ilişkin olan tahkim

<sup>242</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 69.

<sup>243</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 69.

<sup>244</sup> AKINCI, a.g.e., s. 132.

<sup>245</sup> AKINCI, a.g.e., s. 133.

süresinin uzatılması konusunda taraflarca anlaşma yapılamaması durumunda mahkemelere başvurulabileceği kuralı emredici niteliktedir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesine göre tahkim süresinin uzatılmasının istenebileceği görevli ve yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer, böyle bir yer yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesidir. O halde davalısı yurtdışında bulunan ve Türkiye’de yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer tahkim yargılamasında süre uzatmak amacıyla açılacak davalarda her zaman İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkili olacaktır.

Taraflarca kararlaştırılmış olan ya da yasa tarafından kabul edilen 1 yıllık tahkim süresi içerisinde tahkim süresi uzatılabilir. Tahkim süresi ancak tahkim süresi içerisinde uzatılabilir. Zira tahkim süresi geçtikten sonra tahkim şartı düşeceğinden, ancak taraflarca yeni bir tahkim sözleşmesi yapıldığı takdirde tahkim yoluna başvurulabilecektir. Ayrıca tahkim süresinin taraflarca ya da yasa tarafından belirlenmesi, sürenin uzatılması açısından farklı sonuç doğurmayacaktır.

Tahkim süresinin belirli olması gerekmektedir. Bu sebeple gerek taraflarca gerekse mahkemece tahkim süresi ancak belirli süre için uzatılabilir. O halde hakem mahkemesi tarafından karar verilmeye kadar tahkim süresinin uzatılması yönünde verilebilecek herhangi bir karar geçersiz olacaktır.

Tahkim süresinin ancak taraflarca anlaşarak uzatılabileceği kararlaştırılmış olabilir. Buna rağmen taraflardan biri tarafından tahkim süresinin uzatılması için dava açılmaz.<sup>246</sup>Zira bu durumda taraflar tahkim süresinin taraflardan birinin rızası olmaksızın mahkeme vasıtasıyla uzatılamayacağını kararlaştırmış olmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 10.maddesinin B fıkrasının II. bendine göre :”Başvurunun reddi halinde tahkim süresi sonunda yargılama sona erer. Mahkemenin kararı kesindir” denilerek tahkim süresinin uzatılması talebinin reddi düzenlenmiştir.

Tahkim süresinin uzatılma talebini alan mahkeme istemin haklı olup olmadığına takdir yetkisine göre karar verecektir. İstemi haklı bulan mahkeme tahkim süresinin uzatılmasına karar verecektir. Bu durumda belirli olan tahkim süresinin üzerine uzatılma kararında belirtilen tahkim süresi eklenerek tahkim süresi uzamış olacaktır. İstemi haksız bulan mahkeme tahkim süresinin uzatılması talebini reddedecektir. Tahkim süresinin uzatılması talebinin reddine ilişkin kararlar kesindir. Zira bu kararların temyiz yoluna tabi olması durumunda tahkim yargılaması sürüncemede kalabilecektir. Hatta bu süreçte hakemlerin karar vermesine rağmen verilen kararın tahkim süresinde verilip verilmediği konusu tartışmalı hale gelebilir ve bu durum hukuki güvenliğe aykırı sonuçlar doğurabilirdi.

Tahkim süresi içerisinde kararı veremeyen hakem veya hakem kurulu Borçlar Kanununun 390.maddesi I.fıkrasındaki atıf sebebiyle işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre taraflara karşı sorumlu olacaktır. Bu sebeple Borçlar Kanunu 321.maddesine göre hakemler yetkilendirildikleri işlerde özenle ifaya mecburdurlar. Borçlar Kanununun 390.maddesinin II. fıkrasına göre de tarafların vekili konumunda olan hakemler müvekkilleri tarafından kendilerine tevdi edilen işi sadakat ve ihtimamla yerine getirmekle yükümlüdür. Bu sebeple hakemlerce tahkim süresinde kararın verilmemiş olması durumuna hakemlerce gerekli özen ve ihtimam gösterilmediği için düşülmüş ise taraflar bu sebeple zararlarının giderilmesini hakemlerden isteyebileceklerdir.

<sup>246</sup>

KALPSÜZ, a.g.e., s. 71.



## 2.6.10. İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir

### 2.6.10.1. Genel Olarak

Dava açılmadan önce ya da açılmış bir davada kararın icra edilebilir aşamaya gelinceye kadarki süre içerisinde alınan nitelik itibarıyla geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir denilmektedir.<sup>247</sup> İhtiyati kelimesinden de anlaşılacağı gibi amaç geçici koruma yahut tedbirdir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin son fıkrasında: "Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar." denilerek, ihtiyati haciz veya tedbir kararının geçiciliğini vurgulamaktadır. Kararın icra edilebilir hale gelmesi kararın kesinleşmesi sonucunda devletin cebri icra organları vasıtasıyla yerine getirilebilmesini ifade eder. Kararın icra edilebilir hale gelmesi ile birlikte ihtiyati haciz ya da tedbir kararına ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü icra edilebilir bir karar icra edilmekle kesin koruma sağlayacaktır. Davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi durumunda ise kararın reddedilmiş olması sebebiyle talepte bulunduğu hak ile ilgili geçici koruma talep etmesinde menfaati bulunmadığı için ihtiyati haciz veya tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

İhtiyati haciz daha çok para ve teminat alacaklarında söz konusu olurken ihtiyati tedbir diğer taleplere ilişkin konularda koruma sağlar. Tahkim davası açılmakla ya da açılmadan önce davalı mallarını kaçırabilir bu durumda davacı açmış olduğu davasını kazansa bile alacağını elde etme imkanından yoksun kalacaktır. Bu durumda davacı ihtiyati haciz kararı talep ederek ihtiyati haciz kararı ile borçlunun mallarına haciz koyarak alacağını güvence altına alabilir. Alacak para veya teminat alacağı değilse ve üzerine tedbir konulamaz ise davanın sonunda alacağın elde edilmesi imkansız hale gelebilir. Aynı şekilde böyle bir olayda da alacaklı tarafından ihtiyati tedbir talep edilerek ihtiyati tedbir kararı alınır ve davacının davasının sonucunu elde etmesinin imkansızlaşması engellenmiş olur.

Hakem mahkemesi devlet mahkemesi değildir ve devlet mahkemeleri gibi verdikleri kararlar doğrudan icra organları tarafından uygulanmaz. Uluslararası bir ticari uyuşmazlıkta hakem mahkemesi Milletlerarası Tahkim Kanununa göre karar verse ve bu karar hakkında diğer taraf iptal yoluna başvurmasa dolayısıyla tahkim yargılaması sonucunda verilen nihai karar kesinleşse dahi hakem kararları doğrudan uygulanamaz. Hakem kararının icra organları vasıtasıyla uygulanabilmesi için devlet mahkemeleri tarafından "icra edilebilirlik" belgesinin alınması gerekmektedir.

Aynı şekilde ara karar niteliğinde bulunan ihtiyati haciz veya tedbir kararını hakem mahkemesi tarafından verilse de icra organları tarafından doğrudan uygulanamayacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasında: "Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez" denilerek hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz ya da tedbir kararının icra organları tarafından doğrudan uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

Hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararları ancak taraflarca kendiliğinden uyulması halinde hukuksal açıdan sonuç doğurabilecektir. Hakem mahkemesinin kamu gücü kullanma yetkisi bulunmadığından taraflar verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararını yerine getirmediği takdirde hakem mahkemesi

<sup>247</sup>

KALPSÜZ, a.g.e., s. 42.

devletin resmi makamlarından bu kararın cebri icra ile yerine getirilmesini isteyemeyecektir.

Kanun hakem mahkemesince verilen kararın yerine getirilmesi konusunda mahkemelerden yardım talep edilebileceğini düzenlemiştir. Kanunun lafzına bakıldığında hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararının uygulanmasında devlet mahkemesinin görevi yardımcı olmak gibi anlaşılabilir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi hatalı olarak kaleme almıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunumuza göre hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararına taraflar kendiliğinden uymaz ise taraflarca ancak mahkemeden bu yönde karar verilmesi istenebilecektir.

Delil tespiti, yürütmenin durdurulması gibi başkaca geçici hukuki koruma tedbirleri bulunsa da Milletlerarası Tahkim Kanunu bu konuda düzenleme yapmamıştır.<sup>248</sup> Uzun süren davalarda delilleri incelemeye sıranın geç gelmesi sebebiyle delillerin yok olabilmesi ihtimaline binaen bazen yargılamaya başlamadan önce bazen de yargılama sırasında deliller tespit edilebilmektedir. Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunumuzda delil tespiti konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa dahi hakem mahkemesi delil tespiti kararı verebilecektir. Ancak hakem mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı alması mümkün değildir. Hakem mahkemesi icra organları tarafından yerine getirilebilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı veremediği gibi yine geçici hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması kararını da veremeyecektir. Çünkü yürütmenin durdurulması kararı ile kamu kurumu olan idareden bir işlem ya da eylemin durdurulmasının, yahut yapmadığı bir işlem ya da eylemin geçici olarak yapılması yöndeki kararın uygulanması istenilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu kural olarak taraflar veya hakem mahkemesince bu kanunun uygulanmasının kararlaştırılmadığı ya da tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanabilecektir. Ancak Kanunun 1.maddesine göre ihtiyati haciz veya tedbir konusundaki düzenlemeleri tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu uyuşmazlıklarda da uygulanabilecektir.

#### **2.6.10.2. Devlet Mahkemelerinden İhtiyati Haciz veya Tedbir Kararı Verilmesinin İstenmesinin Tahkime Aykırılık Teşkil Etmeyeceği**

Devlet mahkemelerinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı vermesi tahkim yargılamasının devlet mahkemeleri tarafından yapıldığı anlamına gelmeyecektir. 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de imzalamış olan Avrupa Sözleşmesinin VI. maddesinin 4. fıkrasına göre: "İhtiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama müracaat edilmesi hakemlik anlaşmasıyla telif olunmaz mahiyette sayılmayacağı gibi işin esas bakımından mahkemeye tevdi manasına da alınmamalıdır"<sup>249</sup> denilerek bu durum vurgulanmıştır. Avrupa Sözleşmesinde de vurgulandığı gibi ihtiyati haciz ya da tedbir kararı uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar olmadığı için uyuşmazlığın devlet mahkemesinde çözülmesi anlamına gelmemektedir. Yine Avrupa Sözleşmesine göre tahkim sözleşmesinde devlet mahkemesinden ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilmesinin istenemeyeceği kararlaştırılmaz.

Aynı şekilde tahkim anlaşması gereği taraflar arasında doğmuş veya doğacak tüm uyuşmazlıklar hakkında hakem mahkemesince karar verileceği açıkça yazılı olsa bile ihtiyati haciz veya tedbir konusunda mahkemeye başvurulması tahkim sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin 1.fıkrasına göre: "Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve

<sup>248</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 44.

<sup>249</sup> TURHAN, a.g.e. s. 47.

mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

### **2.6.10.3. Hakemlerin İhtiyati Haciz veya Tedbir Kararı Vermesi**

Hakemlerin hangi hallerde ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebileceği Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar şöyle sıralanabilir:

#### **2.6.10.3.1. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmaması**

Tahkim yargılamasının tarafları tahkim sözleşmesinde ya da ayrıca yaptıkları bir sözleşme ile hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı veremeyeceğini kararlaştırabilirler. Tarafların bu yöndeki anlaşmalarına üstünlük tanınacaktır. Kanun “aksi kararlaştırılmadıkça” hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararını kabul ettiği için taraflarca hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir konusunda karar vermesi ile ilgili düzenleme yapılmadı ise hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebileceği kabul edilecektir. Taraflarca aksi kararlaştırılmış ise bu durumda ihtiyati haciz veya tedbir ancak mahkemelerden istenebilecektir.

#### **2.6.10.3.2. Hakem Mahkemesinin Kurulması**

Bilindiği gibi tahkim yargılaması istisnai bir yoldur. Kurumsal tahkim mekanizmasında birkaç istisnai tahkim kurumunu bir yana bırakırsak sürekli olarak çalışan ve davaların açılıp görüldüğü devlet mahkemeleri gibi kurulmuş hakem mahkemesi bulunmamaktadır. Hatta taraflar çoğu zaman uyumsuzluk çıktıktan sonra hakemlerini seçmektedir. O halde hakem mahkemesi kurulmadan taraflarca ihtiyati haciz veya tedbir istenebilecek bir kurum da bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi kurulmadan önce ihtiyati haciz veya tedbir istemi ancak devlet mahkemesinden istenebilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin II.fıkrası da tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun ihtiyati haciz veya tedbire karar verebileceğini düzenlemiştir.

#### **2.6.10.3.2.(1). Taraflardan Birinin İstemi Üzerine**

Hakem mahkemesince verilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı üçüncü kişilerin istemi üzerine verilemez. Hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararı da üçüncü kişileri bağlamayacağı gibi üçüncü kişilere de etki etmez. Tahkim ancak taraflarca tahkim sözleşmesi ile başvurulacak bir yol olduğundan ancak taraflar arasında hukuki sonuç doğurabilir. Bu sebeple ancak taraflardan birinin talebi üzerine hakem mahkemesince karar verilebilecektir.

#### **2.6.10.3.2.(2). Uygun Güvencenin Verilmesi Şartı ile**

Devlet mahkemelerinde dava açıldığında haksız olarak verilmiş bulunan ihtiyati haciz veya tedbir kararından ötürü tarafların zarara uğraması söz konusu olduğunda zararın giderilmesi için kararın verilmesi sırasında uygun bir teminatın alınmasına karar verilmesine karar verilmektedir. Yine tahkim yargılamasında hakem mahkemesinin vereceği ihtiyati haciz veya tedbir kararından da taraflardan biri zarar görebileceğinden hakem mahkemesince ancak uygun teminatın verilmesi karşılığında ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilebilir.

Hakem mahkemesince verilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı sırasında teminat yatırılması için taraflardan birinin talepte bulunması şartı bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi kendiliğinden teminat yatırılmasına karar verebilir.<sup>250</sup>

### 2.6.11. Hakem Kurulunun Teşkili

Tahkim yargılaması hakem ya da hakem kurulu belirlenmeden başlayamayacaktır. Tahkim sözleşmesinde hakem veya hakem kurulu ismen belirtilmiş ise hakem kurulunun teşkilinde problem yaşanmayacaktır. Eğer hakem veya hakem kurulu tahkim anlaşmasında belirtilmemiş ise teşkil edilmesi son derece önemlidir.

Tahkim sözleşmesinde hakem veya hakem kurulu ismen belirlenmemiş ise tahkim yargılamasında karar verecek kişi ya da kişiler devletin ya da tarafların memuru olmadığı için tabii yargılama ilkesinin tahkim yargılamasında uygulanması mümkün değildir. Başka bir ifade ile uyuşmazlık çıkmadan önce belirlenmiş hakem veya hakem kurulunda uyuşmazlığın çözüm yoluna gidilemeyecektir.

Hakem veya hakem kurulu belirlenmesi konusunda Milletlerarası Tahkim Kanunu taraflara geniş anlamda yetki tanımıştır. Kanunun düzenlemesinin hemen hemen tamamı taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda geçerli olacaktır. Başka bir ifade ile hakemlerin seçimi, seçilme usulleri ve sayısı istisnai durumlar haricinde tarafların irade serbestisi sonucu taraflarca istenildiği gibi kararlaştırılabilir.<sup>251</sup> O halde hakem veya hakem kurulunun teşkili konusundaki uyuşmazlık çıkması durumunda tarafların anayasası konumundaki sözleşmenin incelenmesi gerekecektir.

Hakem veya hakem kurulunun teşkilindeki aykırılıklar son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Hakem veya hakem kurulunun belirlenmesinde tarafların anlaşmasına veya kanun hükmüne aykırılıklar MTK 15/A/1/b gereğince iptale tabi olup New York Sözleşmesinin V. maddesi gereğince de hakem kararının tenfiz edilmesine engel olacaktır.<sup>252</sup>

Burada hakem anlaşması kavramına değinmekte de fayda var. Hakem anlaşması taraflarla hakemler arasında yapılmaktadır. Taraflar hakem anlaşmasında uyuşmazlığı çözmesi konusunda hakem veya hakem kuruluna öneride (icapta) bulunur bunun karşılığında hakemlerin kabulü ile sözleşme meydana gelecektir.<sup>253</sup> Her ne kadar aşağıda hakemlerin sayısı, seçim usulleri irdelenecek ise de hakemler tarafından uyuşmazlığın çözümünün kendisi tarafından yapılacağı teklifi kabul edilmedikçe hakem sözleşmesinin kurulamayacağı ve seçilen hakem tarafından uyuşmazlığın çözülemeyeceğini belirtmekte fayda vardır.

#### 2.6.11.1. Hakemlerin Sayısı

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7(A) maddesi hakemlerin sayısını tarafların belirleyebileceğini kararlaştırmıştır. Kanun hakem sayısı konusunda sınırlama olarak hakem sayısının tek olması kuralını getirmiştir. HMK'nın 415.maddesi de aynı şekilde iç tahkimde tarafların hakem sayısını istedikleri gibi belirleyebileceklerini ancak bu sayının tek olması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre hakem sayısı 1,3,5,7 gibi rakamlarla istenildiği gibi belirlenebilir.

