

FIDIC İNŞAAT İŞLERİ ŞARTNAMELERİNE GÖRE TARAFLAR ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMALARI

THE SETTLEMENT MECHANISM OF DISPUTES AMONG THE PARTIES ACCORDING TO FIDIC CONDITIONS OF CONTRACT

Tunay KÖKSAL*

Özet: İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sektörünün ihtiyacı bulunmaktadır. Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirilmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

Anahtar Sözcükler: FIDIC, Sözleşme Şartları, Uyuşmazlıkların Çözümü, İşveren, Müteahhit.

Abstract: Construction Industry needs alternative dispute settlement mechanisms which are able to solve rapidly the disputes relating to especially international construction projects, even in the construction site as far as they emerge. A modern tender system shall begin with an efficient evaluation of the pre-qualification of applicants, and proceed with a tender procedure based on high quality tender documents, and carry on with the balanced conditions of contract which fairly distributes possible risks of future among the employer and the contractor.

Keywords: FIDIC, Conditions of Contract, Dispute Settlement, Employer, Contractor.

GİRİŞ

Ülkemizde bir şahsın arsasının üzerine bir kaç dairelik apartman yaparak işe başlayan yap-satçı müteahhitler ile halen dünyanın her yerinde en son teknolojileri kullanarak mühendislik şaheseri inşaat eserlerini vücuda getiren uluslararası inşaat firmalarımız bir anlamda

* Dr., Uluslararası Ticaret / Lojistik ve İnşaat Hukuku Öğretim Üyesi

aynı kefeye konulmak suretiyle her ikisi de “müteahhit” adı altında değerlendirilmektedir.

Bu makalede, FIDIC Şartnamelerinin değişik baskılarında öngörülmüş olan müteahhit ve iş sahibi arasındaki uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları, karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

I. FIDIC 1987 BASKISININ ÖNGÖRDÜĞÜ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMASI

İngiliz Sivil Mühendisler Enstitüsünün Genel Şartnamesinde (6.baskıda), tarafların bu Enstitü kurallarına göre uzlaştırma yoluna gidebilecekleri belirtilmiştir. Bu genel şartlara göre de, tahkime gitmeden önce mühendisin kararı gerekmektedir.

Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerde yeni ve yüksek teknolojileri, ihtisası ve büyük mali kaynakları gerektiren sanayi, ticari veya turistik tesislerin ve altyapı tesislerinin inşası için uluslararası ihalelere çıkmaktadır. Yatırım anlaşmaları olarak nitelendirilebilecek anahtar teslimi proje sözleşmeleri, diğer bir deyişle otoyol, demiryolu, liman, havaalanı, metro, atıksu arıtma tesisi, baraj, sanayi tesis ve benzeri yatırımların inşasına ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesinde FIDIC’in standart sözleşmelerinden önemli ölçüde yararlanılmaktadır. Günümüzde uluslararası yatırım sözleşmelerinin yaklaşık yüzde 30’unda FIDIC kurallarının kullanıldığı bilinmektedir. Dünya Bankası, borç vererek veya doğrudan finanse ettiği inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde taraflara FIDIC Kurallarını önermektedir.¹

Uluslararası Ticaret Odası (UTO) ve FIDIC işbirliği içerisinde, FIDIC Sözleşmelerinden doğan tahkim davaları için özel bir tahkim kodu hazırlamaktadırlar. Halihazırda hazırlık aşamasında olan bu kodun amacı, FIDIC sözleşmelerinden doğacak sorunların UTO tahkimi ile etkin biçimde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır.

