

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI / TAHKİM

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMAN TALEP MERKEZİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Mimar Özlem SORAN
(502991147)**

104077

104077

**Tezin Enstitüye Verildiği Tarih : 11 Haziran 2001
Tezin Savunulduğu Tarih : 27 Haziran 2001**

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Heyecan GİRİTLİ

Diğer Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Murat ÇIRACI

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İ.Ü)

Prof. Dr. Heyecan GİRİTLİ 24.07.2001

Doç. Dr. Murat ÇIRACI 24.07.2001

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İ.Ü) 24.07.2001

HAZİRAN 2001

ÖNSÖZ

Yüksek lisans programına başladığım dönemden bugüne kadar öncelikle tez danışmanlığımı kabul ederek verdiği destek ve çalışma süresince gösterdiği ilgi ve yönlendirici katkısı için Sayın Prof. Dr. Heyecan Giritli'ye sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Yüksek lisans programına başlamam için beni teşvik eden ve bu süreçte hep yanımda olarak bana destek veren sevgili aileme; benden ilgi ve anlayışlarını esirgemeyen sevgili eşime ve arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunmaktan mutluluk duyarım.

Bu çalışmanın hazırlanmasında katkılarını esirgemeyen ve pek çok konuda yardım ve desteğini gördüğüm Sn. Cem Nikravan'a teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca çalışmalarımı yürütürken başvurduğum ilgili kurumlardaki yetkililere sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Haziran 2001

Mimar Özlem Soran

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vi
TABLO LİSTESİ.....	vii
ÖZET.....	viii
SUMMARY.....	xi
1. GİRİŞ.....	1
1.1. Konunun Belirlenmesi.....	1
1.2. Çalışmanın Amacı.....	2
1.3. Çalışmanın Yöntemi.....	2
2. İNŞAAT SEKTÖRÜNDE UYUŞMAZLIK.....	4
2.1. İnşaat Sektörünün Temel Özellikleri.....	4
2.2. İnşaat Sözleşmelerinde Çatışma ve Uyuşmazlık.....	4
2.2.1. Çatışma.....	5
2.2.2. Uyuşmazlık.....	6
2.3. İnşaat Sözleşmeleri.....	9
2.3.1. İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Tarafları.....	10
2.3.1.1. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı.....	10
2.3.1.2. İnşaat Sözleşmesinin Tarafları.....	10
2.3.2. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri.....	11
2.3.3. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları.....	12
2.3.3.1. Bir "İnşa Eseri Meydana Getirme" Unsuru.....	12
2.3.3.2. Ücret Unsuru.....	14
2.3.3.3. Anlaşma Unsuru.....	14

3. UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	16
3.1. Resmi Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Formal Dispute Resolution).....	16
3.1.1. Resmi Yargı (Litigation).....	17
3.1.2. Tahkim (Arbitration).....	17
3.1.2.1. Tahkimin Uygunluğu.....	17
3.1.2.2. Tahkimin Avantajları.....	18
3.1.2.3. Tahkimin Dezavantajları.....	18
3.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolution = ADR).....	19
3.2.1. ADR Süreçlerinin Uygunluğu.....	20
3.2.2. ADR Süreçlerinin Avantajları.....	21
3.2.3. ADR Süreçlerinin Dezavantajları.....	21
3.2.4. ADR Süreçleri.....	24
3.2.4.1. Müzakere (Negotiation).....	24
3.2.4.2. Arabuluculuk (Mediation).....	28
3.2.4.3. Partnering.....	32
3.3. Fidic Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü.....	35
3.3.1. Mühendis - İş Sahibi, Mühendis - Yüklenici İlişkisi.....	37
3.3.1.1. Mühendis Kimdir?.....	37
3.3.1.2. Mühendis - İş Sahibi İlişkisi.....	38
3.3.1.3. Mühendis - Yüklenici İlişkisi.....	38
3.3.1.4. Mühendisin Görevleri.....	38
3.3.2. Genel Şartlara Göre Uyuşmazlığın Giderilmesi.....	40
3.3.3. Fidic Sözleşmelerinde Uyuşmazlığın Halli için Hazırlanmış 67. Madde.....	42
4. RESMİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINDAN "TAHKİM".....	45
4.1. Tahkimin Tanımı.....	45
4.2. Tahkim Terimi.....	46
4.3. Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları.....	46
4.4. Tahkimin Kararlaştırılması.....	47
4.4.1. Tahkim Anlaşması.....	47
4.4.2. Tahkim Anlaşmasının Açık ve Kesin Olması.....	48
4.4.3. Tahkim Anlaşmasının Belli Bir Uyuşmazlığa İlişkin Olması.....	48