<sup>250</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 47.

<sup>251</sup> ERTEKİN, E. / KARATAŞ, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenzifi Tanınması, Ankara, 1997, s. 147.

<sup>252</sup> AKINCI, a.g.e., s. 104.

<sup>253</sup> NOMER, a.g.e., s. 19.

Hakem sayısı çift olarak kararlaştırılmaz çünkü hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması durumunda hakem oylarının eşit olması söz konusu olacak ve tahkim yargılaması sonucunda karar verilemeyecektir. Taraflarca hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması durumunda kanunda bu konuda düzenleme olmamakla birlikte hakem sayısının taraflarca hiç belirlenmediği kabul edilmektedir<sup>254</sup>. Taraflarca hakem sayısı belirlenmemiş ise bu sayı MTK'nın 7(B) maddesine göre üç hakemden oluşacaktır.

## 2.6.11.2. Hakemlerin Seçimi

### 2.6.11.2.1. Tahkim Sözleşmesinde Hakemlerin İsmen Belirlenmiş Olması

Taraflar tahkim yoluna giderken tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem ya da hakem kurulunu ismen belirleyebilirler. Ya da henüz uyuşmazlık çıkmadan yapacakları başkaca anlaşma ile de hakem veya hakem kurulunu belirleyebilirler.

Hakem veya hakem kurulunun ismen belirlenmesinin önemli birtakım sakıncaları bulunmaktadır. İsmen belirlenmiş hakem veya hakemlerin hakem sözleşmesi icabını başka bir ifade ile görev teklifini kabul etmemesi halinde hakem sözleşmesi kurulamayacaktır. Hakem sözleşmesi kurulmadığı takdirde tahkim sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir. Yine hakem veya hakemlerin ölümü, istifası gibi sebeplerle de hakemin görevini yerine getirememesi durumunda uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayacaktır. Zira kanun koyucu hakem ya da hakemlerin ismen belirlenmiş olması durumunda, tarafların tahkim yolunu ancak bu kişi ya da kişilerin hakem olması durumunda tercih etmiş olduğunu kabul etmektedir<sup>255</sup>.

M.T.K'nın 7(g) maddesine göre: "...tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkim sona erer." denilmiştir.

Kanun koyucu hakemlerin tek ya da çoğul olmasına göre farklı düzenleme öngörmüştür. Hakem bir tek kişiden oluşuyor ise işbu hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir. Hakemler birden çok başka bir deyişle kurul halinde ise ancak karar çoğunluğunu ortadan kaldırılacak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir.

Hakem veya hakem kurulunun karar çoğunluğunun görevinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda tahkimin sona ereceği kuralı yine taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça mümkün olacaktır. Hakem veya hakem kurulu çoğunluğunun görevi sona erse bile taraflarca yerine başka hakem belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılması halinde tahkim sona ermeyecektir. Yine taraflarca tahkim sözleşmesinde ismen belirlenen hakemlerin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda alternatif bir çözüm yolu öngörülmüş ise yine tahkim sona ermeyecek, alternatif süreç işleyecektir.<sup>256</sup> Mesela tahkim sözleşmesinde hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sözleşmesinin sona ermeyeceği, görevi sona eren hakemin mahkemece belirleneceği kararlaştırılabilir. Böylelikle taraflar tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin önüne geçmiş olacaktlardır. Taraflarca tahkim sözleşmesinin geçersiz olmaması için kabul edilecek bu tarz alternatif çözüm yollarına göre ya da mahkeme tarafından yeniden hakem seçilmiş olacaktır<sup>257</sup>.

<sup>254</sup> AKINCI, a.g.e., s. 106.

<sup>255</sup> AKINCI, a.g.e., s. 106.

<sup>256</sup> AKINCI, a.g.e., s: 106.

<sup>257</sup> TAŞKIN, a.g.e., s. 77.

Hakem veya hakem kurulunun ismen belirlenmiş olması halinde hakem kurulunun teşkilinde usulsüzlük yapıldığı iddiası da söz konusu olamayacaktır. Zira hakem veya hakem kurulunun ismen belirlenmiş olması durumunda taraflarca uyuşmazlık çıktıktan sonra kararlaştırılarak teşkil eden hakem mahkemesinden bahsedilebilecektir.

#### **2.6.11.2.2. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi**

Hakem ya da hakem kurulu tahkim sözleşmesinde ismen belirlenmemiş olabilir. Ya da tahkim sözleşmesinde hakem ya da hakem kurulunun taraflarca seçileceği kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda taraflarca, uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerin seçilmesi söz konusu olacaktır. Zira uyuşmazlık çıkmadan önce hakem ya da hakem kurulunun belirlenmesi durumunda hakem ya da hakem kurulunun ismen belirlenmiş olduğu söylenecektir.

Birden çok kişiden oluşan hakem heyeti seçilecek ise taraflar eşit sayıda hakem seçecektir. Aynı şekilde hakem ya da hakem kurulunun seçiminin taraflardan birine bırakılması eşitlik ilkesine aykırı olacağından geçersiz olacaktır. Hakem seçiminde eşitlik ilkesine aykırı olarak hakem seçim usulünün kararlaştırılması ya da taraflardan sadece birinin hakemi belirleyeceğinin kararlaştırılması B.K'nun 20.maddesi gereğince mutlak butlanla geçersiz olacaktır.<sup>258</sup> Zira böyle bir anlaşmada sözleşmenin hakim ya da ekonomik olan güçlü tarafı diğer tarafa hakemin kendisi tarafından seçileceği konusunda dayatmada bulunmuş olabilir. Bu sebeple böyle bir anlaşma kamu düzeni ve ahlaka aykırı olacağından kesin hükümsüz kabul edilecektir.

Tahkim sözleşmesinin hakem seçimine ilişkin usul kurallarını belirleyen bölümünün geçersiz olması tahkim sözleşmesinin tamamını da geçersiz hale getirebilir. Böylesi bir durumda sözleşme özü ve sözü ile bütünsel olarak değerlendirilerek tarafların gerçek iradelerine ulaşılmaya çalışılacaktır. Tarafların gerçek iradelerine bakıldığında, hakemlerin seçimine ilişkin anlaşmaları kısmı olmasaydı tahkim sözleşmesini yine de imzalarlardı denilebiliyor ise tahkim sözleşmesi geçerli olacak ve taraflarca hakemlerin seçim usulü belirlenmemiş gibi hakemler seçilecektir. Hakemlerin seçimine ilişkin anlaşma kısmı olmasaydı taraflar tahkim anlaşması yapmazdı denilebiliyor ise tahkim anlaşması da geçersiz kabul edilecektir.

#### **2.6.11.2.2.(1). Tek Hakem Seçimi**

Taraflarca uyuşmazlığın tek hakemle çözüleceği kararlaştırılmış olabilir. Uyuşmazlığın tek hakemle çözülecek olması halinde “taraflarca eşit sayıda hakem belirleme” şartı gereğince ancak tarafların anlaşması ile tek hakem belirlenebilir. Taraflarca belirlenen tek hakem uyuşmazlığı çözer.

Taraflarca tek hakem konusunda anlaşılabilmesi halinde taraflarından birinin talebi üzerine hakem Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

MTK'ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 6.maddesi gereğince eğer tek hakem tayin edilecekse öncelikle taraflardan biri diğerine hakem olarak hizmet edecek bir veya daha fazla kişi ya da kurumunun ismini verecektir. Taraflar tek hakemi seçemez iseler bu durumda anlaşmış oldukları tayin makamından bu belirlemenin yapılması istenecektir. Tayin makamı bu belirlemeyi yapamaz ya da taraflar tayin makamını belirleyemezlerse La Haye Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği tarafından tayin makamı belirlenecektir. MTK açısından tayin makamı Asliye Hukuk Mahkemesi olduğundan ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin hakemi

<sup>258</sup>

AKINCI, a.g.e., s. 109.

belirleyememe gibi bir durumunun olmaması sebebiyle MTK çerçevesinde yürütülen tahkimin La Haye Daimi Tahkim Divanına gitmesi mümkün olmayacaktır.

#### **2.6.11.2.2.(2). Üç veya Daha Fazla Hakem Seçimi**

Taraflarca üç hakem seçileceği konusunda anlaşmaya varılmış olması ya da taraflarca hakem seçimi konusunda anlaşma bulunmaması sebebiyle kanun gereği uyuşmazlık üç hakem tarafından çözülecektir.

Uyuşmazlığın üç hakem tarafından çözülecek olması halinde, taraflardan biri hakemini seçer. Bunun üzerine diğer tarafa hakemini seçmesi konusunda talepte bulunur. Diğer taraf talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde hakemini seçecektir. Diğer tarafın otuz gün içinde hakemini seçmemesi durumunda taraflardan birinin istemi üzerine diğer tarafın hakemini Asliye Hukuk Mahkemesi belirleyecektir. Hakem seçimine ilişkin bu beyanların ispat kolaylığı açısından noter vasıtasıyla yapılmasında fayda vardır.<sup>259</sup>

Diğer taraf otuz günlük süreyi geçirdikten sonra hakem seçme yetkisi ortadan kalkacaktır. Zira bu süre hak düşürücü süre olup, bu süre geçtikten sonra diğer tarafın hakem seçme yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Taraflarca seçilen iki hakem otuz gün içerisinde üçüncü hakemi belirleyecektir. Belirleyememesi durumunda yine taraflardan biri üçüncü hakemin belirlenmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine başvuracaktır.

Taraflarca ya da mahkemece seçilen üçüncü hakem başkan olarak görev yapacaktır.

Taraflar üçten fazla hakemi uyuşmazlığı çözmeye yetkili kılabilirler. Bu takdirde taraflar yine öncelikle eşit olarak hakemlerini belirleyecektir. Sonuncu hakemin seçilen hakemlerce belirlenmesi durumunda sorun çıkmayacaktır. Seçilen hakemler sonuncu hakemi seçemez iseler bu durumda yine Asliye Hukuk Mahkemesi sonuncu hakemi belirleyecektir. Aynı şekilde sonuncu hakem, hakem kurulunda başkan olarak görev yapacaktır.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 7.maddesi gereğince üç hakem tayin edilecekse MTK gibi taraflardan birinin hakem tayin ettiğine ilişkin diğer tarafa yaptığı tebligatın alınmasından itibaren otuz gün içinde diğer taraf tayin ettiği hakemi ilk tarafa bildirmese ilk taraf tayin makamından ikinci hakemin tayinini isteyebilir. Tayin makamı belli değilse La Haye Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliğinden tayin makamını belirlemesi istenebilir. MTK çerçevesinde görülen tahkimde tayin yeri yine Türkiye’de bulunan Asliye Hukuk Mahkemeleri olacaktır.

#### **2.6.11.2.2.(3). Hakem Seçiminin Üçüncü Kişi yada Tahkim Kurumu Tarafından Gerçekleştirilmesi**

Taraflar anlaşarak hakem seçimi konusunda üçüncü kişi, kurum veya kuruluşu hakem ya da hakem kurulunu seçmesi konusunda yetkilendirebilirler. Tarafların anlaşması ile belirlenen kişi, kurum veya kuruluş sadece bir hakem seçilebileceği gibi tüm hakem kurulu hakemlerini de seçebilirler. Yine hakemlerin üç kişiden oluşacağının kabul edildiği durumlarda iki hakemin taraflarca, üçüncü hakemin ise üçüncü kişi, kurum veya kuruluş tarafından seçilmesi mümkündür.

<sup>259</sup>

ERTEKİN/KARATAŞ, a.g.e., s. 154.

Üçüncü kişi, kurum veya kuruluş gerçek kişi ya da tüzel kişiden oluşabilir. Mesela Milletlerarası Ticaret Odası veya ismen belirlenmiş bir kişi de olabilir. Bu durumlarda bu kişi ya da kurumların hakemi seçme işini kabul etmesi gerekir. İsmen belirlenmiş kişilerin ölmesi ya da belirlenen kurumun böyle bir görev ifa etmediğinden ya da edemeyeceğinden bahisle hakemler belirlenemeyebilir. Böyle bir durumda MTK'nın 7/B-3.maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun seçimi taraflardan birinin istemi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

Taraflar hakem veya hakem kurulunu belirleyecek kişiyi seçerken ismen belirledikleri hakim veya savcüyü seçemezler.<sup>260</sup> Zira Anayasa'nın 140.maddesi gereğince hakim ve savcılar ancak kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilirler. Zira tarafların anlaşması sonucunda hakim ve savcılara kanunların tayin etmediği görev verilemez.

#### **2.6.11.2.2.(4). Mahkeme Kararı İle Hakem Seçiminin Yapılması**

Yukarıda da belirtildiği gibi Milletlerarası Tahkim Kanununun 7.maddesine göre taraflardan biri hakem seçimi konusundaki anlaşmaya uymazsa, kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse bu seçim mahkeme tarafından yapılacaktır.

Taraflar tahkim yoluna gitmekle devlet mahkemelerinin yargılama yetkilerinden vazgeçmiş olurlar. Bu sebeple tahkim yolunda devlet mahkemelerinin yetkilerinin olmadığı kabul edilir. Aslında yine aynı gerekçe ile kanun koyucu hakemin seçilemediği durumlarda bu seçimin mahkeme tarafından yapılacağını öngörmüştür. Böylelikle tarafların uyuşmazlığın çözümünün tahkim yolu ile çözülmesi amacının gerçekleşmesi sağlanacaktır. Zira hakem ya da hakem kurulunun teşkilinin imkansız olması ve devlet mahkemesinin de hakem seçimi konusunda yetkisinin olmadığı kabul edilecek olsaydı tahkim kurumunun işlemesi mümkün olmayacaktı. Çünkü hakem ya da hakem kurulu seçilmeden tahkim yargılamasına başlanamayacaktır. Yine Kanunun 3.maddesinde :”milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilir” denilerek tahkim yolunda mahkemelerin müdahalelerini sınırlayıcı bir düzenleme getirmiştir.

Devlet mahkemeleri hakem seçerken öncelikle tarafların iradesine bakacaktır. Tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem seçilecek kişilerin özellikleri belirtilmiş ise bu özelliklere uygun hakemi seçecektir. Bilindiği gibi seçilecek hakemlerin hukukçu olması şartı bulunmamaktadır. Ancak taraflarca hakem seçilecek kişinin hukukçu olması şartı kararlaştırılmış ise mahkemenin mühendis hakem seçmemesi gerekir. Yine hakem seçilecek kişinin İngilizce ve Türkçe bilen bir kişi olacağı kararlaştırılmış olabilir. Zira uluslararası ticaret yapan kişiler uyuşmazlığın çıkması halinde kendi ana dillerinde iddia ve savunmada bulunmak isteyerek hakemin niteliğini belirlemiş olabilirler. Böyle bir durumda da mahkeme tarafından seçilecek hakemin İngilizce ve Türkçe bilmesi zorunluluğu bulunacaktır.

MTK'nın 3.maddesine göre hakem seçimini yapacak olan görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir. Asliye Hukuk Mahkemesi karar vermeden önce gerektiğinde tarafları dinleyecek, başka bir ifade ile duruşma yapacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin hakem seçimi konusunda verdiği karar kesindir. Karar için kanunda herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Zira tarafların tahkime başvurmamasının sebebi süratle uyuşmazlıklarının çözülmesi isteğidir. Eğer hakem seçimi konusunda kanun yolu öngörülmüş olsaydı tahkim yargılamasına başlamak uzun zaman kaybına neden

<sup>260</sup>

AKINCI, a.g.e., s. 112.



olabilirdi. Ya da mahkeme kararı ile birlikte tahkim yargılamasına başlanması öngörülseydi ve bu arada da kanun yoluna gidilseydi çok daha karmaşık bir durumla karşılaşılabilirdi. Bu tahkim yargılaması yapıp karar verilmiş olduğu halde kanun yolu sonucunda kararı veren hakemin seçim iptali ile onca yargılama boşu boşuna yapılmış olabilecekti.

### 2.6.11.3. Hakem Olabilecek Kişiler

Milletlerarası Tahkim Kanunu 7.maddesine göre :”tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır” denilerek hakem seçiminde nelerin gözönünde bulundurulacağı belirlenmiştir. Ancak kanunda “tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça” denilmesi hakem olabilecek kişiler açısından kanunun düzenlemesinin tamamlayıcı hukuk normu niteliğinde olduğunu göstermektedir. O halde kanunda belirtilen durumlar ancak tarafarca aksi kararlaştırılmamış ise uygulanabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre gerçek kişiler hakem seçilebilir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkimde tüzel kişilerin mesela Anonim Şirketlerin de hakem seçilebileceği kabul edilmekteydi. HMK hakem olarak seçilecek kişileri Milletlerarası Tahkim Kanundaki gibi düzenlemiştir. Ancak HMK’da da “tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça” denilerek kimlerin hakem olabileceği belirtildiğinden tarafların bu konuda aksine düzenleme yapabileceği gösterilmektedir. O halde taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem olacak kişinin tüzel kişi olabileceğini kararlaştırmamışlarsa tarafarca, tarafların belirlediği üçüncü kişi veya kurum ya da mahkemece belirlenecek olan hakemlerin gerçek kişi olması gereklidir.