FIDIC Genel Şartnamesinin (1987 baskı) 67’nci maddesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık ister teknik ister hukuki konulara ilişkin olsun, tahkim prosedüründen önce mühendise havale edecektir. Mühendisinin kararı, tipik bir ihtiyari uzlaştırma kararıdır. Ancak, bu karara karşı 70 gün içinde itiraz edilmediğinde, mühendis

¹ H.A. Dumont, “The FIDIC Conditions and Civil Law”, ICLR 1988, s. 43 vd.

kararı taraflar açısından bağlayıcı bir nitelik kazanacaktır; diğer bir deyişle, mühendis kararına konu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından taraflar ve yargı mercileri bakımından kesin delil teşkil edecektir. Bu bakımdan kesinlik kazanmış bir mühendis kararı, hakem-bilirkişi kararı niteliğindedir. Mühendis kararına her iki tarafça uyulmadığı veya mühendisin başlattığı uzlaştırma prosedürüne her iki tarafça iştirak edilmediğinde, tahkime veya mahkemeye gitme imkanının olduğu açıktır.²

FIDIC Genel İdari Şartnamesinin “Uyuşmazlıkların Halli” başlıklı bölümünde 67. maddede 4 alt madde halinde inşaat sözleşmesinden doğabilecek taraflar arasındaki her türlü uyuşmazlığın çözümüne ilişkin detaylı bir prosedür öngörülmüştür.

İnşaat sözleşmelerinin FIDIC Sözleşmesi formunda aktedilenlerinde hakemliğin durumu biraz karışıktır. Zira FIDIC şartnamelerinin öngördüğü mühendis, bir resmi arabulucu veya müdahaleci olan ancak hakem sıfatını taşımayan bir görevli olarak, hemen her gün doğabilecek nitelikteki teknik ve benzer nitelikli zorlukların üstesinden gelmeye çalışan bir fonksiyon üstlenmektedir.

Teknik ve mali konularda mühendisin vereceği her kararı, iş sahibi ile müteahhidin kabul etmesi halinde, mühendis dolaylı olarak uzlaştırma fonksiyonunu yerine getirmiş olur.

Karayalçın’a göre: “İşveren ile müteahhit arasında hatta işveren ve müteahhit ile mühendis arasında büyük bir inşaat sözleşmesinin uygulanmasında çeşitli görüş farklılıklarının ve uyuşmazlıkların ortaya çıkması olağandır. Mühendis, taraflar arasındaki görüş farklılıklarının ve uyuşmazlıkların giderilmesi için gereken gayreti gösterecek, mesleki bilgisi, tecrübesi ve tarafsız tutumu ile uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaya çalışacaktır”.³

“Taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa işveren veya müteahhit, FIDIC Genel İdari Şartnamesinin 67. maddesinde düzenlenen prosedürün uygulanmasını talep edebilir. Bu aşama, uyuşmazlığın ciddi bir hal aldığı ve taraflardan birinin, uyuşmazlık bu maddeye göre mü-

² Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Üçüncü Bası, (İstanbul: Beta, Haziran 2005), s. 386.

³ Yaşar Karayalçın, “FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001), s. 298.

hendis tarafından sulh ile sona erdirilemediği takdirde tahkim yoluna başvuru aşamadır".⁴

"Mühendisin dolaylı uzlaştırıcı gayretlerinin olumlu sonuç veremeyerek uyuşmazlığın ciddi bir hal aldığı durumlarda, 67. maddede düzenlenen prosedüre başvurulacaktır. Burada mühendis doğrudan doğruya uzlaştırıcı görev yapacaktır".⁵

"67. madde çerçevesinde müteahhit veya işveren tarafından açıkça uzlaştırıcı olarak göreve davet edilmesi halinde mühendisin, "daha evvel almış olduğu kararlarla bağlı olmadan işlemleri gözden geçirerek yeni kararlar verebileceği" 2.6. maddede belirtilmiştir. Bu hükümden, mühendisin 67. maddede belirtilen prosedür başlamadığı hallerde karar ve görüşlerini gözden geçiremeyeceği ve değiştiremeyeceği sonucuna varılmamalıdır. Amaç, tarafları bir noktada anlaştırmak, taraflar arasında bir tampon ve emniyet sübabı görevini yerine getirmek olduğu için, ikinci safhada belirtilen prosedür başlatılmadığı hallerde de mühendis öneri veya kararını evleviyetle gözden geçirebilir".⁶

Uzun süreli sözleşmelerde ve özellikle uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar, aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların hangi esaslara göre giderileceğini sözleşmelere koyacakları özel hükümlerle düzenlerler. Tahkim yoluyla uyuşmazlıkları gidermek, çeşitli nedenlerle özellikle büyük inşaat sözleşmelerinde devlet mahkemelerine başvurma yoluna tercih edilmektedir.

"Uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar, ulusal veya uluslararası meslek kuruluşlarının uzlaşma ve tahkim ile ilgili düzenlemelerinin uygulanması yolunda da bir tercih yapabilirler".⁷

"FIDIC Genel Şartnamesinin 67. maddesine göre, uyuşmazlıkların halli prosedüründe, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ciddi bir safhaya intikal ettiği, mühendise yapılacak yazılı başvurunun 67. maddeye dayandırılarak yapıldığının özel olarak belirtilmesiyle açıklanır. Bu açıklama, ilgili tarafın son aşama olan tahkim yoluna başvurma niyetini de gösterir".⁸

⁴ Karayalçın, a.g.e., s. 299.

⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 299.

⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 299.

⁷ Karayalçın, a.g.e., s. 300.

⁸ Karayalçın, a.g.e., s. 301.

“Müteahhit veya iş sahibi uyuşmazlığın sırayla üç kademedede giderilmesini sağlamaya çalışır: Genel Şartname, mühendis kararlarından memnun olmayan tarafın (işveren ve müteahhit) hakeme başvuracağı esasını düzenlemiştir”.⁹

“İşveren ve müteahhit arasında mühendisin görüş, talimat, tespit, belge ve değerlendirmesi ile ilgili herhangi bir anlaşmazlık çıktığı takdirde, mühendisten bu anlaşmazlık konusunda bir karar vermesi talep edilecektir. Talepte bulunan tarafın, bu başvurunun, Şartname-nin 67.1. maddesine göre yapıldığını bildirmesi gerekir. Mühendis de, kendisinden talep edilen kararında, aynı maddeye göre karar verdiğini belirtecektir”.¹⁰

“Mühendis kararını 84 gün içinde verecektir. Karardan tatmin olmayan taraf, kararı tebellüğ ettiği tarihten itibaren 70 gün içinde diğer tarafa, anlaşmazlık konuları ile ilgili tahkim prosedürünü başlatmak niyetini duyuracaktır. Eğer mühendis 84 gün içerisinde talep edilen kararı vermemişse, 70 günlük süre, 84 günlük dönemin sona erdiği günün ertesi gününden başlayacaktır. 70 gün içerisinde yapılacak bu bildiri, tahkime gitme hakkını tesis edecektir”.¹¹

“67.1. maddede öngörülen bu prosedür tamamlandıktan sonra 67.2. maddede öngörülen “Dostça Hal Tarzı”na geçilecektir. Bu maddeye göre, taraflara konuyu sulhen aralarında halletmeleri için 56 günlük bir süre tanınmıştır. Taraflar sulh olsunlar veya olmasınlar, tahkim prosedürüne ancak 56 gün geçtikten sonra başvurabileceklerdir”.¹²

“Yukarıda zikredilen iki aşama geçildikten sonra 67.3. maddeye göre, Uluslararası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü’ne tabi bir tahkim prosedürüne başlanabilecektir”.¹³

“Tahkime başlama niyeti bildiriminin 70 gün içerisinde verilmiş olması halinde, mühendis kararı kesinleşmiş olacak ve mühendisin kararını uygulamayan taraf aleyhine tahkim prosedürü, 67.1. ve 67.2. maddelerdeki sürelerle bakılmaksızın başlayabilecektir”.¹⁴

⁹ Karayalçın, a.g.e., s. 301.

¹⁰ Karayalçın, a.g.e.,s. 301.

¹¹ Karayalçın, a.g.e., s. 301.

¹² Karayalçın, a.g.e., s. 302.

¹³ Karayalçın, a.g.e., s. 302.

¹⁴ Karayalçın, a.g.e., s. 302.