4.5. Tahkimin Anlaşmasının Şekli.....	49
4.6. Tahkim Yolu ile Çözülebilecek Uyuşmazlıkları.....	50
4.7. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı.....	51
4.8. Tahkimin Çeşitleri.....	52
4.8.1. Tahkime Müracaatın Tarafların İradelerine Bırakılmış Olup Olmamasına Göre.....	52
4.8.1.1. İhtiyari Tahkim.....	52
4.8.1.2. Mecburi Tahkim.....	53
4.8.2. Tahkimin Belli bir Müessesenin Teminat ve Murakabası Altında, Onun Tarafından Önceden Genel Olarak Tesbit ve Tayin Edilmiş Kurallara Uygun bir Şekilde Cereyan Edecek Olup Olmamasına Göre.....	53
4.8.2.1. Organize Tahkim.....	53
4.8.2.2. Ad Hoc Tahkim.....	54
4.8.3. Tahkime Konu Teşkil Eden Uyuşmazlıkların Çeşit ve Özelliklerine Göre.....	56
4.8.3.1. Alelade Tahkim.....	56
4.8.3.2. Ticari Tahkim.....	56
4.8.4. Tahkimin Yabancı Bir Unsuru İçerip İçermemesine Göre.....	57
4.8.4.1. Yerli (İç) Tahkim.....	57
4.8.4.2. Yabancı Tahkim.....	59
4.8.4.3. Uluslararası Tahkim.....	60
4.8.5. Tahkim Anlaşmasının İki veya Daha Ziyade Tarafın Mevcut Olmasına Göre.....	69
4.8.5.1. İki Taraflı Tahkim.....	69
4.8.5.2. Çok Taraflı Tahkim.....	69
5. UYUŞMAZLIĞIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜLDÜĞÜ BİR İNŞAAT PROJESİ (CASE STUDY).....	72
5.1. Proje.....	73
5.2. Hakem Kararı.....	77
5.3. Davanın Nihai Sonucu.....	110
6. SONUÇ VE ÖNERİLER.....	118
KAYNAKLAR.....	120
ÖZGEÇMİŞ.....	128

KISALTMALAR

ADR	: Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları)
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
KDJV	: Kutlutaş – Dillingham Joint Venture
KGM	: Karayolları Genel Müdürlüğü
EIC	: Export Incentive Certificate (İhracatı Teşvik Belgesi)
IIC	: Investment Incentive Certificate (Yatırım Teşvik Belgesi)
CB	: Claimant's Bundle (Davacının Dosyası)
DB	: Defendant's Bundle (Davalının Dosyası)



TABLO LİSTESİ

	<u>Sayfa</u>
Tablo 2.1. Uyuşmazlık Nedenleri	7
Tablo 3.1. ADR Süreçlerinin Çeşitli Kriterlere Göre Karşılaştırılması	23



İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI / TAHKİM

ÖZET

İnşaat sektörü bilinen gelenek ve uygulamaları ile teknolojik olarak uzmanlaşmış bir endüstridir. Bir projenin planlama, dizayn ve yapım süreçleri, geçici olarak bir fiziksel aktiviteyi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş, farklı amaçları ve çıkarları olan birçok bağımsız organizasyonu ve insanı kapsar. Bu dinamik ve aynı zamanda riskli süreç içinde, gruplar bir yığın karışık doküman ve sözleşmelerle bir süre için birbirlerine bağılıdırlar. Herhangi bir şeyin ters gitmesi durumunda genelde çok sayıda insan bu durumdan etkilenecektir. Eğer problemler hemen çözüme kavuşturulmazsa çoğu zaman büyürler, daha çok insanın ve en sonunda tüm projenin etkilenemesine neden olurlar.

Ancak, hangi tür sözleşme ile ilgili olursa olsun uygulamada birtakım uyuşmazlıkların çıkması olasılığı vardır ve yazılı hale getirilmemiş ya da iyi hazırlanmamış bir sözleşme, hakkı zayi olmak tehlikesiyle karşı karşıya bulunan tarafı çok zor durumda bırakabilir. Bu bakımdan bir hukuki ilişki kurmak isteyen tarafların, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda haklarını koruyabilmek için yazılı sözleşme yapmaları; haklarını ve yükümlülüklerini olabildiğince açıklıkla belirlemeleri en uygun yoldur.