21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin I/2-b maddesinde: ‘Hakemlik’ terimi ihtilafların sadece belirli hadiseler için seçilmiş (ad hoc) hakemler tarafından değil bunların aynı zamanda daimi hakemlik müesseseleri tarafından halledilmesini ifade eder” denilmiştir.<sup>261</sup>

Hakem olabilecek kişilerin hakem sözleşmesini yapabilmeleri için fiil ehliyetine sahip olmaları yeterlidir.<sup>262</sup> Bunların dışında hakemlerin belirli eğitimi almış ya da meslek mensubu olmaları gerekmemektedir. Buna rağmen hakemlerin genel olarak hukukçu seçilmesinde fayda vardır.

Türk hukukuna göre hakemlerin Türk vatandaşı olması şartı aranmamaktadır. Bu sebeple hakem seçilecek kişilerin milliyeti önem arz etmemektedir. Hatta vatansız kişiler dahi hakem seçilebilir.

### 2.6.11.4. Hakemlerin Bağımsız ve Tarafsız Olması

Hakemler her ne kadar hakemlik sözleşmesi gereğince taraflarla bir özel hukuk ilişkisine girseler de niteliği gereği yargılama faaliyeti yerine getirmektedirler. Yargılamanın bağımsız ve tarafsız kişiler tarafından yapılmaması, yargılamanın hiç yapılmaması ile aynı anlama gelecektir. Hakemler taraflı veya bağımlı iseler adaletin yerine getirilmesini sağlayamazlar. Adalete aykırı hiçbir yargılama ise yargılama sayılmaz.

Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması gerektiği dünyadaki hemen hemen tüm ülkeler ve tahkim kurumlarınca kabul edilmiş bir ilkedir<sup>263</sup>. Bağımsızlık ve tarafsızlık pek çok kaynakta birlikte kullanılsa da ayrı kavramlardır. Bağımsızlık idari ve

<sup>261</sup> TURHAN/BAYRAKTAROĞLU/SİRMEN/ERTEN, a.g.e., s. 44.

<sup>262</sup> AKINCI, a.g.e., s. 105.

<sup>263</sup> KALPSÜZ, T.: Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara, 2008, s. 29.

ekonomik açıdan hakemlerin bağımlı olmamasını, tarafsızlık ise her iki tarafa eşit mesafede durarak sübjektif davranmamayı ifade eder<sup>264</sup>.

Yukarıda açıkladığımız gibi hakemlerin seçiminde taraflardan birinin belirleyici olması hakemlerin bağımsız ve tarafsızlığı ilkesine aykırı olması sebebiyle kabul edilemez. Hakemlerin seçiminde tarafların eşit sayıda hakem seçmesi gerekmektedir. Aynı şekilde evleviyetle kabul edileceği üzere taraflardan birinin tahkim yargılamasının hakemi olması kabul edilemez.

MTK'nın yürürlüğe girmesinden çok önce verilmiş olan Yargıtay'ın 13.H.D. 26.09.1974 tarih ve 1974/2385 E. ,1974/2161 K. sayılı Kararında: "Davacı ile davalı banka arasında yapılan vekalet sözleşmesinin 11.maddesinde 'bu mukaveleden dolayı banka ile avukatı arasında çıkacak ihtilaflar banka idare meclisi tarafından halledilecektir' denilmektedir. Oysa hakim veya hakemin dava konusu çekişmeli işle ilgisi olmayan üçüncü kişilerden olması şarttır. Usulün 516.maddesindeki sözleşme serbestisi mutlak değildir. Kamu düzeni ile ilgili konularda hakem sözleşmesi yapılamaz. Hakemin uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarından olmaması kuralı da kamu düzeni ile ilgilidir"<sup>265</sup> denilmiştir.

MTK 'ya kaynak UNCITRAL Tahkim Kurallarının 9.maddesine göre: "Tayini düşünülen hakem, kendisini tayin etme durumunda olan kimselere, bu muhtemel tayinle ilgili olarak tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı kuşklar uyandırabilecek hususları açıklamalıdır. Söz konusu hususlar taraflara açıklanmadı ise, hakem tayin edildikten veya seçildikten sonra bunları açıklayacaktır"<sup>266</sup> denilmiştir.

MTK'nın 7(c) maddesinde de kendisine hakemlik önerilen başka bir deyişle hakemlik sözleşmesi konusunda öneride bulunulan kimsenin kabul beyanını açıklamadan önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gösteren hal ve şartları açıklamak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Hakem, bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde zarar gören tarafa karşı sorumlu olacaktır.

Yine MTK'nın 7(c) maddesinde taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirilecektir. Yasa koyucu hakemlerin sadece hakemlik sözleşmesi sırasında değil yargılama sonucunda karar verinceye kadar bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiğini kabul etmiştir.

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması ile ilgili olarak yasanın hükümlerinin aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Bu düzenleme emredici hukuk normu niteliğindedir. Diğer maddeler "aksi kararlaştırılmadıkça" şeklinde başlamakta iken bu tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili kanun maddesinde hakemlere getirdiği yükümlülüklerin sonuna "zorunludur" denilerek kanunun ilgili düzenlemelerini emredici hukuk normu haline getirmiştir. Kaldı ki kanunun lafzi anlamda emredici olduğu anlaşılmasaydı bile kanunun amacının "kamu düzeni" olması sebebiyle de bu düzenlemenin emredici hukuk normu olduğu anlaşılabilirdi.

#### **2.6.11.5. Hakemin Reddi**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7(c) maddesinde hakemin reddi sebepleri düzenlenmiştir. Hakemin reddi konusu kanunda tahkim kurumunun özelliğine uygun şekilde düzenlenmiştir. Kanun üç farklı durumda hakemin reddedilebileceğini kararlaştırmıştır.

<sup>264</sup> AKINCI, a.g.e., s. 115.

<sup>265</sup> ERTEKİN/KARATAŞ, a.g.e., s. 148.

<sup>266</sup> TURHAN/BAYRAKTAROĞLU/SİRMEN/ERTEN, a.g.e., s. 136.

Birincisi hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmamasıdır. Tahkim irade serbestisi ilkesi gereğince gidilebilen bir yol olduğundan tarafların iradesi çok önemlidir. Özellikle uluslararası ticaret günden güne değişmekte ve gelişmektedir. Taraflar yapılan uluslararası ticaretin sorunlarını en iyi kavrayacak nitelikte hakemlerin seçilmesini istemiş olabilirler. Mesela hakem seçilecek kişinin gümrük müşaviri olması taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir halde gümrük müşaviri olmayan bir kişi hakem seçildiğinde bu durum hakemin reddi sebebi teşkil edecektir.

İkincisi taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir red sebebinin mevcut bulunmasıdır. Tarafların anlaşarak red sebebi oluşturmasına yasa koyucu müsaade etmiştir. Devlet mahkemelerinde taraflar hakimin reddi sebebini anlaşma ile kararlaştıramazken, irade serbestisine dayanan tahkim yolunda bu mümkündür. Taraflar istedikleri gibi hakemin reddi sebebi kararlaştırabilirler<sup>267</sup>.

Üçüncüsü ise hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartların gerçekleşmesidir. Üçüncü red sebebinde her ne kadar yasanın lafzi yorumu hakemin tarafsız olmamasını red sebebi saymakla yetinmiş gözükse de bu red sebebinden hakemin tarafsız ve bağımsız olmamasının red sebebi teşkil ettiği anlaşılmalıdır.

Birinci ve ikinci red sebeplerini taraflar diledikleri gibi kararlaştırabilecekleri gibi bu konuda hiçbir düzenleme de yapmayabilirler. Başka bir ifade ile birinci ve ikinci red sebepleri taraflarca hiçbir şekilde düzenlenmeyebilir. Ayrıca tahkim sözleşmesi veya şartında düzenlenmiş olsa da daha sonra taraflarca red sebebi olma özelliğinden çıkartılabilir. Buna karşılık üçüncü red sebebi olan hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmamasının red sebebi teşkil etmemesi konusunda tarafların anlaşma yapmaları geçersizdir. Zira hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması kuralı emredici nitelikte yasa maddesidir. Bu sebeple tarafların üçüncü red sebebini anlaşarak bertaraf etmesi mümkün değildir.

Hakemin reddi usulünü taraflar istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflarca bu konuda anlaşma yok ise MTK'nın tamamlayıcı 7(d) maddesi uygulanacaktır. Buna göre hakemi reddetmek isteyen taraf hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde red isteminde bulunabilir. Red isteminde bulunan taraf bunu yazılı olarak karşı tarafa bildirmek zorundadır. Yasa şifahi bildirim kabul etmemiştir.

Tek hakem söz konusu ise hakemin reddi istemi doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesinden istenilecektir. Uyuşmazlığı çözecek hakem kurulu var ise öncelikle hakem kurulu tarafından hakemin reddi istemi hakkında karar verilecektir. Ancak hakem kurulu olmakla birlikte hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi istemi de doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesine yapılacaktır.

Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf red istemi ile birlikte gerekçesini de bildirecektir. Hakem kurulu tarafından verilen karar ile red isteminin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı otuz gün içinde Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini isteyebilir.

Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından verilen kararlar kesindir. Asliye Hukuk Mahkemesi red isteminin reddine karar verirse tahkim yargılaması davanın açıldığı hakem tarafından görülmeye devam edecektir. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından hakemin reddi isteminin kabulüne karar verilmesi halinde red edilen hakem yerine yeni

<sup>267</sup>

AKINCI, a.g.e., s. 116.

hakem seçilecektir. Ancak seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak kadar sayıda hakeminin ismen belirlenmiş olması halinde tahkim sona erecektir.

#### **2.6.11.6. Hakemin İstinkafı ve Azli**

Bir hakem hukukî veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi(istinkafı) veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer.

Tarafların anlaşması ile hakemin hakemlik yetkisinin sona ermesine hakemin azli denilmektedir.<sup>268</sup> Hakem ile taraflar arasında bilindiği gibi hakemlik sözleşmesi bulunmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmeye göre sözleşmenin hakem dışındaki uyuşmazlık taraflarınca her zaman sona erdirilmesi mümkündür. Hakem ismen belirlenmiş ve taraflar bu hakemi azlederlerse ise tahkim yargılaması da sona erecektir. Bu durumda taraflar ancak yeni bir tahkim sözleşmesi yaparak tahkim yoluna gidebilirler. Hakem ismen belirlenmemiş ise tahkim yargılaması sürecinde farklı bir hakem seçilerek uyuşmazlığı çözmesi istenebilir.

Taraflar hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda anlaşamayabilirler. Taraflar arasında hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda uyuşmazlık olursa, Asliye Hukuk Mahkemesinden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilirler. Asliye hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir.

Tarafların anlaşması, mahkemeden talepte bulunmasına dahi gerek olmadan hakemler de kendi rızası ile hakemlikten çekilebilirler. Hakemin kendiliğinden hakemlikten çekilmesine “istinkaf” adı verilmektedir.

MTK'nın 7(f) maddesine göre hakemin istinkaf etmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin red sebeplerinin varlığının kabulü anlamına gelmez. Hakemin hiçbir red sebebi olmadan hatta hiçbir gerekçe olmasa dahi taraflar anlaşarak hakemi azledebilirler. Yine hakem hiçbir gerekçe olmadan görevinden istinkaf edebilir. Her iki halde de hakemin red sebeplerinin bulunduğu kabul edilemeyecektir.

Ne var ki tarafların hakemi haksız olarak azletmesi durumunda hakemlik sözleşmesi gereğince hakeme ödenmesi gereken ücret ile hakemin uğradığı zarar veya yaptığı masrafları var ise bunu hakeme ödemekle yükümlü olacaklardır. Yine hakem haksız olarak istinkaf etmiş ise tarafların kendisine ödediği ücret var ise bunu iade edecek ve tarafların uğradığı zararı taraflara ödeyecektir.

#### **2.6.12. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk**

Tarafların arasında çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku seçmekte taraflar irade serbestisine sahiptirler. Taraflar sahip oldukları bu irade serbestisi sayesinde “aşına oldukları için kendi hukuk kurallarının uygulanmasını ya da bir ülke hukukunun ticaret alanında daha gelişmiş kurallara sahip olması dolayısıyla bu hukukun uygulanmasını isteyebilecekleri”<sup>269</sup> için diledikleri gibi hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası Tahkim Kanununun 12(C) maddesine göre de: ”Hakem veya hakem

<sup>268</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 61.

<sup>269</sup> ALİBABA, Arzu: Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara, 2005, s. 67.

kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.”denilmektedir.

Uluslararası ticari uyumsuzlukların çözüm yolu olarak tahkim seçildiğinde görüldüğünü gibi MTK taraf iradelerine üstünlük tanımaktadır. Böylelikle uluslararası ticaretin daha çok işlerlik kazanacağı düşünülmüştür. Zira uluslararası ticaret yapan kişi ya da kurumlar iradelerinin hür olması ve yaptıkları hukuki işlemler sonucunda öngörebildikleri sonucun gerçekleşmesini arzulamaktadırlar. Taraflara aralarında çıkabilecek uyumsuzlukların esasına uygulanacak hukuk kurallarını seçme serbestisi tanınması sayesinde taraflar MTK çerçevesinde tahkim yoluna başvurduklarında dünyadaki hiç bilmedikleri bir ülkede ticaret yaparak o ülke ile hiçbir irtibatı olmayan hukuk kurallarına göre uyumsuzluklarını çözebileceklerdir.

Aynı şekilde 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nin VII maddesinde :”Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbestirler. Eğer taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamışlar ise hakemler ihtilafın nev'ine göre münasip görecekları kanunlar ihtilafı kaidesinin tayin ettiği kanunu tatbik edeceklerdir”<sup>270</sup> denilmektedir. Yine Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nın 17.maddesinde:”Taraflar, hakem mahkemesinin uyumsuzluğun esasına uygulayacağı kuralları seçme konusunda serbestirler” denilmiştir. MTK'ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Tahkim Kurallarının 33.maddesinde:”Hakem mahkemesi, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak tarafların tayin ettiği hukuku uygulayacaktır”<sup>271</sup> denilmiştir.

Görüldüğü gibi MTK'nın dışında uluslararası sözleşmeler ile kurumsal tahkim kuralları ve UNCITRAL model kuralları da hemen hemen aynı şekilde düzenleme yaparak tarafların uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku seçme konusunda irade serbestisine sahip olduğunu kararlaştırmışlardır.

MÖHUK'un 24(I) maddesinde ‘sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir’ denilmektedir. Ancak MTK'da tarafların hukuk seçimini ‘açıkça’ yapacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Buradan yola çıkılarak MTK çerçevesinde tarafların hukuk seçiminin zımni olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>272</sup>. Taraflar açık ya da zımni olarak hukuk seçimini asıl sözleşmede, tahkim şartında veya uyumsuzluk sonrasında kararlaştırabilirler.

Tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde bu seçimin esas, usul ya da kanunlar ihtilafı kurallarından hangisi için yaptıkları açıkça kararlaştırmış olmaları gerekmektedir. Taraflar belirli bir devletin hukukunu seçmekle birlikte açıkça o hukuk kurallarının usul ya da kanunlar ihtilafı kurallarının seçildiği kararlaştırılmamışsa MTK'nın 12(C) maddesine göre seçilen hukuk maddi hukuk olarak kabul edilecektir. MTK yürürlüğe girmeden önceki dönemde taraflarca belirli devletin hukuk kuralları kabul edildiğinde bunun hem usul hem de esas hukuku kapsadığı kabul edilmekteydi. MTK'nın bu konudaki açık düzenlemesi karşısında artık taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça belirli devletin hukuk kuralları seçildiğinde esasa ilişkin kuralların seçildiği kabul edilecektir<sup>273</sup>.

Belirli bir devlet hukukunun seçilmiş olmasının o devletin ticari örf ve adetleri ile ticari teamüllerinin de uygulanması anlamına gelip gelmeyeceği konusu MTK ve uluslararası sözleşmeler ile kurumsal tahkim kurallarında farklı düzenlenmiştir. MTK'nın 12(C) maddesine göre sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz

<sup>270</sup> TURHAN/BAYRAKTAROĞLU/ERTEN, a.g.e., s. 48.

<sup>271</sup> TURHAN/BAYRAKTAROĞLU/ERTEN, a.g.e., s.144.

<sup>272</sup> AKINCI, a.g.e., s. 168.

<sup>273</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 98.

önüne alınır. MTK'ya göre esasa ilişkin seçilen devlet hukukunun bizatihi kendisinin ticari örf ve adetleri ile ticari teamülleri uygulama alanı bulacaktır. Halbuki uluslararası sözleşmeler ve kurumsal tahkim kurallarında seçilen hukukun ticari örf ve adetleri değil tarafların arasındaki uyuşmazlığa daha uygun çözüm üretecek “milletlerarası ticari uygulama sonucunda oluşan ticari örf ve adetlerin”<sup>274</sup> uygulanması söz konusu olacaktır. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nın 17. maddesinde hakem mahkemesinin, her halde esas sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari örf ve adetleri dikkate alacağını düzenlemiştir. Yine 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin VII. maddesinde hakemlerin ticari adetleri nazara alacakları kararlaştırılmış olmakla tarafların seçtiği hukukun ticari adetlerinin dikkate alınacağı kararlaştırılmamıştır.