“Şartnamenin 67.1. ve 67.2. maddelerinde öngörülen süreler, çabuk sonuçlandırılması istenilen bir uyuşmazlığın asgari sürecinin tahmininin yapılabilmesini kolaylaştırmaktadır”.¹⁵ Türegün’e göre: “Sürelerin tamamen kullanıldığı bir durumda, mühendis kararı 84 gün, tahkim niyetinin bildirimi 70 gün, sulh teşebbüsü 56 gün olmak üzere 210 gün (30 hafta) tahkime başlama süresine ilaveten, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) kuralları içerisinde hakem heyetinin kuruluşu, dava başvuru harçları ve hakem ücretleri ile ilgili avansların ICC’ye gönderilmesi, Uluslararası Hakem Mahkemesi Sekreteryası ile ilk yazışmaların da yaklaşık 12 hafta sürebileceği dikkate alındığında, 40-45 haftalık bir süreden sonra en iyi şartlarla hakemlerin kararlarını 28-30 haftada verecekleri varsayılsa bile, bu kararın uluslararası hakem mahkemesi tarafından kontrolü ve hakemlere kararlarını imzalama izni verilmesi, tarafların tabi oldukları kanunlara göre, muhtemelen kararın verildiği ülkede temyiz edilmesi, kararın tenfiz edileceği yerde tenfiz davası açılması ve tenfiz kararının temyizi aşamaları yıllar alacaktır”.¹⁶

“FIDIC Şartnamesine göre, mühendisin her kararı için uyuşmazlık prosedürüne başvurulabilecektir. Mühendisin işin seyrine tesiri olan acil sonuç isteyen kararlarının acil uygulamasını temin eden tek hüküm, Şartnamenin 13.1. maddesinde öngörülen “müteahhit, her konuda mühendisin talimatlarına kesinlikle uyar” düzenlemesidir. Bu düzenleme nedeniyle, mühendisin istediği bir iş değişikliğinin zaruri olup olmadığı veya bu değişikliğin müteahhidin mesleki yeteneği ile bağdaşmadığı yolunda çıkacak bir uyuşmazlıkta, müteahhit mecburen mühendisin talimatını yerine getirmeye çalışacaktır. Müteahhidin mesleki yeteneğini aşan konuda yapacağı her kusurlu imalat, müteahhit yıllar sonra tahkimdeki davasını kazanırsa, işverenin üzerine mali bir yük olarak kalacaktır”.¹⁷

“Uygulamada yukarıda zikredilen sorunu çözmek için tavsiye edilen yöntem şudur: FIDIC ikinci kısma (Özel Uygulama Şartlarına) koyulacak özel bir düzenleme ile, bu gibi durumlarda işin devamı sırasında iş yerinde hazır bulunacak, ücreti işveren ve müteahhit tara-

¹⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 302.

¹⁶ Necip Türegün, “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001): 281.

¹⁷ Türegün, a.g.e., s. 281.

fından müştereken karşılanacak, uluslararası isim yapmış, muteber, teknik bir sözleşme tatbikatçısının bulundurulması ve onun vereceği geçici kararları veya Uluslararası Ticaret Odasının Uluslararası Bilirkişilik Merkezinin Usulüne veya Tahkim Öncesi Hakem Usulüne başvurularak, bunların kararlarını tarafların, tahkime gitmek hakkı saklı kalmak kaydı ile, aynen uygulayacakları öngörülmelidir”.¹⁸

“Eğer ortada 67.2. maddeye göre sulh teşebbüsüne konu olmuş bir mühendis kararı yoksa, 67.4. maddede bahsedilen hal hariç olmak üzere, hakem kendisine sunulan uyuşmazlığa bakamayacak ve böylece konu doğrudan mahkemeye intikal edecektir”.¹⁹

“67.1. maddede belirtilen “uyuşmazlık prosedürüne uyulması halinde tahkim başlamayacaktır” biçimindeki düzenlemenin ise, taraflara adalet yolunu kapadığını iddia etmek mümkün değildir. Zira, bu takdirde tahkim yolu kapanacak fakat mahkemeye başvurma yolu her zaman açık kalacaktır”.²⁰