Bu sözleşmelerin hazırlanmasından uygulanmasına ve uygulamada çıkan uyuşmazlıkların çözümüne kadar giden süreçte, mühendis ve hukukçuların, durumun özelliklerine göre az veya çok yoğun bir işbirliği içinde bulunmaları gerekir.

İnşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çözüm yollarını resmi uyuşmazlık çözüm yolları ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak ikiye ayırmak mümkündür. Resmi uyuşmazlık çözüm yolları yargı ve tahkimdir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR= Alternative Dispute Resolution) olarak ise bu tezin kapsamında arabuluculuk, müzakere ve partnering ele alınmıştır.

İnşaat endüstrisinde çatışmanın zamanla yerleşik hale gelmesiyle uyuşmazlık artık kaçınılmaz duruma gelmişse, çözüm için bir yol seçilmelidir. Genelde seçilen bu yol da yargıdır. Mahkeme celbi ile başlayan süreç, duruşmaya doğru devam eder. Yargı

sistemi çok yavaş, pahalı, katı ve korkutucudur. Yargı sürecindeki yanlışlığın nedeni, mahkemeleri her türlü uyuşmazlık için kullanmaktır. Birçok sosyal, ekonomik ve politik problem, yasal forumlarla çözülmeye uygun olmamasına rağmen bu süreçlere tabi tutulmaktadır.

ADR, uyuşmazlıkların ekonomik ve hızlı bir şekilde çözüm tekniklerinin bir derlemesi şeklinde nitelendirilebilir. Önemle belirtilmelidir ki bu süreçler yargı sürecinin ortadan kaldırılması için düşünülmemiştir. ADR kavramının temel amaçları aşağıda özetlenmiştir:

- Kamusal uyuşmazlık çözüm sistemini daha hızlı, daha verimli, az masraflı ve bu sistemdeki tarafların ihtiyaçlarına daha uygun hale getirmek.
- Yargı sürecine karşı alternatif metodlar sunmak.

Bazen alternatif çözüm yolları, "devlet yargısının alternatifi olan çözüm yolları" olarak anlaşılmakta ve bunun bir sonucu olarak, tahkim kurumu da, bu tür çözüm yolları içerisinde düşünülmektedir. Oysa, tahkim kurumu, hakem adı verilen kişilerin, uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı karar vermesini ifade ettiği için, alternatif uyuşmazlık çözme yollarından farklıdır. Buradaki fark, ADR'da tarafların üçüncü bir kişinin yardımı ile kendi uyuşmazlıklarına çözümünü yine kendileri bulmaya çalışması ve dolayısıyla üçüncü kişinin görüşü ve tavsiyesinin taraflar üzerinde prensip olarak bağlayıcı olmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme veya hakemlerin verdiği karar ise, taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahiptir.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bazı özelliklere sahiptir. Öncelikle, bu tür sözleşmelerin konusunu oluşturan işlerin mali değeri çok büyük olmakta, sözleşmenin uygulanması diğer sözleşmelere oranla çok uzun bir süreye yayılmakta ve bunlarla bağlantılı olarak inşaat sözleşmeleri son derece ayrıntılı ve karmaşık hazırlanarak, birçok teknik hüküm ve doküman içermektedir. Ayrıca, inşaat sözleşmesinin özellikle yüklenici tarafında birden fazla kişi bulunmakta ve bu kişilerin kendi aralarında oluşturdukları joint venture veya konsorsiyum sözleşmeleri de, uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınmaktadır. Yine, bu projelerin büyüklüğü ile ilgili olarak, birçok sözleşmede işveren tarafının devlet veya devlet kurumu olduğu görülmektedir. Bu da uyuşmazlığın çözümünde, çok taraflı tahkim gibi özel durumlara sebep olmaktadır. Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir başka özelliği de, daha çok sözleşmenin uygulanması devam ederken ortaya çıkmasıdır.

Yerli uyuşmazlıkların alışıldık çözüm yolu devlet yargısı olup, tahkim yolu istisnai olarak kullanılan bir seçenek olmasına karşın, uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda durum tam tersine dönmekte ve uluslararası ticari tahkim, bu alandaki uyuşmazlıklarda genelde tercih edilen çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun sebebi, uluslararası ticari tahkimin, diğer çözüm yollarına göre taraflara sunduğu avantajlardır.

Bu tez çalışmasında inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çözüm yolları detaylı olarak ele alınmış ve uluslararası tahkime başvurmuş bir inşaat projesi “case study” olarak incelenmiştir.