MTK'nın 12(c) maddesine göre tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verecektir.

Bu konuda taraflarca “kurumsal tahkim” ya da “ad hoc” tahkim seçilmesine göre hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemede fayda vardır. Taraflarca uyuşmazlığın kurumsal tahkim yolu ile çözülmesi kararlaştırmış olması halinde esasa uygulanacak hukuk “kurumun tüzük ve yönetmeliklerinde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle”<sup>275</sup> belirlenecektir. Ad hoc tahkim yoluna gidilmiş ise tahkim yeri hukukunun ya da uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olan hukukun tespit edilerek uyuşmazlığın çözülmesi gerekmektedir<sup>276</sup>.

Yine MTK'nın 12(C) maddesi gereğince taraflar uyuşmazlığın esasına ilişkin uygulanacak esasa ilişkin kurallarını belirlemedikleri gibi hakemlerce de belirlenmesini istemeyebilirler. Taraflar böyle bir durumda hakem veya hakem kurulunca, açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak uyuşmazlığın çözülmesini kararlaştırabilirler.

Uyuşmazlığın hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözülmesi açıkça taraflarca kararlaştırılmış olması durumunda hakem ya da hakem kurulu belirli ülkenin hukuk kuralları ile bağlı olmadan uyuşmazlığı çözebilecektir. Ancak hakem ya da hakem kurulunun uyuşmazlığın çözümü konusunda hakkaniyet ve nesafete göre karar verecek olması keyfi, istediği gibi karar vereceği anlamına gelmeyecektir. Hakemlerin tarafların eşitliği, mahkemede karşılıklılık gibi hususlar ile o ülkenin kamu düzeni ve uluslararası kamu düzeni ile bağlı olduğu kabul edilmektedir<sup>277</sup>.

Hakemlerin uyuşmazlığı dostane aracı olarak çözmesi hakemlerin bağlayıcı karar alamayacağı anlamına gelmeyecektir. Dostane aracılıkta da hakemlerin verecekleri kararlar bağlayıcı olacaktır ancak bu yöntemde hakem ya da hakem kurulu mümkün olduğunca tarafları sulh etme konusunda gayret gösterecektir<sup>278</sup>.

## **2.6.13. Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar**

### **2.6.13.1. Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk**

Devlet mahkemeleri yargılama yaparken usul kuralları çerçevesinde yargılamayı yürütür ve karar verir. Tahkim mahkemesi de yargılamayı tahkim usulü kurallarına göre yürütmekle yükümlüdür. Duruşmaların nasıl yapılacağı, tahkim yeri ve dilinin ne

<sup>274</sup> AKINCI, a.g.e., s. 170.

<sup>275</sup> AKINCI, a.g.e., s. 171.

<sup>276</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 215.

<sup>277</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 100.

<sup>278</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 100.

olacağı, dava ve savunma dilekçeleri ile delillerin nelerden ibaret olduğu ve toplanması, süreler gibi konuların tamamı tahkim usulü kavramı içerisinde değerlendirilecektir.

Türk hukukunda tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.11.1951 tarih ve 1951/126 E.,1951/109 K. sayılı Kararından beri tahkim yargılamasının yürütüldüğü usul kuralları yargılama sonunda verilen hakem kararının milliyetini belirleyecektir<sup>279</sup>. Buna göre tahkim kararının Türk Usul Kuralları mesela MTK ya da HMK usul kuralları çerçevesinde verilmiş olması durumunda hakem kararı milli hakem kararı kabul edilecek ve buna bağlı olarak tenfiz edilmesi gerekmeyecektir. Ancak tahkim yargılaması yabancı bir hukuk, milletlerarası anlaşma yahut kurumsal tahkim usul kuralları çerçevesinde verilmiş ise hakem kararı yabancı hakem kararı sayılacak ve hakem kararının icra edilebilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için tenfiz edilmesi gerekecektir. Mesela hakem kararının ICC (MTO) Tahkim Kurallarına göre yürütülmesi durumunda hakem kararı yabancı hakem kararı sayılacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8(A) maddesi gereğince taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.

MTK'ya göre taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını istedikleri gibi irade serbestisine dayanarak belirleyebilirler. Başka bir ifade ile taraflar hiçbir devlet usul kuralı, kurumsal tahkim kurallarında belirlenen usul kuralları yahut milletlerarası tahkim kurallarını belirleyen metinlerde belirtilen kuralların uygulanmasını kararlaştırmadan uyuşmazlığa uygulanacak usul kurallarını belirleyebileceklerdir. Taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında usul kurallarını tek tek yazabileceği gibi ayrı bir anlaşma ile de usul kurallarını belirleyebilirler. Mesela taraflar tahkim sözleşmesinde tüm dilekçe, beyan ve delillerin verilmesi ile kararların tebliğinin belirli mail adresi üzerinden yapılacağını ve belirlenen mail adresine mailin gönderilmesinden bir hafta geçtikten sonra karşı tarafa tebliğ edilmiş sayılacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir usul düzenlemesi gelişen uluslararası ticaretin hızlı çalışma gereğine de uygun düşecektir.

Taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları tek tek belirlemek yerine belirli devletin usul kurallarının tahkim usulünde uygulanacağını kararlaştırabilirler. Mesela Alman, Fransız, İsviçre usul kurallarını tahkim yargılamasında uyulacak usul kuralları olarak belirlenebilir. Yine taraflar belirli tahkim usul kurallarının tahkim yargılaması usulünde uygulanmasını kararlaştırabilirler. Mesela Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları yahut İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Birlikliklik Yönetmeliğinin usul kurallarının gözetilmesi gerektiği taraflarca kararlaştırılabilir. Yahut milletlerarası metinler mesela UNCITRAL Tahkim Kurallarının tahkim kuralları olarak kararlaştırılması mümkündür.

Taraflar ister tek tek tahkim kurallarını belirlemiş olsunlar isterse belirli devletin, kurumsal tahkim kurallarını yahut milletlerarası metinleri tahkim usulü olarak belirlemiş olsunlar MTK'nın 8(A) maddesine göre MTK'nın emredici hükümlerine aykırı usul kuralları kabul edilemez. MTK'nın emredici hukuk kurallarına göre yürütülen tahkim MTK'nın 15/A/f maddesi gereğince iptale tabi olacaktır. Kural olarak Milletlerarası Tahkim Kanununun hemen hemen tüm maddeleri "aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça" diyerek başladığından MTK'nın genel olarak tamamlayıcı hukuk kurallarını içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak tahkim süresinin uzatılması yönünde taraflarca anlaşma sağlanamaz ise mahkemeden tahkim süresinin istenilmesine ilişkin MTK'nın 10(B) maddesinin emredici hukuk normu olduğunu dolayısıyla mahkeme

279

KALPSÜZ, a.g.e, s. 619.

dışında kurumsal tahkimde dahi tahkim süresinin mahkeme dışında bir kurum veya kişiden istenilemeyeceği doktrin tarafından kabul edilmektedir<sup>280</sup>.

Taraflar arasında tahkim usulünü belirleyen anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütecektir. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu taraflar arasında usul hukuku konusunda anlaşma yoksa uyuşmazlığa daha uygun olan usul kurallarının hakem mahkemesince seçilebilmesine müsaade etmemiştir. Buna mukabil çağdaş hukuk sistemleri esasa uygulanacak hukukun hakemlerce seçilebileceği gibi usule uygulanacak usul kurallarının da hakem mahkemesince seçilebileceğini öngörmektedir. En son olarak 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkime ilişkin Fransız Usul Kanununun 1509.maddesinde tahkim anlaşmasında uygulanacak usul hakkında düzenleme bulunmaması durumunda hakem mahkemesinin ihtiyacı kadar usulü ya doğrudan doğruya, ya da bir tahkim tüzüğüne veya usul kurallarına atıfta bulunularak hakem mahkemesince düzenleneceği belirtilmiştir<sup>281</sup>. Görüldüğü gibi Fransız Kanunu MTK'ya göre uyuşmazlığın ihtiyaçlarını daha çok giderebilecek liberal bir çözüm üretmiştir. Yine MTK'ya kaynak teşkil eden UNCITRAL tahkim kurallarının 15.maddesinde de hakem mahkemesinin uygun gördüğü şekilde tahkimi yürütme hakkına sahip olduğu belirtilerek tahkim usulünü belirleme konusunda takdir hakem mahkemesine bırakılmıştır.

### 2.6.13.2. Tarafların Eşitliği

Tahkim usulüne hangi hukuk kuralları uygulanırsa uygulansın hakem mahkemesince tarafların eşitliği ilkesine uyulması zorunludur. Zira tarafların eşitliği ilkesi köklerini 1215 tarihli Magna Carta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden öngörülen adil yargılanma ilkesinden alan vazgeçilmez bir kuraldır<sup>282</sup>.Milletlerarası Tahkim Kanununun 8(B) maddesi gereğince taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olup, iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağına sahiptirler.

Tarafların eşitliğinden “davada her iki tarafa iddia ve savunmalarını ileri sürme imkanının tanınması, taraflara eşit muamele edilmesi, mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenmeleri gibi milletlerarası usul hukukunun kamu düzeni kaidelerinin”<sup>283</sup> anlaşılması gerekecektir. Gerçekten de tarafların eşitliği ilkesi hem milletlerarası hem de MTK anlamında milli kamu düzenine ilişkin aksi kararlaştırılmayan emredici hukuk normu niteliğindedir.

Tarafların eşitliği ilkesi bu özelliği ile milletlerarası tahkime ilişkin hemen hemen tüm kurallarda kabul edilmiş bir usul kuralıdır. UNCITRAL tahkim kurallarının 15.maddesinde tahkim süresince, tarafların eşitliği ilkesine uyulmalı ve tahkimin her aşamasında taraflara davasını tam bir şekilde sunma imkanı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine kurumsal tahkime ilişkin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 15(2) maddesinde de hakem mahkemesinin her halde adil ve tarafsız davranacağı, taraflara iddialarını sunabilmesi için yeterli imkanı sunacağı kabul edilmiştir. 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa’da yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkime İlişkin Usul Kurallarının 1510.maddesine göre “seçilen usul ne olursa olsun, hakem mahkemesi tarafların eşitliğini garanti eder ve karşılıklı olarak itiraz etme ilkesine riayet eder”<sup>284</sup> denilmektedir

280 AKINCI, a.g.e., s. 123.

281 DAYINLARLI, Kemal: Loi De Reforme En France En Arbitrage Interne Et Interne Et International- Fransa’da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu, Ankara, 2011., s. 51.

282 PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara, 1997, s. 35.

283 KALPSÜZ, a.g.e., s. 101-102.

284 DAYINLARLI, a.g.e., s. 51.



### 2.6.13.3. Tahkim Yargılamasında Temsil ve Avukatlık

Tahkim yargılamasının bizzat tarafların katılması ile yürütülmesi mümkün olduğu gibi tarafların temsilcilerinin katılması ile de yürütülmesi mümkündür. Milletlerarası Tahkim Kanununun 8(B) maddesi gereğince tahkim yargılamasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler.

O halde milletlerarası tahkim yargılamasının devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalardan temsil ve avukatlık yönünden ciddi anlamda ayrıldığı görülmektedir. Devlet mahkemelerinde kural olarak temsil edilebilmek için avukat olmak şarttır. Buna rağmen milletlerarası tahkim yargılamasında vekalet ilişkisinin kurulması ve temsil faaliyetinin gerçekleşmesi için avukat olma şartı yoktur.

Yine Milletlerarası Tahkim yargılamasında temsil faaliyetini tüzel kişiler dahi organları vasıtasıyla tüzel kişi adına gerçekleştirebilir. Devlet mahkemesinde tüzel kişinin bir başka kişiyi temsil etmesi mümkün değildir.

Ayrıca Türkiye’de devlet mahkemelerinde avukatlık yapabilmek için Avukatlık Kanununun 3.maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak ile Türk Hukuk Fakültelerinin birinden mezun olmak şartı bulunmaktadır. Buna rağmen milletlerarası tahkimde temsil ilişkisinin kurulmasında temsilcinin ya da avukatın milliyetinin önemi yoktur.

MTK’nın 8(B) son fıkrasında belirtildiği gibi yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından temsil edilebilme mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz. Bu düzenlemenin amacı milletlerarası tahkim için dahi olsa Türk hukukunda ancak Türk vatandaşlarının avukatlık yapabileceği kuralının kamu düzenine ilişkin bir düzenleme oluşu ve bu düzenleme hakkında istisnai bir düzenleme oluşturulmak istenmemesidir.

### 2.6.14. Hakem Kararına Karşı Kanun Yolu

Türk hukukunda hakem kararına karşı kanun yolu denildiğinde mülga Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanuna göre temyiz, yargılamanın iadesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte iptal yolu anlaşılmaktaydı. Milli tahkimde hakem kararlarına karşı kanun yolu temyiz ve yargılamanın iadesi iken Milletlerarası Tahkim Kanununda iptal davası olmaktadır.

Milli Tahkimde mülga 1086 sayılı Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu gereğince gidilebilecek kanun yolu olan temyize başvurabilmek için kural olarak “tahkim süresi bittikten sonra karar verilmiş olması; talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi; hakemlerin yetkileri (görevleri) dahilinde olmayan bir konuda karar vermiş olmaları; hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları”<sup>285</sup> şartlarından birinin gerçekleşmiş olması aranmaktaydı.

HUMK’un 533.maddesi gereğince temyiz incelemesi sonucunda ancak bu sebeplerden birinin bulunması halinde hakem kararının bozulabileceği kabul edilmişti. Ancak milli tahkimde temyiz sebepleri Yargıtay tarafından yasaya rağmen sınırlayıcı bulunmamış ve farklı temyiz sebepleri içtihatları oluşturulmuştu.

Yargıtay, 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İctihadı Birleştirme kararında:“...Taraflar, hakem sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyumsuzluğu maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermeleri zorunlu olup, buna aykırı karar vermeleri bir temyiz sebebi

285

**KURU/ARSLAN/YILMAZ:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004. s. 950, 951.

oluşturur”<sup>286</sup> şeklinde karar vermiştir. Ayrıca doktrin tarafından da hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceğinden yargılamanın iadesi sebeplerinin temyiz, başka bir deyişle de bozma sebebi teşkil etmesi kabul edilmekteydi.<sup>287</sup> Hakemlerin hakkaniyete göre karar verebileceği, herhangi bir devletin mevzuatı ile bağlı olmayacağı tahkim sözleşmesinde kararlaştırılsa bile hakkaniyetin uygunluğu dahi temyiz yolunda incelenebilmekteydi.

Bu gerekçelerle milli tahkim yolu tercih edilmemekteydi. Zira hakemlerin vermiş olduğu her karar gerek esas, gerekse usul açısından temyiz edilebiliyor ve Yargıtay genellikle hakem kararlarının bozulmasına karar veriyordu. Yargıtay devlet mahkemelerinin dışında yargılama yetkisini paylaşmak istemediği için tahkim yargılaması dar alana hapsedilmiş konumdaydı.

Bu durum uluslararası ticaret yapan kişilerin Türkiye’de ticaret yapmalarını da engellemekteydi. Zira uluslararası ticaret yapan kişiler devlet mahkemelerine yargılamanın uzunluğu, bürokratik engel ve masraflar ile devlet mahkemelerinin milliyetçi davranmaları sebebiyle genellikle gitmek istememekteydiler. Yabancı hakem kararı olarak verilen hakem kararlarının MÖHUK hükümleri çerçevesinde tenfiz ve tanınması özellikle mütekabiliyet şartı arandığı için oldukça zordu. Her ne kadar 1958 tarihli New York Sözleşmesi ile tenfizde kolaylık sağlanmış olsa da Türk Hukukunun emredici usul kuralları çerçevesinde verilmiş hakem kararları milli hakem kararı sayıldığından, taraflarca yabancı sanılan hakem kararının milli hakem kararı kabul edilmesi de mümkün olabiliyordu. Böylelikle Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi oluyor ve yapılan tahkim yargılaması bozma kararı ile zaman kaybına yol açıyor ve uluslararası ticaretin hukuki güvenliğini ortadan kaldırıyor.