2. FIDIC 1987 BASKISINA GÖRE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ MEKANİZMASININ ELEŞTİRİSİ

“67.1. maddeye göre, işveren ve müteahhit, mühendisin bu madde prosedürüne uygun olarak verdiği kararlarını, bu kararlar dostça bir hal tarzıyla veya tahkim kurulu kararıyla revize edilmedikçe veya edilmeye kadar, derhal yürürlüğe koymak zorundadırlar”.²¹

“Bu hükmün uygulamada genellikle sadece müteahhide yönelik olarak uygulandığı gözlenmektedir. Böyle bir halde mühendis kararı, müteahhit görüşüne aykırı ise, müteahhit bu kararı sözleşmeye aykırı davranmamak için aynen uygulamakta ve genelde işin sonunda veya duruma göre işin devamı sırasında, iddiasını hakeme veya ilgili mahkemeye intikal ettirmektedir”.²²

“Eğer karar işverenin görüşünün aleyhine ise işveren, 67. maddeye göre uyuşmazlıkların halli prosedürüne başvurmak yerine, mühendis kararını uygulamamayı tercih etmekte ve bu durumda da müteah-

¹⁸ Türegün, a.g.e., s. 281.

¹⁹ Türegün, a.g.e., s. 282.

²⁰ Türegün, a.g.e., s. 282.

²¹ Türegün, a.g.e., s. 262.

²² Türegün, a.g.e., s. 262.

hit, 69.1. maddenin kendisine verdiği sözleşmeye son vermek hakkını, işverenin elindeki kesin ve avans teminat mektuplarını, nakit teminatını ve sahadaki makina ve teçhizatını riske sokmamak için kullanamamakta ve bu kez muaccel olan hakkını, yine genelde işin sonunda, nadiren işin devamı sırasında, sözleşme ile tespit edilmiş merciye uyuşmazlık olarak intikal ettirmektedir".²³

"İşverenlerin bu tutumu nedeniyle, inşaat işlerinin tatbikatında ortaya çıkan risklerin adilane dağılımının FIDIC şartnameleleri ile sağlanması amacına hizmet etmekten uzaklaşmakta olduğu görülmektedir".²⁴

"Projelerin müteahhide teslimindeki gecikme, mühendisin çalışma temposundaki aczinden veya yeteneksizliğinden olabileceği gibi, eğer aynı mühendis söz konusu ise, tasarım hatalarından da doğmuş olabilir. Bu durumda mühendis kendi hatalarını işverenden gizleme gayretine düşecektir. Zira doğacak parasal yükümlülükten dolayı işverenin mühendise rücu hakkı mevcuttur. Diğer taraftan, işverenin kusurundan kaynaklanan bir hata durumunda ise, işveren tarafından atanan ve ücretini işverenden alan bir mühendisin, FIDIC Genel İdari Şartnamesinin 2.6. maddesinde öngörülen tarafsızlık ilkesine ne derecede sadık kalacağı da şüpheli bir durumdur".²⁵

"67. maddede öngörülen üç aşamalı prosedür yerine tarafların uzlaşmasında daha etkili olabilecek sürekli, güçlü bir uzlaştırma kurulunun daha inşaat sözleşmesi imzalanırken oluşturulması, bu kurulun uzlaştırma konusunda başarılı olamaması halinde tarafların tahkim yoluna başvurabilmesi, yeni çözüm önerisinin esasını oluşturmaktadır. Bu yeni yöntemde mühendisin teknik ve mali görevleri yine devam edecek, taraflar faydalı görürlerse mühendise "zorunlu uzlaştırıcı" görevini de verebilecekler; fakat her halükarda uyuşmazlık uzlaştırma kurulunun bağlayıcı mahiyette olmayan tavsiyeleri alınmadan taraflar dava yoluna veya tahkim mekanizmasına başvuramayacaklardır".²⁶

"Uluslararası İnşaat Projelerinde ABD'de 1980 yılında başlayan daimi bir Uyuşmazlık İnceleme Kurulu (Dispute Review Board) uygu-

²³ Türegün, a.g.e., s. 262.

²⁴ Türegün, a.g.e., s. 279.