Uluslararası ticaretin ülkemizde de yaygınlaşması ve yabancı sermayenin ülkemize gelmesi için 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu UNCITRAL Tahkim Kuralları kaynak alınarak hazırlandığından Türkiye’de ticaret yapan uluslararası özel veya tüzel kişilerin ya da uluslararası ticaret yapan Türk özel ya da tüzel kişilerin Yargıtay’ın temyiz denetimine tabi olmayan tahkim yargılaması yoluna gitme imkanları doğmuştur. MTK’nın 15.maddesinde belirtildiği gibi hakem kararlarına karşı temyiz incelemesi mümkün olmadığından milletlerarası ticari tahkime dair verilen kararların devlet mahkemeleri tarafından esastan denetlenmesi mümkün değildir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin hükümleri eleştirilirken 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tahkime ilişkin düzenlemeleri olumlu karşılanmaktaydı. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin düzenlemeleri 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu tahkim yargılamasında devrim niteliğinde, hatta uluslararası ihtiyaçları fazlasıyla karşılayan düzenlemeler getirmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki tahkime dair düzenlemeler ile artık milli tahkime ilişkin hakem kararlarında kanun yolu olarak temyiz değil, iptal yoluna başvurulabilecektir. Böylelikle Türk Hukukunda gerek milli gerekse milletlerarası tahkimde kanun yolu olarak iptal kurumu yeknesaklaşarak kabul edilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu paralelinde düzenlemeler getirirse de tahkim açısından MTK’ya göre daha elverişli ve ilerici düzenlemelerde bulunduğu söylenebilir. Zira MTK çerçevesinde

<sup>286</sup> **KURU/ARSLAN/YILMAZ:** Medeni Usul Hukuku, s. 952(28.01.1994 gün ve 4/1 sayılı İkt. Bir. Kar. :RG 13.04.1994,sa.21904, s. 5-20).

<sup>287</sup> **KURU/ARSLAN/YILMAZ,** a.g.e., s. 953.

verilmiş hakem kararında iptal yoluna başvurulduğunda ve iptal isteminin reddine karar verildiğinde, karar kesinleşmeden hakem kararı icra edilemezken HMK'nın 439.maddesi gereğince hakem kararına karşı iptal davasının reddedilmesi durumunda red kararının temyiz edilmesi hakem kararının icrasını durdurmuyacaktır. Bu düzenlemeyi, tahkim kurumuna karşı güven teşkil edilmesi gereğinin kanundaki ifadesi olarak görmek lazımdır.

Yine HMK'nın 444.maddesinde tahkim kısmında düzenlenen konularda, "aksine hüküm bulunmadıkça kanunun diğer hükümleri uygulanmaz" düzenlemesi getirilmiştir. Kanunun bu düzenlemesinin sebebi, genel olarak devlet mahkemelerindeki yargılama ile tahkim yargılamasının birbirinden ayrılmasıdır. Düzenlemenin özel olarak sonucu ise iptal sebeplerinin Yargıtay ve Doktrin tarafından kanunun diğer maddelerine dayanarak genişletilmesinin artık mümkün olmamasıdır.

Dünyada tahkim kurumu mesela Birleşik Krallık ya da Fransa'da olduğu gibi milli tahkim sürecinden milletlerarası tahkim sürecine doğru gelişmekteyken Türk hukukunda milletlerarası tahkim kurumundan milli tahkim kurumuna doğru geliştiği görülmektedir. Ancak Türk Hukukundaki bu düzenlemelerin uluslararası ticareti geliştirecek ve yabancı sermayeyi Türkiye'ye çekebilecek nitelikte olduğunu belirtmekte fayda vardır.

#### **2.6.14.1. İptal Yolu ve İncelenmesi**

Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde verilen hakem kararlarına karşı kanun yolunun Türk hukukunda iptalden ibaret olduğu yukarıda belirtilmişti. Gerçekten de kanunun "hakem kararlarına karşı kanun yolu" başlıklı beşinci bölümünün 15(A) maddesinde hakem kararlarına karşı ancak iptal yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

İptal yolunun kanun yolu olup olmadığı da eleştiri konusu olabilir. Zira kanun yolunda gidilecek merci daha üst seviyede mahkeme olup, kararın esastan denetimini sağlamaktadır.<sup>288</sup> Halbuki, iptal yolunda gidilecek merci üst merci değil Asliye Hukuk Mahkemesidir. Ayrıca iptal yolunda kararın esastan denetlenmesi yapılmaz. Doktrinde iptal yolunun bu özellikleri sebebiyle iptal yolu hakem kararına karşı müracaat yolu olarak da nitelendirilmektedir.<sup>289</sup>

Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkından ancak başvuru süresinin başlamasından sonra feragat etmek mümkündür. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olarak verilen hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma hakkından başvuru süresinin başlamasından önce de feragat etme imkanının bulunduğu haller mevcuttur. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15. maddesinde: "Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebileceklerdir" denilerek bu durum düzenlenmiştir. Ya da Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi hakem kararına karşı da taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Tarafların bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından feragat etmesi mümkündür. Zira tahkim yargılamasına üstünlük sağlamak ve devlet mahkemelerinin müdahalesini engellemek isteyen tarafların böyle bir yola başvurusu sıkça görülmektedir. Mahkemenin kendiliğinden gözetmesi gereken iptal sebeplerinden tarafların feragat etmesi ise mümkün değildir. Zira kanunun mahkemece kendiliğinden gözetmesi gerektiğini düzenlediği "tahkime

<sup>288</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 125.

<sup>289</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 124.

elverişlilik” ile “kamu düzeni” ilkeleri kanunun emredici hukuk kuralları niteliğinde olduğundan taraflarca aksi kararlaştırılamayacaktır.

İptal istemi davayı gören mahkeme aksine karar vermedikçe dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Kanun koyucu iptal davalarının öncelikle sonuçlanmasını istediği için mahkemenin takdirine göre duruşma yapılmaksızın da iptal davaları hakkında karar verilebileceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce duruşma yapılmaksızın açıklığa kavuşmayacak olguların bulunması durumunda duruşma yapılmasında fayda olacaktır. Mesela taraflardan biri isticvap edilmeden hakim yeterli kanaat oluşturamayacaksa duruşma yaparak tarafları dinlemesinde fayda vardır.

Mahkeme iptal davasını incelemesi sırasında iptal sebeplerinden bir kısmı olan M.T.K'nın 15/1-a,b,c,d,e,f,g maddelerinde öngörülen iptal sebepleri davacı tarafından ispat edilecektir. İptal sebeplerinin diğer kısmı olan 15/2-a,b.maddeleri gereğince uyuşmazlığın Türk Hukukuna göre tahkime elverişliliği ve kararın kamu düzenine uygun olup olmadığını ise mahkeme kendiliğinden (res'en) inceleyecektir.

Bilindiği gibi tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarının doğrudan icra edilebilmesi mümkün değildir. Kararın icra edilebilmesi için devlet mahkemelerinden kararın icra edilebilir olduğuna dair karar alınması gerekmektedir. İşte iptal davasının reddedilmesi durumunda, red kararının kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa verecektir. Yahut taraflar iptal davası açma hakkından feragat etmiş veya iptal davası açma süresini geçirmiş olabilirler. Her iki durumda da taraflardan biri hakem kararını cebri icra yolu ile icra edebilmek için mahkemeden hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge isteyecektir.

Hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgeyi vermeden önce mahkeme kendiliğinden, taraflardan birinin istemde bulunmasına gerek olmaksızın kararın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceğini inceleyecektir. Bu halde de mahkemece aksine karar verilmedikçe duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilebilecektir.

#### **2.6.14.2 İptal Sebepleri**

##### **2.6.14.2.(1). İptal İsteminde Bulunan Tarafça İspat Edilecek İptal Sebepleri**

##### **2.6.14.2.(1).(a). Taraflardan Birinin Ehliyetsiz Olması veya Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması**

##### **2.6.14.2.(1).(a).(a). Ehliyetsiz Kişiler Tarafından Tahkim Anlaşmasının Yapılması**

Tahkim yargılaması gerek Türk gerekse Yabancı hukuk sistemlerinde istisnai yargı yoludur. Tahkim yargılamasının yapılabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının tahkim sözleşmesi yapması gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ise öncelikle sözleşmenin taraflarının ehliyetli olması gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-a maddesinde tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyetli olmaması iptal sebebi olarak kabul edilmiştir.

Tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyetli olmasından kasıt tarafların “hak ve fiil ehliyetine” sahip olmasıdır. Hak ve fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler tarafından yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağı tüm hukuk sistemleri tarafından kabul edilmektedir. Bilindiği gibi hak ehliyeti hak ve borçlara sahip olma ehliyetidir. Çağdaş hukuk sistemlerinde gerçek veya tüzel her kişi hak ehliyetine sahiptir. O halde hak ehliyetine sahip olabilmek için hukuk düzenin tanımladığı şekilde kişi olmak gerekmektedir. Her kişi hak ehliyetine sahip olmakla birlikte fiil ehliyetine sahip

olmayabilir. Fiil ehliyetine hukuk düzenine tanıdığı sınırlar çerçevesinde sahip olan kişiler tahkim sözleşmesi yapabileceklerdir. Zira fiil ehliyetine sahip kişiler yaptıkları hukuki işlem veya fiilin sonuçlarını öngörebilecek kişilerdir.

Her hukuk düzeni hak ve fiil ehliyetini farklı şekilde düzenlemiş olabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde verilen hakem kararları ile ilgili tahkim sözleşmesini yapan kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları çerçevesinde çözümlenecektir<sup>290</sup>.

Türk Kanunlar ihtilafı kurallarını Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun düzenlemektedir. MÖHUK'un 9(1) maddesine göre gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti ilginin milli hukukuna tabidir. Buna göre tahkim sözleşmesinin taraflarından her birinin hak ve fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi tarafların milli hukukuna bakılarak belirlenecektir.

Kural bu şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte MÖHUK'un 9(2) maddesinde milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlı olduğuna ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. O halde yabancı bir kişi Türkiye'de tahkim sözleşmesini yapmış ise kendi milli hukukuna göre ehil olmasa bile Türk hukukuna göre ehil ise tahkim sözleşmesinin taraflarının ehil olduğu kabul edilecektir. Bunun dışında kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile de sona ermeyecektir. Tahkim sözleşmesinin tarafı sözleşmeyi yaptığı sıradaki milli hukukuna göre ergin ise daha sonra vatandaşlığının değişmesi ile erginliğinin ortadan kalkması söz konusu olmayacaktır.

MÖHUK'un 9(4) maddesi gereğince tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde hak ve fiil ehliyeti hakkında Türk hukuku uygulanabilecektir. MÖHUK'un 9(5) maddesine göre ise statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tabi olacaktır.

#### **2.6.14.2.(1).(a).(b). Tahkim Anlaşmasının Tarafların Kararlaştırdığı Hukuka Göre Böyle Bir Hukuk Yok ise Türk Hukukuna Göre Geçersiz Olması**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. Kanun öncelikle tarafların iradesine üstünlük tanıyarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku taraflarca seçilebilme serbestisini getirmiştir. Taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçilmiş ise seçilen hukuka göre tahkim anlaşması geçersiz ise hakem kararının iptali gerekecektir. Taraflarca tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk seçilmemiş ise tahkim anlaşmasına Türk Kanunlar İhtilafı gereğince hangi hukuk düzenin uygulanması gerektiği belirlemeyecektir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanuna göre böyle bir durumda Türk hukuku uygulanacaktır. Türk hukukuna göre tahkim sözleşmesi geçersiz ise hakem kararı iptal edilecektir.

Tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak hususlardan biri yine Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna göre tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının bu maddede düzenlenen şekil şartına aykırı olarak yapılmış olması iptal sebebi teşkil edecektir.

<sup>290</sup>

AKINCI, a.g.e., s. 213.

Kanununun 4.maddesinde dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması halinde tahkim sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir. Kanunun aradığı anlamda yazılı şekilde tahkim sözleşmesi yapılmamış olmakla birlikte davalı cevap dilekçesinde tahkim sözleşmesinin bulunmadığı, tahkim yoluna gidilemeyeceği itirazında bulunmaması halinde dürüstlük kuralları gereğince daha sonra iptal davası açarak tahkim sözleşmesinin kanunun aradığı anlamda yazılı şekilde yapılmadığı iddiası ile kararın iptalini isteyemeyecektir.

Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacağını kanun düzenlemiştir. Tahkim sözleşmesi ya da esas sözleşme olmamakla birlikte asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartını içeren herhangi bir belgeye yollama yapılması tahkim sözleşmesinin yapılmış olduğu anlamına geleceğinden, bu sebeple tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası ile hakem kararı iptal edilemeyecektir.

Tahkim sözleşmesi asıl sözleşmenin kaderine tabi değildir. Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Asıl sözleşme geçersiz dahi olsa tahkim anlaşması geçerli ise uyuşmazlık tahkim yolu ile çözülecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemesi oldukça isabetlidir. Aksi durum kabul edilecek olsaydı tahkim yoluna başvurulması oldukça güçlük arz edecek ve tarafların uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözme iradesi göz ardı edilmiş olacaktı.

#### **2.6.14.2.(2). Usule Aykırı Hakem Seçimi Yapılması**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-b maddesinde hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu kanunda öngörülen usule uyulmadığını başvuruyu yapan taraf ispat ederse hakem kararının iptal edileceği düzenlenmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7.maddesine göre taraflar, hakemlerin sayısını belirlemekte serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır. Taraflarca hakem sayısı tek olmak şartı ile istenildiği gibi belirlenebilir. Taraflarca hakem sayısı beş olarak belirlenmiş ancak üç hakem tarafından uyuşmazlık hakkında karar verilmiş ise tarafların anlaşmasında belirlenen usule uyulmadığı için hakem kararının iptali gerekecektir.

Taraflarca hakemlerin sayısı kararlaştırılmamışsa Kanunun 7.maddesi gereğince üç hakem seçilecektir. Taraflarca hakemlerin sayısı kararlaştırılmamış olmakla birlikte beş hakem seçilmiş olması halinde kanunda öngörülen usule uyulmadığı gerekçesi ile kararın iptali gerekecektir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamış ve üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse taraflardan birinin istemi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar. Kanunun aradığı bu usule uyulmadan hakem seçiminin yapılması da iptal sebebi teşkil edecektir.

### **2.6.14.2.(3). Tahkim Süresi İçinde Kararın Verilmemesi**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-c maddesi gereğince kararın tahkim süresi içerisinde verilmediğini iddia eden taraf iddiasını ispat ettiği takdirde hakem kararı iptal edilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 10(B) maddesine göre taraflar tahkim süresinin başlangıcını ve ne kadar süreceğini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim yargılamasının başlangıcı ve süresini kararlaştırmışlarsa ve tahkim bu süre içinde sonuçlandırılmamışsa bu durumu iddia eden kişinin ispatı üzerine hakem kararı iptal edilecektir. Kanunun 10(B) maddesine göre taraflar aksini kararlaştırmamış iseler tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Bu süre içinde karar verilmemiş veya bu süre geçtikten sonra karar verilmiş ise yine iddia sahibi iddiasını ispat ederek hakem kararını iptal ettirebilir.

Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine Asliye Hukuk Mahkemesince uzatılabilecektir. Mahkeme tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebi reddetmiş ve uyuşmazlık hakkında tahkim süresi içerisinde karar verilmemiş ise tahkim yargılaması sona erecektir. Tahkim yargılamasının sona ermesine rağmen hakem veya hakem kurulunun karar vermesi halinde verilen karar iptal edilebilecektir.

### **2.6.14.2.(4). Hakemin Kendi Yetkisine Dair Hukuka Aykırı Karar Vermesi**

Hakem veya hakem kurulu, kendi yetkisi hakkında yapılan itirazlar hakkında karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceleyecek ve karara bağlayacaktır. Hakem veya hakem kurulunun yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde tahkim sona erer ve artık devlet mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir<sup>291</sup>. Hakem veya hakem kurulunun yetkili olduğuna karar vermesi halinde ise tahkim yargılaması devam eder. Hakem veya hakem kurulunun yetkili olduğuna karar vermesi halinde bu karara karşı devlet mahkemelerinde dava açılmaz.

Hakem veya hakem kurulu yetkisi hakkında karar verirken bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilecektir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacaktır.

Taraflarca hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılabilecektir. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmayacaktır. Zira dürüstlük kuralları gereğince derhal itirazda bulunmayıp hakemlerin yetkisini zımni olarak kabul eden kişiler daha sonra bu sebebe dayanarak itiraz edebilmelerine kanun cevaz vermemiştir. Ancak hakem veya hakem kurulu, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar doğrultusunda hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde verilen karar Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-d maddesi gereğince iptal edilebilecektir.

<sup>291</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 135.

### **2.6.14.2.(5). Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması veya Hakemin Yetkilerini Aşması veya Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi**

#### **2.6.14.2.5.(1). Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması**

Tahkim anlaşması taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği anlamına gelmez. Kaldı ki taraflar arasında çıkabilecek tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine dair yapılmış tahkim anlaşması da zaten geçersiz olacaktır. Tahkim anlaşması taraflar arasındaki belirli uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğinin kararlaştırıldığı anlaşmalardır. Taraflar arasındaki tahkim yolu ile çözümleneceği kararlaştırılmayan uyuşmazlıklar hakkında hakem veya hakem kurulu tarafından karar verilemez.

Aynı şekilde tahkim sözleşmesinde tahkim anlaşmasının dışında kalan konular da belirlenmiş olabilir<sup>292</sup>. Mesela sözleşmeden doğan manevi tazminat davalarının tahkim yargılaması dışında kaldığı tahkim sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olabilir. Buna rağmen hakem veya hakem kurulu tarafından manevi tazminat konusunda karar verilmesi halinde tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verilmiş olması sebebiyle hakem kararı iptale tabi olacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-e maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi halinde hakem kararının iptaline karar vermek gerekecektir.

#### **2.6.14.2.5.(2). Hakemin Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi veya Yetkilerini Aşması**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-e maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun, istemin tamamı hakkında karar vermediğinin ya da yetkisini aştığının ispatlanması halinde hakem kararı iptal edilebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre hakem veya hakem kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların iddia ve taleplerinin tamamı hakkında karar vermekle yükümlüdür. Taraflardan birinin talebini inceleyip karar vermesine rağmen diğerinin talebi hakkında karar vermemesi halinde hakem kararı iptal edilecektir. Aynı şekilde taraflardan birinin talebinin bir kısmı hakkında karar verilmesi buna rağmen diğer kısmı hakkında karar verilmemesi halinde hakem kararı iptal edilebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olarak hakem veya hakem kurulunun yapmış olduğu yargılamada aksine bir düzenleme olmadıkça iddia ve talepleri genişletebilmek mümkün olduğundan hakem veya hakem kurulunun iddia ve taleplerin genişletilmiş olduğundan bahisle genişletilen iddia ve talepler hakkında karar vermemesi de taleplerin tamamı hakkında karar verilmemesi sebebiyle hakem kararının iptaline sebep olabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 14(B) maddesine göre taraflardan her biri hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde hakem kararı hakkında düzeltme veya tamamlama kararı verilmesini talep edebilirler. Tarafların hakem kararının iptali yoluna gitmesinden önce hakem veya hakem kurulundan tamamlama kararı verilmesini istemesi halinde hakem kararının iptalinin önüne geçilebilecektir<sup>293</sup>.

<sup>292</sup> AKINCI, a.g.e., s. 219.

<sup>293</sup> AKINCI, a.g.e., s. 221.



Hakemlerin yetkisini aşmaları da Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptal sebebidir. Kanunda geçen “yetki” kelimesi esasında hakem veya hakem kurulunun “görev” sınırlarını belirlemektedir<sup>294</sup>. Tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı ile hakemler uyuşmazlığı çözmekle yetkilendirilmiş ve aynı zamanda görevlendirilmişlerdir. Hakem veya hakem kurulu tahkim sözleşmesi içerisinde kalmakla birlikte bazı durumlarda yetkisini aşabilirler.

Hakem veya hakem kurulu tarafların talepleri ile bağlıdır. Tarafların taleplerini aşacak şekilde karar verilmesi halinde hakem veya hakem kurulu yetkisini aşmış olacaktır<sup>295</sup>. Mesela taraflardan biri diğer taraftan 100.000 TL istemiş olsun. Hakem veya hakem kurulu 115.000 TL verilmesine karar vermesi halinde yetkisini aşmış olacak ve kararın iptali gerekecektir.

Hakem veya hakem kurulunun karar verirken uyması gereken maddi hukuk kurallarını taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflarca esasa ilişkin uymakla yükümlü olduğu maddi hukuk kurallarına aykırı hareket etmesi, uymaması durumunda hakem kararının yetki aşımı nedeniyle iptali söz konusu olabilecektir<sup>296</sup>. Mesela taraflar aralarındaki uyuşmazlığın esası hakkında Fransız Ticaret Hukuku’nun uygulanması kararlaştırılmış buna rağmen hakem veya hakem kurulunun Fransız Ticaret Hukuku’na aykırı karar vermiş olması halinde hakem kararı yetki aşımı sebebiyle iptal edilebilecektir.

#### **2.6.14.2.(6). Usulüne Uygun Olarak Tahkim Yargılamasının Yürütülmemesi ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 8(A) maddesi gereğince taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartında ayrıntılı olarak belirleyebilirler. Ya da herhangi bir kanun, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilirler.

Tarafların kararlaştırdıkları usul kuralları emredici hukuk kurallarıdır. Türkiye’de yapılan bir tahkimde taraflar arasında usul kuralları farklı şekilde belirlenmiş olsa da Milletlerarası Tahkim Kanununun emredici usul hukuk kurallarına aykırı olarak karar verilemeyecektir<sup>297</sup>. O halde tarafların belirlediği usul kuralları emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile hakemler tarafından uygulanacak, uygulanmaması kararın iptali sebebini teşkil edebilecektir.

Taraflar arasında tahkim usulüne ilişkin anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütecektir. Hakem veya hakem kurulunun Milletlerarası Tahkim Kanununun usul kurallarına aykırı karar vermesi de kararın iptal edilmesine sebep olabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-f maddesinde taraflardan birinin tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, MTK hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu ispat etmesi halinde kararın iptal edilebileceği düzenlenmiştir. O halde tüm usul kurallarına aykırılık hakem veya hakem kurulu kararının iptalini gerektirmeyecektir. Eğer her usule aykırılık hakem veya hakem kurulu

<sup>294</sup> AKINCI, a.g.e., s. 221.

<sup>295</sup> AKINCI, a.g.e., s. 222.

<sup>296</sup> AKINCI, a.g.e., s. 223.

<sup>297</sup> TANRIVER, Süha: Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de tenzifi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara, 1998. a.g.e., s. 478.

kararının iptaline sebep olsaydı pek çok hakem kararı iptal edilebilirdi. Zira sıklıkla önemsiz bazı usule aykırılıkların yapıldığı görülmektedir. Kanun koyucu bu düşünceden hareketle ancak usule aykırılığın kararın esasına etkili olması halinde kararın iptal edilebileceğini düzenlemiştir.

Usule aykırılığın kararın esasına etkili olması hali her olayın özelliklerine göre mahkeme tarafından belirlenecektir. Taraflar arasında tahkim usulüne ilişkin olarak tebligatın elektronik posta yolu ile yapılması kararlaştırılmış, buna rağmen dava dilekçesi karşı tarafa normal posta yolu ile gönderilmiş ise burada yapılan usule aykırılığın, savunma hakkını kısıtlaması sebebiyle kararın esasına etkili olduğundan bahisle iptal edilmesi gerekecektir.

#### **2.6.14.2.(7). Tarafların Eşitliği İlkesine Aykırılık**

Tarafların eşitliği ilkesi hakem veya hakemlerin her birinin taraflara eşit davranma yükümlülüğünü ifade eder. Taraflarca seçilmiş olsa dahi her hakem taraflara eşit muamele yapmak zorundadır<sup>298</sup>. Aksi takdirde Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-g maddesi gereğince tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi sebebiyle hakem kararının iptali gerekebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 8/B/1 maddesinde tarafların, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olduğunu ifade etmekle taraflara eşit muamele yapılmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı maddede taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınması gerektiği vurgulanmıştır.

Tarafların eşitliğinden anlaşılması gereken, tahkim yargılaması sırasında tarafların kim olduğunun önemi olmaksızın yargılama usulünde eşit haklara sahip olabilmesidir. Taraflardan birine beş gün diğerine on gün içerisinde beyanlarını sunması için süre verilmesi durumunda açıkça tarafların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığı söylenebilir. Kanun koyucu her olayın kendi özelliğine göre tarafların eşitliği ilkesine aykırı davranılıp davranılmadığını belirlemek üzere iptal davasına bakan mahkemeye takdir yetkisi tanımıştır.

#### **2.6.14.3. Mahkeme Tarafından Res'en Dikkate Alınacak İptal Sebepleri**

##### **2.6.14.3.1. Tahkime Elverişli Olmayan Uyuşmazlık**

“Tahkime elverişlilik” tahkim yolu ile çözülebilecek uyuşmazlıkları ifade etmektedir. Tahkime elverişli olmayan bir konuda hakem veya hakem kurulu kararı verilemez. Zira kanun koyucu tahkim yargılamasını tanımış olmakla birlikte devlet mahkemelerinin bazı uyuşmazlıklar hakkında münhasıran yetkili olabileceğini çeşitli düşüncelerle kabul etmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/2 –a maddesi gereğince mahkemece hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı tespit edilirse hakem kararı iptal edilir. Diğer iptal sebeplerinden farklı olarak dikkat edildiği gibi taraflardan biri tarafından iddia edilme ve bu iddianın ispatı şartı bu iptal sebebi için öngörülmemiştir. Kanun koyucu tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim yoluna başvurulamayacağını kabul etmiştir. Her nasılsa kanun koyucunun bu emredici düzenlemesine aykırı hareket edilerek tahkim yoluna gidilmiş ise mahkeme tarafından önüne gelen iptal davasında yahut icra edilebilirlik belgesinin istenmesi halinde kendiliğinden uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

<sup>298</sup>

AKINCI, a.g.e., s. 231.

Hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusu ise Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar” hakkında tahkim yoluna başvurulamayacağını, başka bir ifade ile bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir.

Birinci düzenleme Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına yöneliktir. Buna göre bir taşınmaz üzerindeki uyuşmazlığın tahkime elverişli olmayacağını gösteren birinci şart taşınmazın Türkiye’de bulunmasıdır. Eğer taşınmaz Türkiye dışında bulunuyorsa Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenmesine engel bulunmamaktadır. Yine Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkındaki tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını söyleyemeyiz. Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin olan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenemeyecektir. Aynı hak niteliğinde olmayan taşınmaz mallar üzerindeki kira gibi uyuşmazlıkların ise tahkim yolu çözümlenmesinde engel bulunmamaktadır.

Yine Kanun iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir. Kanun koyucu tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konularda tahkim yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını kabul etmiştir. Mesela bir iş hukuku uyuşmazlığının tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün değildir. Zira böyle bir durumda işveren üstünlüğünü kullanarak işçiye baskı ile iş sözleşmesini imzalatırabilir. İş sözleşmesinde işçinin tahkim yoluna başvurulacağını kabul etmesi özgür iradesi ile verilmiş bir karar olmadığından tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözülmesi mümkün değildir. Bunun dışında “boşanma, ayrılık, evliliğin geçersizliği veya varlığı, velayet ve vesayet ile ilgili uyuşmazlıklarda, çocuğun tanınmasının reddinde, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasında, kişisel durumların tespitinde, kanuni nafaka talepleri”<sup>299</sup> hakkında tahkim yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir.

#### 2.6.14.3.2. Kamu Düzenine Aykırı Nitelikteki Karar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/2-b maddesi gereğince kararın kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilir ise karar iptal edilebilecektir. Mahkemeler tarafından res’en dikkate alınacak kamu düzenine aykırılıklardan kasıt Türk kamu düzeni anlayışıdır. Başka bir ülkenin kamu düzeni anlayışı mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmayacaktır.

Türk kanunlarında kamu düzeni kavramının tanımı yapılmamıştır<sup>300</sup>. Gerek doktrin gerekse yargı içtihatları neticesinde kamu düzeni Türk iç hukukunda “milli hukuk düzeninin dayandığı temel prensiplerin, Türk ahlak ve adab anlayışının ve Türk toplumunun temel menfaatlerini koruyan kaideler”<sup>301</sup> şeklinde tanımlanabilir<sup>302</sup>.

Yargıtay 28.1.1994 gün ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında:”hakem sözleşmesinin tarafları hakem sözleşmesi veya şartında uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermelidir”<sup>303</sup> denilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı gereğince taraflarca kararlaştırılan maddi hukuk kurallarına aykırı olarak verilmiş hakem kararları kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

299 KALPSÜZ, a.g.e., s. 144.

300 KALPSÜZ, a.g.e., s. 146.

301 ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Takimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 378.

302 KALPSÜZ, a.g.e., s. 146.

303 EKŞİ, a.g.e., s. 50-51.

Kira bedelinin tespiti hususu her ne kadar taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık olmasa da Yargıtay bu hususun tahkim yolu ile çözümlenmesini kamu düzenine aykırı kabul etmiş olduğundan kira bedelinin tespitine ilişkin kararların kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile iptal edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır<sup>304</sup>. Yargıtay 3.H.D. 02.12.2004 tarih ve 2004/13018 E. ,2004/13409 K. sayılı bu kararında kira bedeline ilişkin konuların aynı zamanda tahkime elverişli de olmadığını vurgulamaktadır: "..., tahkim sözleşmesi yalnız tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür. Bundan maksat, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartı) yapılabilir. İki tarafın arzusuna tabi olmayan konularda tahkim cereyan etmez.Yani tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim caiz değildir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamaz. Kira tespiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleriyle kira parasını karşılaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkündür. Dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkileri sınırsız değildir. Kaldı ki kiracı, kiralayanın talep ettiği kira bedelini de ödemek zorunda değildir. O halde kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı... geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir<sup>305</sup>, denilmektedir.

Yine taşınmazın aynına ilişkin olmayan arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinin feshedilip edilmeyeceği konusunda verilen bir hakem kararı hakkında Yargıtay 15.H.D. 24.05.2007 tarih ve 2007/193 E. ,2007/3494 K sayılı Kararında: "Hakemlerce fesih istemi değerlendirilirken, sözleşmelerin geçerli olup olmadığı sonradan geçerli hale gelip gelmediği hususları yeterince değerlendirilmemiştir. Oysa yukarıda izah olunduğu üzere noterde düzenleme şeklinde yapılmakla beraber sonradan diğer paydaşların katılmaması ve sözleşmeye konu tüm işlerin tamamlanmamış olması karşısında sözleşmelerin ifa olanakları kalmamıştır. Her iki tarafın bu hususu, sözleşmelerin geçerlilik şartlarını bilmeleri gereklidir. Taşınmazların devriyle ilgili işlemler kamu düzeniyle ilgili olup yasalarda belli şekillere tabi tutulmuştur<sup>306</sup>, denilerek taşınmaz devri ile ilgili Türk hukukundaki şekle ilişkin kuralların kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle hakemin sözleşmenin feshine karar vermesi gerektiğine karar vermiştir. O halde Türk hukukunda şekle bağlı hukuki işlemlerde şekle uyulmaması kamu düzeni gereğince o sözleşmenin geçersizliğini doğurduğundan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesinin kararlaştırılması, hakem kararı ile böyle bir işlemin hukuki sonuç doğurması sonucunu sağlamayacaktır.

Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere iç hukuktaki kamu düzeni kavramının içeriğini tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konular oluşturmaktadır. Türk hukukunda da tarafların aksini kararlaştıramayacakları kurallar emredici hukuk kurallarıdır.01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlüğü başlıklı 26.maddesine göre : "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" denilmektedir. Kesin hükümsüzlük başlıklı 27.maddesinde ise : "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" denilmektedir. Buna göre Türk iç hukukunda taraflar tahkim sözleşmesi ile tahkim yolunu seçerken kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalacaktır. Tarafların kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmadığı her konu hükümsüz değildir. Ancak kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz

304 C.İ.B., <http://www.corpus.com.tr/>

305 C.İ.B., <http://www.corpus.com.tr/>

306 EKŞİ, a.g.e., s. 53.

olacaktır. Dolayısıyla hakem veya hakem kurulu bu yöndeki kuralları ihlal etmek yahut göz ardı etmek suretiyle karar vermiş ise verilen karar iptal edilecektir.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ve Milletlerarası Hukukta kamu düzeni kavramı iç hukuktan farklıdır ve iç hukuktaki kamu düzeni kavramı ile mümkün oldukça sınırlandırılmaması gerekmektedir. Zira kamu düzeni her ülkenin sosyal ve ekonomik durumu ile siyasi yapısına göre değişiklik göstermektedir<sup>307</sup>. Eğer iç hukuktaki anlamıyla kamu düzeni kavramı uluslararası ticari uyuşmazlıklar ile milletlerarası hukuka uygulanır ise tahkim kurumunun uygulanmakta güçlük çekebileceği tartışmasızdır. Bu sebeple önüne gelen uyuşmazlıkta devlet mahkemelerinin uluslararası ticaretin gerçeklerini de göz önünde bulundurarak milletlerarası tahkimde kamu düzeni kavramını sınırlı olarak yorumlamalarında fayda vardır.

Nitekim dünyadaki uluslararası ticari gelişmeler neticesinde artık hakem kararlarının milli hukuk anlamındaki kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde değil “milletlerarası kamu düzenine” aykırılık teşkil etmesi halinde iptali mümkün hale gelmektedir. 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa’da yürürlüğe giren Fransız Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanununu içeren Usul Kanununun 1520/5.maddesi gereğince “milletlerarası kamu düzenine aykırı” hakem kararlarının iptali kabul edilmiştir<sup>308</sup>.

#### **2.6.14.4. İptal Davası Açma Süresi**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesine göre iptal davası, otuz gün içinde açılabilir. Kanunda bu sürenin başlangıcı iki farklı şekilde belirtilmiştir.

Birinci durumda otuz günlük süre hakem kararının taraflara bildirildiği tarihten başlayacaktır. Hakem kararları taraflara hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından bildirilebilir. Ya da Kanununun 14.maddesi gereğince taraflar, giderini ödemek koşuluyla hakem kararının asliye hukuk mahkemesi tarafından gönderilmesini isteyebilir. Ancak hakem kararının hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilmesinden sonra taraflardan biri tarafından mahkeme tarafından gönderilme talebinde bulunsa dahi süre hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından kararın taraflara bildirilmesinden sonra başlar<sup>309</sup>.