²⁵ Türegün, a.g.e., s. 279-280.

²⁶ Karayalçın, FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, s. 306.

lamasının, büyük ve hatta daha küçük projelerde başarıyla sürdürüldüğü, proje fiyatına göre bu kurulların masraflarının tahkim giderlerinden daha düşük olduğu, sözleşme yapılırken kurul üyeleri, işveren ve müteahhit tarafından ismen seçildikleri için uzmanlık, saygınlık ve tarafsızlık açısından daha etkili oldukları belirtilmiştir”.²⁷

“ABD’deki bu uygulamayı, Dünya Bankası da değerlendirerek FIDIC Genel Şartlarının 67. maddesinin bu yönde değiştirilmesini önermiştir. Uyuşmazlıkları giderme ve uzlaştırma kurulunun nasıl oluşturulacağı, görevleri ve bunun gibi hususlardaki öneriler ve tartışmalar uzun süre devam etmiştir”.²⁸

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde nihai çözüm uluslararası tahkimdir. Ancak bu yol, taraflar için pahalı ve riskli bir yoldur. Uluslararası tahkime başvurmadan uyuşmazlıkların giderilmesinde diğer alternatiflerin tüketilmesi ve geliştirilmesi gerekmektedir. Nitekim, büyük inşaat işlerinde son yıllarda uyuşmazlığın tahkime başvurmadan giderilmesinde “Sürekli Uzlaştırma Kurulu”, mühendisin yanında veya onun yerine alternatif bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum çerçevesinde, FIDIC Genel İdari Şartnamesinin 1999 yılında yayınlanan 5.baskısında, uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda FIDIC Genel Şartnamesinin 67. maddesinde öngörülen düzenlemeler ihtiyaca cevap verecek biçimde değiştirilmiştir.

1996 yılında, 1987 yılında yayınlanan 4. baskı FIDIC’e ek bir doküman yayınlanarak, “Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulu” ilk defa düzenlenmiştir.

FIDIC Genel Şartnamesinin 1999 yılında yayınlanan 5’inci baskısında, Genel Şartlar bölümü 20 madde halinde düzenlenmiş olup; bu maddelerin bölüm başlıkları aşağıdaki gibidir:

Madde 1- Genel Hükümler

Madde 2- İşveren

Madde 3- Mühendis

²⁷ Karayalçın, FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, s. 306.

²⁸ Karayalçın, FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, s. 306.

- Madde 4- Mütcaahhit
- Madde 5- Atanmış (İsimlendirilmiş) Alt Mütcaahhitler
- Madde 6- Personel ve İşçiler
- Madde 7- Tesis, Malzemeler ve İşçilik
- Madde 8- Başlama, Gecikmeler ve İşin Durdurulması
- Madde 9- Tamamlama Testleri
- Madde 10- İşverenin Teslim Alması
- Madde 11- Hata Sorumluluğu
- Madde 12- Ölçme ve Değerlendirme
- Madde 13- Değişiklikler ve Uyarlamalar
- Madde 14- Sözleşme Fiyatı ve Ödeme
- Madde 15- Sözleşmenin İşveren Tarafından Sona Erdirilmesi
- Madde16- İşin Durdurulması ve Sözleşmenin Mütcaahhit Tarafından Sona Erdirilmesi
- Madde 17- Risk ve Sorumluluk
- Madde 18- Sigorta
- Madde 19- Mücbir Sebepler
- Madde 20- İddialar, Uyuşmazlıklar ve Tahkim

3. FIDIC 5. BASKIYA GÖRE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜMEKANİZMASI

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 5. baskı (Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by The Employer, First Edition, 1999) yerine aralarındaki sözleşme için 1987 tarihli 4.baskı FIDIC Şartnamelerini esas alabilirler. Ancak, yabancı işveren idarelerin ihaleye çıkardığı projelerin veya uluslararası finans kuruluşlarının kredileriyle finanse edilen projelerin uluslararası ihalelerinde İngilizce baskısı kullanıldığı için, FIDIC'in 1999 baskı şartnamelerinin esas alındığı gözlenmektedir.

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.