İkinci durumda ise düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren iptal davası açma süresi işlemeye başlar. İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur. İptal davasının düzeltme, yorum ya da tamamlama kararı verilmesi halinde hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından karar taraflara bildirilse dahi düzeltme, yorum ya da tamamlama kararı verilmesinden itibaren süre başlayacaktır. Zira böylelikle iptal davasına konu olabilecek hususlar düzeltme, yorum ya da tamamlama kararı ile düzeltilebileceğinden iptal davasının açılmasına gerek bile olmayabilecektir<sup>310</sup>.

#### **2.6.14.5. Kısmi İptal Kararı**

Hakem kararlarına karşı kural olarak mahkemeler iptal ya da red kararı verecektir. Bazı durumlarda ise hakem kararının tamamının iptali gerekmeyebilir. Yahut hakem kararının tamamının iptal edilmesi tarafların menfaatine uymayabilir. Böyle bir durumda hakem kararının kısmi iptali söz konusu olacaktır.

<sup>307</sup> AKINCI, a.g.e., s. 209.

<sup>308</sup> DAYINLARLI, a.g.e., s. 59.

<sup>309</sup> AKINCI, a.g.e., s. 193.

<sup>310</sup> AKINCI, a.g.e., s. 193.

Türk Hukukunda hakem kararlarına karşı iki yönden kısmi iptal kararı verilebilecektir. Birincisi tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen hakem kararları iptal edilirken mahkeme tahkime elverişli konuda verilen kararın ilgili bölümü ayrılabilirse sadece kararın tahkime elverişli olmayan kısmını iptal etmekle yetinecektir<sup>311</sup>. Bir kısmını iptal etmesi nedeniyle diğer kısım anlamsız kalacak yahut bütünlük bozulacak ise kararın tümünü iptal edecektir.

Kısmi iptal kararı verilebilecek ikinci durum ise Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesine göre : "Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir" denilerek düzenlenmiştir.

İkinci durumda verilebilecek kısmi iptal kararı için iptal davasının tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda verildiği iddiası ile açılması gerekmektedir. Farklı bir iddia ile açılan iptal davasında kısmi iptal kararı verilemez. Zira tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verildiği iddiası, devlet mahkemesinde mahkemenin kendiliğinden gözeceği bir iptal sebebi değildir.

Aynı şekilde mahkemenin kısmi iptal kararı verebilmesi için tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilecektir. Tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olan konulardan ayrılması mümkün değilse mahkeme kısmi iptal kararı veremez. Bazı hallerde verilen hakem kararı birbiri ile iç içe girmiş maddelerden oluşabilir. Hakem kararı kısmen iptal edildiği takdirde kararının tamamı anlamsız kalabileceği gibi taraflardan birine ağır külfetler getirebilir. Böyle bir durumda kısmi iptal kabul edildiği takdirde tarafların tahkim yolu ile amaçladıkları çözüm yöntemi de sakatlanabilir. Kanun koyucu bu saikle tahkim anlaşması kapsamında olan konuların olmayan konulardan ayrılabilirliğini de mahkemenin incelemesini istemiştir.

Devlet mahkemesi önüne gelen iptal mahkemesinde karar verecek iken sadece iptal sebeplerinin bulunup bulunmadığı ile ilgilenecek ancak esasa ilişkin denetim yapamayacağından, kısmi iptal kararı verirken kararı uyarlayamayacaktır<sup>312</sup>. Kanun koyucu uluslararası ticaretin ve yatırımların gerçekleşmesi için Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi hakem kararlarının esasına ilişkin devlet mahkemelerinin denetleme yapmasının önüne geçmek istediğinden kısmi iptal kararı verecek olan mahkemeler için dahi bu kural için istisna kabul edilmemelidir.

#### **2.6.14.6. Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesi gereğince :” İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır” denilmektedir. O halde iptal davasına bakmakla görevli olan mahkeme genel mahkeme niteliğinde bulunan Asliye Hukuk Mahkemesi’dir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesinde ise hem görev hem de yetkili mahkeme şu şekilde belirtilmiştir:”Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan

<sup>311</sup> AKINCI, a.g.e., s. 233.

<sup>312</sup> AKINCI, a.g.e., s. 233.

oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir” denilmiştir.

Kanunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olarak kabul edilmiş ise de Asliye Ticaret Mahkemesinin bulunduğu yerlerde Asliye Ticaret Mahkemesi'nin işbölümü dolayısıyla görevli olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>313</sup>.

Yargıtay 11.H.D. 30.03.2006 tarih ve 2006/181 E. ,2006/3364 K sayılı Kararında :”...Davacı vekili, taraflar arasında düzenlenen... gemi tahsisi sözleşmesi ile ilgili... sözleşmelerin süresinden önce haksız olarak feshedildiği iddiası ile tahkim davası açıldığını... ve hakem heyetinin... kamu düzenine aykırı olarak karar verdiğini ileri sürerek,4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15.maddesi gereği, aleyhlerine verilen hakem kurulu kararının iptalini talep ve dava etmiştir. Davaya konu uyuşmazlık, gemi kiralama sözleşmesinin haksız olarak feshine dayalı tazminat ve cezai şartın tahsili istemine ilişkindir.... 19.7.2004 tarihli olur'la İstanbul'da kurulan Denizcilik ve İhtisas Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.7.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirilmiştir. Mahkemelerin görevi, temyiz dahil, yargılamanın her aşamasında dikkate alınacağından, mahkemece görevsizlik kararı verilerek, dosyanın görevli Denizcilik İhtisas Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiğinden, kararın görevsizlik kararı verilmek üzere bozulmasına” karar verilmiştir. O halde Yargıtay iptal davası konusunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemelerinin yasada görevli olduğunu kabul etse de iptale konu kararın niteliğine göre görevli mahkemenin belirlenmesi gerektiğini kabul etmekte ve bu kurallara aykırılığı bozma sebebi olarak görmektedir.

#### **2.6.14.7. İptal Davası Kararına Karşı Müracaat Yolları (Temyiz İncelemesi)**

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesine göre iptal davası hakkında verilen kararlara karşı HMK hükümlerine göre temyiz yolu açıktır. HMK 'nın 361.maddesi gereğince hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Hakem kararlarına karşı açılan iptal davası sonucunda verilen kararın temyiz yolu ile bir üst mahkemede tekrar incelenmesi hakem kararının ikili denetime tabi tutulması anlamına gelmektedir. Hakem kararının kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olmadığından tahkim yolunu uzun ve meşakkatli bir yol haline getirmektedir. Bu durum milletlerarası ticari tahkim kurumunun liberal yapısına uymadığı dolayısıyla ülkemizi tahkim merkezi yapmayı amaçlayan MTK'nın amacından uzaklaştırılması sebebiyle eleştirilmektedir<sup>314</sup>.Hukuk Muhakemeleri Kanununda temyiz ve istinaf kurumları kanun yolu olarak kabul edilmiş iken tahkim mekanizmasının ihtiyaç duyduğu hız düşünülerek hakem kararlarına karşı temyizden önce istinaf yolunun kabul edilmediğini düşünmekteyiz.

Hakem kararlarına karşı temyiz yolu mümkün olmakla birlikte, karar düzeltme yoluna gidilemez. Hakem kararı üzerine Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından verilen onama kararı ile birlikte karar kesinleşecektir. Yargıtay tarafından bozma kararı verilmesi halinde ise yerel mahkeme bozmaya uyabileceği gibi direnebilmesi de mümkündür. Ancak kısmi bozma kararı verildiği takdirde hakem kararının kalan bölümleri kesinleşmiş olacağından sahibi lehine usuli müktesep hak oluşturacaktır. Zira Yargıtay 15.H.D. 15.11.2007 tarih ve 2007/3708 E. ,2007/7216 K sayılı Kararında :”Temyize konu iptal kararından önceki ilk kararın temyizi üzerine Dairemizce hakem kararının bazı bölümlerinin yanlış olduğu vurgulanarak iptal sebebi olarak gösterilen alacak kalemleri dışında kalan kısım için hakemlerce verilen karara yönelik temyiz

<sup>313</sup> ŞANLI, a.g.e., s. 251.

<sup>314</sup> KALPSÜZ, a.g.e., s. 155.

itirazları Dairemizce reddedilmiş ve taraflar yararına usuli müktesep hak oluşturmuştur. Mahkemelerce verilen kararların temyizi üzerine bozma kapsamı dışında kalıp da mahkemece uyulan alacak kalemleri, lehine olan taraf yararına kazanılmış hak oluşturduğu gibi hakemlerce verilen kararların kısmen bozulması halinde bozma kapsamı dışında kalan hususların da usuli kazanılmış hak oluşturacağı ve hakemlerce bozma kapsamıyla sınırlı olarak karar verileceği 23.10.1972 gün, 2/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla kabul edilmiştir. Kazanılmış hak kurallarıyla ilgili istikrar kazanan bu uygulamanın hakem kararlarının iptali için açılan davalarda da tatbik edileceği kabul edilmektedir<sup>315</sup>” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Yargıtay tarafından yapılacak temyiz incelemesi, MTK'nın 15. maddesinde yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılacaktır. MTK'nın 15.maddesinde sayılan iptal sebepleri dışında Yargıtay tarafından temyiz sebebi kabul edilmemesi gerekmektedir.

Yine Milletlerarası Ticari Tahkim kurumunun seçilmesindeki amaç olan devlet mahkemelerinin uzun yargılama sürelerinden kaçmak maksadıyla yasa temyiz incelemesinin öncelikle ve ivedilikle karara bağlanması gerektiği hususunu düzenlemiştir.

## **2.7. FIDIC (Kırmızı Kitap) 1999 Baskısına Göre Uyuşmazlıkların Çözümü**

Ülkemizdeki inşaat sözleşmelerinde ve kamu ihalelerinde işveren idareler, Türkçe baskısı mevcut olduğu için halihazırda da FIDIC Şartnamelerinin 1987 yılında yayınlanan 4.baskısını yaygın olarak kullanmayı tercih etmektedirler. Zira, FIDIC şartnameleri bağlayıcı mevzuat gibi olmadıkları için, sonradan çıkan baskının önceki baskıları geçersiz kılması veya onların yerine geçmesi söz konusu değildir. Taraflar, 1999 yılında yayınlanan yeni versiyon 1'inci baskı yerine aralarındaki sözleşme için 1987 tarihli 4.baskı FIDIC Şartnamelerini esas alabilirler. Ancak, yabancı işveren idarelerin ihaleye çıkardığı uluslararası projelerin veya ülkemizde uluslararası finans kuruluşlarının kredileriyle finanse edilen projelerin uluslararası rekabete açık ihalelerinde İngilizce baskısı kullanıldığı için, FIDIC'in 1999 baskı şartnamelerinin esas alındığı gözlenmektedir.<sup>316</sup>

İki baskı arasında en önemli fark olarak, uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenleyen “İddialar, Uyuşmazlıklar ve Tahkim” başlıklı yeni 20.maddenin öngördüğü düzenlemeler aşağıda incelenmektedir.

FIDIC (1999 baskı) Genel İdari Şartnamenin “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Atanması” başlıklı 20.2. maddesine göre: “Uyuşmazlıklar, ‘Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararını Elde Etme’ başlıklı 20.4. maddeye uygun olarak, bir Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu (USK) tarafından karara bağlanacaktır. Taraflar, ihale ekinde belirtilen tarihe kadar müştereken bir USK atayacaklardır.

USK, ihale ekinde belirtildiği gibi, uygun nitelikli bir veya üç üyeden oluşacaktır. Eğer sayı belirtilmemişse ve taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, Kurul üç üyeden oluşacaktır.

<sup>315</sup> C.İ.B., <http://www.corpus.com.tr/>

<sup>316</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 176.



“Eğer Kurul üç üyeden oluşacaksa, taraflardan herbiri diğer tarafın onayına tabi olarak bir üye atayacaktır. Taraflar, bu her iki üyeye de danışacak ve başkanlığı yürütmek üzere atanacak üçüncü üye üzerinde anlaşacaklardır<sup>317</sup>”.

Bununla birlikte, eğer sözleşmede potansiyel üyelerin bir listesi mevcutsa, Kurula atanması mümkün olmayan veya atanmayı kabul etmeyecek herhangi bir şahıstan ziyade, üyeler bu listedeki isimler arasından seçileceklerdir.

Tarafların üzerinde anlaştıkları değişikliklerle birlikte, ekte yer alan Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşmasının Genel Şartlarına atıf yaparak, taraflar ile tek üye veya üç üyenin herbiri arasındaki anlaşma, bu Genel Şartlara dahil edilecektir<sup>318</sup>.

Kurulun danışacağı herhangi bir uzmanın ücreti de dahil, tek üyenin veya üç üyeden herbirinin ücret koşulları, atanma şartları üzerinde anlaşıldığı sırada taraflar arasında karşılıklı olarak kararlaştırılacaktır. Taraflardan herbiri bu ücretin yarısının ödenmesinden sorumlu olacaktır.

Tarafların anlaşacakları herhangi bir zamanda, görüşünü vermesi için, taraflar müştereken bir meseleyi Kurula havale edebilirler. Diğer tarafla anlaşma sağlanmadan, taraflardan hiçbiri herhangi bir mesele hakkında Kurula danışamaz.

Eğer herhangi bir zamanda taraflar anlaşılırsa, Kurul üyelerinden bir veya birden fazlasının yerini almak üzere veya yerini almaya hazır olmak üzere uygun kişi veya kişileri atayabilirler. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, eğer bir üyenin ölümü, maluliyeti, istifası veya atama süresinin dolmasının bir sonucu olarak tasarruf etme (karar alma) kabiliyeti kalmaz veya tasarrufta bulunmayı reddederse, yeni atama yürürlüğe girecektir.

Eğer bu şartlardan hiçbiri gerçekleşmez ve yerini alma mümkün olmazsa, yerine geçilecek kişinin atanmasının veya üzerinde anlaşılmasının gerektirdiği durumlarda ve bu alt-maddede tanımlandığı biçimiyle aynı şartlarda eski üyenin yerini alacak yeni üyenin ataması yapılacaktır.

Üyelerden herhangi birinin atamasına (görevlendirilmesine), her iki tarafın karşılıklı anlaşması ile son verilebilir; fakat işveren veya müteahhit bunu tek başına yapamaz. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, her üye dahil Kurulun atanması (görevlendirilmesi), 14.12. maddede düzenlenen görevden alma yürürlüğe girince sona erecektir.<sup>319</sup>”

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu Hakkında Anlaşma Sağlanamaması” başlıklı 20.3. maddeye göre: “Eğer aşağıdaki hallerden biri gerçekleşirse;

- (a) 20.2. maddenin birinci paragrafında belirtilen tarihe kadar Kurulun ek üyesinin atanması konusunda taraflar anlaşmaya varamazlarsa,

<sup>317</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 176.

<sup>318</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 176.

<sup>319</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 177.

- (b) O tarihe kadar üç üyeli kurulun, diğer tarafın onayına tabi bir üyesini her bir taraf atayamazsa,
- (c) O tarihe kadar taraflar, kurula başkanlık edecek üçüncü üyenin atanması konusunda anlaşmaya varamamışlarsa,
- (d) Tek üyenin veya üç üyeden birinin ölüm, maluliyet, istifa veya görevlendirilmesinin bitmesi sonucunda tasarrufta bulunamaması (karar alamaması) veya tasarrufta bulunmayı (karar almayı) reddetmesinden itibaren 42 gün içinde yerine geçecek kişinin atanması konusunda taraflar anlaşamazsa, o zaman ihale ekinde ismi belirtilen atamaya yetkili resmi görevli veya kuruluş, her iki tarafın veya bir tarafın talebi üzerine ve taraflarla gereken danışmaları yaptıktan sonra, Kurulun bu üyesini atayacaktır. Bu atama nihai ve kesin olacaktır. Taraflardan her biri, atamaya yetkili kuruluş veya resmi görevlinin ücretinin yarısını ödemekten sorumlu olacaktır.<sup>320,</sup>

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararını Elde Etme” başlıklı 20.4. maddeye göre: “Eğer mühendisin sertifikaları, tespitleri, talimatları, görüşleri ve değerlendirmelerine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, işlerin yürütülmesine ilişkin veya sözleşmeyle bağlantılı veya sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir çeşit uyuşmazlık taraflar arasında doğarsa, taraflardan herbiri uyuşmazlığı, yazılı olarak karar vermesi için Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kuruluna havale edebilir ve bu başvurunun suretlerini diğer tarafa ve mühendise iletir. Bu başvuruda, başvurunun bu alt maddeye göre yapıldığı belirtilmelidir. Üç üyeli bir kurulun, bu başvuruyu, Kurulun başkanının eline geçtiği gün aldığı kabul edilir<sup>321,</sup>”.

“Kurulun bu gibi bir uyuşmazlıkta bir karar verebilmesi amacıyla talep edeceği her türlü ilave bilgiler, şantiye alanına daha fazla geçiş imkanı ve uygun kolaylıklar, her iki tarafça vakit geçirilmeksizin Kurula sağlanmalıdır. Başvuruyu aldıktan itibaren 84 gün içinde veya Kurulun önerip her iki tarafın onaylayacağı başka bir süre içinde Kurul, bu alt maddeye göre verildiği belirtilen gerekçeli kararını vermelidir. Aşağıda tanımlanan bir tahkim kararında veya bir dostça çözümde gözden geçirilene kadar veya bu prosedürlerden geçirilmediği takdirde karar, kendisine derhal yürürlük kazandıracak biçimde her iki taraf üzerinde bağlayıcı olacaktır. Sözleşmeden vazgeçilmediği, reddedilmediği ve sona erdirilmediği takdirde, müteahhit sözleşmeye uygun olarak işlerini yürütmeye devam edecektir<sup>322,</sup>”.