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.

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.

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 hiçbirisi herhangi bir mesele hakkında Kurula danışamaz.

Eğer herhangi bir zamanda taraflar anlaşılırlarsa, Kurul üyelerinden bir veya birden fazlasının yerini almak üzere veya yerini almaya

hazır olmak üzere uygun kişi veya kişileri atayabilirler. Taraflar aksi-ni 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”.

“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,
- (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.”

“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.

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.

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.

Her iki durumda da, tatmin olunmadığına ilişkin bildirimde bu alt maddeye göre bildirimin yapıldığı belirtilmeli ve bildirimde uyuşmazlık konusu mesele ve tatmin olmamanın nedenleri belirtilmelidir. 20.7. maddede ve 20.8. maddede belirtilen istisnalar hariç, bu alt maddeye uygun olarak, tatmin olunmadığına ilişkin bir bildirim verilmediği takdirde, taraflardan hiçbirisi bir uyuşmazlığa ilişkin olarak tahkim prosedürünü başlatmaya yetkili olmayacaktır.

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 bildiriminin verildiği günden itibaren 56 gün geçtikten sonra, tahkim prosedürü başlatılabilir.”

“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.”

“Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun Kararına Uymama” başlıklı 20.7. maddeye göre: “ (a) 20.4. maddede belirtilen süre içerisinde taraflardan hiçbiri, tatminsizlik bildirimi vermemişse,(b) Uyuşmazlıkları Sonuçlandırma Kurulunun ilgili kararı (eğer varsa) bağlayıcı hal almışsa, (c) Bir taraf karara uymamışsa, o zaman diğer parti, sahip olabileceği diğer haklarına halel gelmeksizin, bu uymama durumunu 20.6. maddeye göre tahkime götürebilir. 20.4. madde ve 20.5. madde bu başvuruya uygulanmayacaktır.”

“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.”

FIDIC 1999 (5.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 dokuz maddelik “Usul Kuralları” yer almaktadır.

SONUÇ

Yirmibirinci yüzyılın başında, uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörü, inşaatla ilgili yan servisler ve yardımcıları ve ortaklar aracılığıyla faaliyette bulunan özgün yapısı ile, aynı zamanda hem fırsatlar ile hem de zorluklar ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörünün yurtdışındaki iş olanaklarını etkileyen geniş faktörler yelpazesinde; altyapı projelerinin uluslararası finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri ve standart sözleşme formları, uluslararası tahkim ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm mekanizmaları, ihracat kredisi sigortası ve yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması hususları önceliğe sahip meseleler olarak öne çıkmaktadır.

Global ölçekte altyapı ihtiyacı her geçen gün artmakla birlikte, dünya çapında altyapı alanında yeni inşaat ve bakım faaliyetleri için gereken fonları bulmakta genel olarak güçlük çekildiği gözlenmektedir. Bu durum karşısında yeni bir finansman yöntemi olarak, altyapı yatırımlarının finansmanında ve alt yapı hizmetlerinin yürütülmesinde kamu-özel sektör ortaklığı (Public-Private Partnership) modeline daha fazla işlerlik kazandırmak güncel bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC tarafından 1999 yılında yayınlanan 5'inci baskı yeni kırmızı, sarı ve gümüş renkli kitapların (genel ve özel şartnamelerin), diğer bir deyişle standart sözleşme formlarının, geçmişte olduğundan daha fazla olarak inşaat riskini müteahhite yüklediği görülmektedir. Ancak Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinin çoğunda halen 1987 yılında yayınlanan 4'üncü baskı kırmızı kitap, inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında ve uluslararası ihalelerde yaygın olarak kullanılmakta olup; yeni baskı FIDIC tip şartnamelerinin bu eski baskı versiyonunun tamamen yerini almasının biraz daha zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirilmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif

uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sanayinin özel ihtiyacı bulunmaktadır.

Günümüzdeki uygulamada ihracat kredisi sigortası şirketlerinin sağladığı sigortaların kapsamı politik ve ticari riskler ile sınırlı olup; çevresel, sosyal ve kültürel riskleri azaltma kapasiteleri ihmal edilebilir düzeydedir. Geleneksel inşaat faaliyeti, işverenlerin ve onların müşavir mühendislerinin belirlediği teknik kriterlere ve şartlara dayanan talimatları yerine getirdiği için, müteahhitin inşaat işinin çevresel boyutlarını etkileme kapasitesi, üçüncü taraflar tarafından hazırlanan ihale dökümanları ve dizaynlar (çizimler) ile inşaatın yapılmakta olduğu yabancı ülkedeki ulusal mevzuat ile sınırlıdır.

Haziran 2003’de dünyanın en büyük ve en ünlü özel finans kuruluşlarından bazıları Ekvador Prensiplerini kabul etmişlerdir. Bu yol gösterici prensipler, kredi veren kuruluşların finanse ettikleri inşaat projelerinin sosyal açıdan sorumlu ve çevresel açıdan sakıncasız gelişmesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği Genel Kurulu’nun 15 Nisan 2004 tarihinde İstanbul’daki konferansının konusunun “İhracat Kredi Sigortası ve Proje Finansmanında Çevresel ve Sosyal Standartlar” olarak seçilmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı projeleri için uluslararası finansman sağlamada yeni standartların önemini vurgulamaktadır.

2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne üye olan Çin, taahhütlerinin aksine, kabul ettiği yeni hukuki düzenlemeler ile yabancı müteahhitlerin Çin’in inşaat pazarına girmelerinin önünde yeni giriş engelleri yaratmıştır. Avrupa Komisyonu’nun ve diğer uluslararası kuruluşların işbirliği içinde yürüttükleri Çin Hükümeti nezdindeki ikna çabalarının kısmen başarılı olması sonucunda, Çin inşaat pazarına uluslararası inşaat şirketlerini daha fazla çekebilmek için, Çin’in yeni mevzuatının yabancı müteahhitler için öngördüğü ikamet şartı, yabancı mühendis sayısına getirilmiş olan sınırlamalar, belirli sermaye getirme mecburiyetleri gibi pazara giriş engeli niteliğindeki kısıtlamalar yumuşatılmıştır.

Yukarıda uluslararası müteahhitlik sektörünün gündemindeki son gelişmeler böylece değerlendirildikten sonra, konuyu ülkemizin yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü açısından ele aldığımızda sektörün gündemindeki başlıca sorunlar olarak başlıca şu hususlar dikkati çekmektedir: Bürokraside daha etkin bir koordinasyon oluşturma gereği, finansman bulma ve teminat mektubu temin etme güç-

lülüğü, sosyal güvenlik, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, tanıtım eksikliği, sektörün belli bölgelerde yoğunlaşması ve yeni pazarlara açılmaması, iş alınarak faaliyet gösterilen tüm ülkeler ile “Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi” ve “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması” anlaşmalarının henüz tamamlanamamış olması, Türk teknik müşavirlik ve mühendislik firmalarının yurtdışında yeterince etkin olamaması, teknik ve tecrübe bakımından yetersiz Türk inşaat firmalarının yurtdışında iş üstlenmesi nedeniyle sektörün olumlu imajının zedlenmesi.

Yukarıda özetlenen sorunlar biran önce halledilerek, ülkemizin halihazırda oldukça yüksek olan mevcut cari açığını kapatabilmek için, geleneksel olarak döviz kazandırıcı ihracat ve turizm sektörlerinin yanısıra, önündeki engellerin kaldırılması ve mümkün olan her türlü hukuki, mali desteğin sağlanması suretiyle acilen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörünün önünün açılması zarureti bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- H.A.Dumont, *The FIDIC Conditions and Civil Law*, ICRL(1988).
- FIDIC, *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*, First Edition, Geneva 1999.
- FIDIC, *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, Fourth Edition, Geneva 1987.
- FIDIC, *Supplement to Fourth Edition 1987 of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, First Edition, Geneva 1996.
- Yaşar Karayalçın, “FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 287-308.
- Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul Haziran 2005.
- Türegün, Necip. “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri* (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 249-285.