“Her iki taraf da Kurulun kararından tatmin olursa, o zaman taraflardan herbiri, kararı aldıktan itibaren 28 gün içinde, karardan tatmin olduğunu diğer tarafa bildirir. Eğer Kurul, başvuruyu aldıktan itibaren 84 gün içinde (veya kararlaştırılan başka bir süre içinde) bir karar veremezse, o zaman taraflardan herbiri, bu sürenin bitiminden itibaren 28 gün içinde, tatmin olmadığını diğer tarafa bildirir<sup>323,</sup>”.

“Her iki durumda da, tatmin olunmadığına ilişkin bildirimde bu alt maddeye göre bildirim yapıldığı belirtilmeli ve bildirimde uyuşmazlık konusu mesele ve tatmin olmamanın nedenleri belirtilmelidir. 20.7. maddede ve 20.8. maddede belirtilen

<sup>320</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 178.

<sup>321</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 178.

<sup>322</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 178.

<sup>323</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 178.

istisnalar hariç, bu alt maddeye uygun olarak, tatmin olunmadığına ilişkin bir bildirim verilmediği takdirde, taraflardan hiçbiri bir uyuşmazlığa ilişkin olarak tahkim prosedürünü başlatmaya yetkili olmayacaktır<sup>324</sup>”.

Eğer Kurul, her iki taraf için uyuşmazlık konusu olan bir mesele hakkında kararını verir ve Kurulun kararının alındığı tarihten itibaren 28 gün içinde taraflardan herhangi birince tatmin olunmadığına ilişkin bildiri verilmezse, o zaman karar her iki taraf için de kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.”

“Dostça Çözüm” başlıklı 20.5. maddeye göre: “Yukarıda zikredilen 20.4. maddeye göre tatminsizlik bildirisi verildiği durumlarda, tahkim başlamadan önce uyuşmazlığı dostça halledebilmek için her iki taraf da girişimde bulunabilir. Bununla birlikte, her iki taraf da aksini kararlaştırmadığı takdirde, dostça çözüm için herhangi bir girişimde bulunulmamış olursa bile, tatminsizlik bildirimının verildiği günden itibaren 56 gün geçtikten sonra, tahkim prosedürü başlatılabilir<sup>325</sup>”.

“Tahkim” başlıklı 20.6. maddeye göre: “Dostça çözümlenmediği takdirde, hakkında Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun kesin ve bağlayıcı kararının bulunmadığı herhangi bir uyuşmazlık, nihai olarak uluslararası tahkim ile çözümlenecektir. Her iki tarafça aksi kararlaştırılmadığı takdirde:

(a) Uyuşmazlık, nihai olarak Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Kurallarına göre çözümlenecektir.

(b) Uyuşmazlık, bu kurallara uygun olarak atanacak üç hakem tarafından çözümlenecektir.

(c) Tahkim, “Hukuk ve Lisan” başlıklı 1.4. maddede belirtilen iletişim dilinde yürütülecektir.

Hakemler, uyuşmazlıkla ilgili olarak Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun herhangi bir kararını ve mühendisin bütün belgelerini, tespitlerini, talimatlarını, görüşlerini ve değerlendirmelerini açma, gözden geçirme ve kontrol etme konusunda tam yetkiye sahip olacaktır. Uyuşmazlıkla herhangi bir biçimde ilişkili olan herhangi bir meselede, mühendisin hakemler önünde tanıklık yapmaya çağırılmasına ve delil sunmasına, hiçbir mazeret engel olmayacaktır.

Kararını elde etmek için veya tatminsizlik bildiriminde belirtilen tatminsizlik gerekçeleri için, Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun önüne daha önce konulan delillere ve iddialara ilişkin olarak hakemler önündeki işlemlerde taraflardan hiçbiri sınırlanmayacaktır. Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun her kararı, tahkimde delil olarak kabul edilebilecektir.

Tahkim, inşaat işlerinin tamamlanmasından sonra veya önce başlatılabilir. İşlerin devamı sırasında yürütülmekte olan herhangi bir tahkim gerekçesiyle tarafların, mühendisin ve Kurulun yükümlülükleri değiştirilemeyecektir.<sup>326</sup>”

<sup>324</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 179.

<sup>325</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 179.

<sup>326</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 180.

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararına Uymama” başlıklı 20.7. maddeye göre: “ (a) 20.4. maddede belirtilen süre içerisinde taraflardan hiçbiri, tatminsizlik bildirimini vermemişse,(b) Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun ilgili kararı (eğer varsa) bağlayıcı hal almışsa, (c) Bir taraf karara uymamışsa, o zaman diğer taraf, sahip olabileceği diğer haklarına hanel gelmeksizin, bu uymama durumunu 20.6. maddeye göre tahkime götürebilir. 20.4. madde ve 20.5. madde bu başvuruya uygulanmayacaktır<sup>327</sup>”.

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Görevlendirme Süresinin Dolması” başlıklı 20.8. maddeye göre: “Eğer taraflar arasında sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilgili veya işlerin yürütülmesiyle ilgili bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa ve görevlendirme süresinin dolması veya başka herhangi bir nedenle Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu mevcut değilse; (a) 20.4.madde ve 20.5.madde uygulanmayacaktır ve (b) 20.6.maddeye göre, uyuşmazlık doğrudan tahkime götürülebilecektir<sup>328</sup>”.

FIDIC 1999 baskı Genel İdari Şartnamenin ekinde “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşmasının Genel Şartları” yer almaktadır. Bu genel şartlar arasında; tanımlar, genel hükümler, garantiler, Kurul üyesinin genel yükümlülükleri, işverenin ve müteahhidin genel yükümlülükleri, ödemeler, sürenin sona ermesi, üyenin hatası, uyuşmazlıklar gibi hususlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

Tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesinden doğacak uygulama ve yoruma ilişkin uyuşmazlıkları, Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kuruluna götürebilmeleri için önce işveren, müteahhit ve Kurul üyeleri arasında üç taraflı bir “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Anlaşması”nın imzalanması gerekmektedir. Bu anlaşmanın ekinde ise, Kurulun kendisine havale edilen uyuşmazlıkları incelerken ve karar verirken uygulayacağı usul kurallarının düzenlendiği 9 maddelik “Usul Kuralları” yer almaktadır<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 180.

<sup>328</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 180.

<sup>329</sup> KÖKSAL, a.g.e., s. 181.

## SONUÇ

Bir inşaat projesinin yapım süreci, inşaat hizmetleri sektöründe başlangıcından bitimine kadar karmaşık bir süreçtir ve bir çok belirsizlik içermektedir. Yurtiçi müteahhitlik hizmetleri sektöründe olduğu gibi yurtdışı projelerin yapımı için de birçok mesleki disiplinin bir araya gelmesi, üretim yerinin değişmesi, tasarımın, uygulama projelerinin süresinde ve yeterli düzeyde hazırlanmamış olması, yapım sürecinin dış etkilere açık olması gibi pek çok etken bu karmaşık süreçte belirleyici olmaktadır.

Pek çok belirsizlik içeren, karmaşık olan ve hızla gelişen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektöründe birçok anlaşmazlıkların yaşanması da kaçınılmazdır. Bunlara ilaveten ülke koşulları sözleşme ilişkilerinin nasıl olacağını belirlemektedir. İnşaat sözleşmeleri, hem hukuk hem de mühendislik alanlarını ilgilendiren konulardır. Bu alanda çalışma yapan mühendislerin inşaat sözleşmeleri konusunda temel hukuk bilgilerine sahip olmaları gerekmektedir. Özellikle yurtdışında inşaat taahhütleri üstlenen firmaların yöneticilerinin sözleşmenin hazırlanması aşamasında ve sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta hangi haklara sahip olduklarını, sorunu ne şekilde çözebileceklerini bilmelerinin önemi büyüktür.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde iki yol mevcuttur. Bunlardan birincisi, müzakere aşamasında olabilecek tüm sorunların ne şekilde çözüleceğinin yönteminin sözleşmede öngörülmesidir. Diğer ise, çözümü sözleşmeye konulmamış sorunun ne şekilde çözüleceğinin taraflarca sonradan belirlenmesidir. Bu tür anlaşmazlıkların çözüm yolu olarak ilgili ülkenin hukukunun geçerli olması, çoğu zaman anlaşmazlığın daha büyük boyutlara taşınmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle bu tür uyuşmazlıkların çözümlenmesinde genel olarak milletlerarası tahkim yolu tercih edilmektedir. Milletlerarası tahkim yolu dışında alternatif çözüm yolları olarak;

Arabuluculuk ve Uzlaştırma,

Doğrudan müzakere,

Teknik bilirkişilik,

Ön hakemlik,

Tarafsız üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi yöntemleri tercih edilebilir.

Uyuşmazlık halinde, uyuşmazlığı mahkemeye götürmek yerine yukarıda bahsedilen çözüm yollarının tercih edilmesi yurtdışında iş yapan inşaat firmaları için;

Yargılama sürecinin daha hızlı olması nedeniyle zamandan tasarruf,

Masraftan tasarruf,

Tarafların kendini daha iyi ifade etme imkanı bulması,

Uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk ve usul hukuku kurallarını seçebilmek de dahil olmak üzere kontrolün taraflarda olması,

Yargı organlarından daha geniş bir karar yelpazesine sahip olması ve iki tarafı olabildiğince tatmine yönelik olması,

Tarafların ticari sırları bakımından gizliliğin korunabilmesi gibi yararlar sağlayabilmektedir.

Yurtdışı inşaat firmalarında çalışan yönetici mühendislerin sözleşme alanında temel hukuk bilgisine, FIDIC şartnameleri hakkında genel bilgilere sahip olmalarında ve inşaat sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yollarını ve tekniklerini

bilmelerinde büyük yarar bulunmaktadır. Bu nedenle ülkemizin Hukuk Fakültelerinin, Mimarlık Fakültelerinin, Mühendislik Fakültelerinin “İnşaat Mühendisliği” Bölümlerinin ve Meslek Yüksekokullarının “İnşaat Teknolojisi” Bölümlerinin müfredatlarında da “İnşaat Hukuku” ve “Uluslararası İnşaat Hukuku” derslerine, en azından seçimlik ders olarak yer verilmesi önem arz etmektedir.

## KAYNAKLAR

### I. KİTAPLAR, MAKALELER VE RAPORLAR

- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73, İzmir-1996.
- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2.Baskı, 2007.
- ALİBABA, Arzu** : Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara, 2005.
- AYDEMİR, Efrail** : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- AYLI, Ali** : İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko, yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- BEDJAOI, Mohammed** : “TheArbitrator: One Man-Three Roles :Some Independent Comments on the Ethicaland Legal Obligations of an Arbitrator” Journal Of International Arbitration, March 1998,s:7-20.
- BİRSEL, Mahmut Tevfik** : Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Taslaklar-Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara, 1999.
- DAYINLARLI, Kemal** : Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2.Baskı 2011.
- DAYINLARLI, Kemal** : Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 3.Baskı 2012.
- DAYINLARLI, Kemal** : Loi De Reforme En France En Arbitrage Interne Et Interne Et International-Fransa’da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu, Ankara, 2011.
- DEMİRCAN, Halime Ebru** : Uncitral Tahkim Kuralları ile Milletlerarası tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde Ad hoc tahkim,Yüksek Lisan Tezi, Ankara, 2005.
- EKŞİ, Nuray** : 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, 2009.

- EREN, Fikret** : ”Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 45-58..
- ERİŞEN, Muhammet** : Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara , 2011.
- ERTEKİN, E./KARATAŞ, İ.** : Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997.
- ERTEN, M. Ali** : Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), 2000/XII.
- ERTEN, M. Ali** : Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa eseri sahiplerinin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2000.
- GÖKYAYLA, Emre** : Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- GÖNÜLAL, İlcutlu** : Soru ve Cevaplı Yapı İşleri Uygulaması, Adım Yayıncılık, Ankara 1991, 3.Baskı.
- İŞIKTAÇ, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2007.
- İNAL , H. Tamer** : Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2. Basım, 2009.
- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü** : İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara,18-29 Mart 1996), Türkiye İş Bankası Vakfı, 3.Tıpkı Basım, Ankara, 1996.
- KALPSÜZ, Turgut** : Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), Sözkese Matbaası, Ankara, 2007.
- KALPSÜZ, Turgut** : Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında İç Tahkim(m411-448) Paneli,Ankara, 2007.



- KALPSÜZ, Turgut** : Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010.
- KALPSÜZ, Turgut** : Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara, 1978.
- KALPSÜZ, Turgut** : Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2008.
- KAPLAN, İbrahim** : Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Seçkin, 2.Baskı, Ankara, 2007.
- KAPLAN, İbrahim:** “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 105-171.
- KAPLAN, Yavuz** : Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002.
- KARABULUT PEKGÜÇLÜ, Güzin** : Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), Ankara, 2007.
- KARATAŞ, İzzet** : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 2.Baskı Ankara, 2009.
- KEKEÇ, Elif Kısmet** : Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- KIZILOT, Şükrü** : İnşaat Muhasebesi Vergilendirilmesi Mevzuatı ve Asgari İşçilik, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010.
- KÖKSAL, Tunay** : Küresel İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- KÖKSAL, Tunay** : Model Sözleşme Örnekleri İle Uluslararası İnşaat Hukuku, Adalet, Ankara, 2011.
- KÖKSAL, Tunay** : Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KÖKSAL, Tunay** : Uluslararası Ticaret Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.** : Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004.

- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray /ÖZTEKİN GELGEL, Günseli** : Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, Beta Basım A.Ş, İstanbul, 3.Bası-Haziran, 2008.
- NOMER, Ergin/Nuray, EKŞİ/Günseli, ÖZTEKİN GELGEL** : Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar Cilt II, Beta Basım A.Ş, İstanbul, 1. Bası- Haziran, 2008.
- NOMER Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli** : Milletlerarası Tahkim, Beta Basım A.Ş, İstanbul, 2.Bası-Haziran, 2003.
- NOMER, E./EKŞİ/N./GELGEL, G.** : Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul, 2008.
- ÖCAL, Mehmet Emin** : Yapı Projelerinin Yönetiminde Proje+Teknik Şartname + Sözleşme Teknik Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÖZ, Turgut** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- ÖZEKES, Muhammet** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan** : Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara, 1997.
- PEKCANITEZ,H./ATALAY, O./ ŞANLI,C** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2002.
- PELLONAA, M./CARON, D.D.** : The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied, Helsinki 1994.
- POLAT, Malike** : Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- SADRULEŞRAFI, Hüseyin Ali** : “Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkındaki Görüşler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 9 ,Sayı 1, İzmir, 2007, s.45-63.
- SUNGUROGLU, Kerim** : Yapı İşletmesi Şantiye Tekniği Maliyet Hesapları, Bilim Yayınları, Eylül, 1996.
- ŞANLI, Cemal** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Basım A.Ş, İstanbul, 3.Bası-Haziran, 2005.
- ŞANLI, Cemal.** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.

- ŞANLI, Cemal.** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2011.
- ŞİMŞEK, Abdullah/Muhsin, ALTUN** : Hakediş Güncel Sorunlar ve Çözümleri, Teknik Yayınevi, Ankara, 2000.
- ŞİMŞEK, Edip** : ‘‘Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri’’, Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 173-216.
- ŞİT, Banu** : Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005.
- TANRIVER, Süha** : Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara, 1998.
- TAŞKIN, Alim** : Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2. Bası, 2005.
- TAŞKIN, Alim** : Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1999.
- TÖRE, Nazlı** : Fidic Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2011.
- TURHAN, T./BAYRAKTAROĞLU, G./SİRMEN, S./ERTEN, R.** : Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler, Ankara, 2002.
- UYANIK, Nedim** : İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta Yayınevi, İstanbul, Haziran, 2004.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim** : Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000.
- YEŞİLIRMAK, Ali** : Türkiye’de Ticari Hayatın ve Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan, 2011.

## II. İNTERNET SİTELERİ

- 1) <http://www.muzakere.org/proje/uyusmazliklarin-muzakere-yontemiyle-cozumlenmesi-surecinde-avukat-muvekkil>
- 2) <http://www.arabulucu.com/anasayfa/sayfa-1-55555555555556>
- 3) **CIB**, <http://www.corpus.com.tr/>

## ÖZGEÇMİŞ

Serhat ÖZER 1974 yılında Adana’da doğmuştur. İlk öğrenimini, Süreyya Nihat Oral İlkokulu (Adana); orta öğrenimini, Gazi Ortaokulu (Adana) ve lise öğrenimini, Özel Yeni Lisesi’nde (Adana) tamamlamıştır. 1992-1994 yılları arasında Mersin Üniversitesi İnşaat Teknikerliği Bölümünden ön lisans eğitimini almıştır. 1994-1998 yılları arasında Çukurova Üniversitesi, İnşaat Mühendisliği Bölümünde lisans eğitimini tamamlamıştır. 2010-2012 yılları arasında Çağ Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında yüksek lisans yapmıştır.