DISPUTE RESOLUTION IN CONSTRUCTION CONTRACTS / ARBITRATION

SUMMARY

The construction industry is a technologically specialised industry, with its own well-established traditions and practices. The process of planning, designing and constructing a project typically involves many separate organisations and people, each with different interests and objectives, associated as a temporary task force for the purpose of delivering a physical facility. They are bound together for a period of time, by a complex series of contracts and documents, in a dynamic and risky process. When something goes wrong, it usually affects a number of the participants. If problems are not quickly solved, they often grow and affect even more people and finally the whole project.

However related with the type of the contract while constructing the project there is the probability of a dispute to arise and a contract which is not written or not well-prepared can let the party who is facing the danger of losing his rights in a difficult position. For this reason, the best way for the parties who want to form a juridical relationship is to make a written contract and to state their liabilities and rights clearly for protecting their rights for the disputes which may come out in future.

Engineers and lawyers have to cooperate in more or less dense way according to the features of the projects during the process of preparation, execution of the contracts and resolution of the disputes arisen while carrying out these contracts.

Dispute resolution methods in construction contracts can be divided in two groups as formal dispute resolution methods and alternative dispute resolution methods. Formal dispute resolution methods are litigation and arbitration. In the scope of this thesis for alternative dispute resolution methods; negotiation, mediation and partnering are studied.

In construction industry after conflict has been settled down in a course of time and the dispute is no longer inevitable, a way has to be chosen for the resolution. This way is usually litigation. The process begins with law summon and continues to court. Court system is too slow, too expensive, too rigid and too intimidating. The

problem about court system lies in using them to resolve all disputes. Many social, economic and political disputes which are not necessarily well suited to a resolution in a legal forum are subjected to these processes.

ADR can be defined as a collection of methods for the resolution of disputes quickly and economically. It is important to note that these processes are not designed to remove the court processes. The primary objectives of ADR can be summarized as follows:

- To make the public dispute resolution system more efficient, less costly and more responsive to the needs of the participants in that system.
- To offer alternative methods of dispute resolution besides the court process.

Sometimes alternative resolution methods are understood as “the alternative resolution methods of public litigation” and as a result of this misunderstanding, arbitration is considered to be one of these methods. Arbitration is different from ADR methods because it may be defined as rendering a final and binding decision by the persons called arbitrators. The difference is, in ADR the parties try to reach a solution by themselves with the help of a third party but as a principle the advice or the opinion of the third party is not binding for the parties. The decisions by arbitrators or judges are binding for the parties.

Disputes arisen from international construction contracts have some features. Firstly, the works which are subject of these contracts have big financial values and execution of them takes long periods of time in comparison with other types of contracts. According to these features they are prepared in a very detailed and complex way and they have many technical provisions and documents. Furthermore especially in the construction contract the party which is contractor has more than one organisations and the contracts formed between these organisations like joint venture contracts or consortium contracts have to be taken into consideration in dispute resolution. Nevertheless according to the big scale of these projects in many contracts the party which is client is usually government. In dispute resolution this can lead to a special situation like Multi-Party Arbitration. Another feature of dispute arisen from an international construction contract is that they usually come out while the execution is ongoing.

Customary resolution method for native disputes is litigation and arbitration is used as an exceptional choice, but for disputes arisen from international commercial

relations it turns opposite and international commercial arbitration appears to be the customary method. The reason is the advantages offered to the parties as to other methods.

In this study, dispute resolution in construction contracts is mentioned in detail and as a “case study” a construction project which has applied for international arbitration is examined.



BÖLÜM I: GİRİŞ

1.1. Konunun Belirlenmesi

İnşaat projelerinde başarı; işin, zamanında istenilen kalitede ve minimum maliyette tamamlanarak, hem yüklenici hem de mal sahibi açısından en yüksek düzeydeki verimle gerçekleştirilmesi demektir.

Ancak uygulamalarda bu düzeyi yakalamak her zaman mümkün olmamakta ve çeşitli nedenlerle taraflar projeden beklentilerini elde edememektedirler. Hatta bir çok proje uygulamalarının taraflar arası uyuşmazlık sonucu aksamalara uğradığı ve sözleşmelerin fesih edilerek inşaatın yarım kaldığı bilinmektedir. Uzun süren mahkemeler sonucunda tarafların önemli miktarda tazminat ödemelerine ve projenin genellikle başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olan bu uyuşmazlıkların ancak uygulama ve sözleşme aşamalarında alınacak tedbirlerle çözümleri mümkündür.

İnşaat işlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, sözleşmeye taraf olan mal sahibi ve yüklenicinin hak ve sorumluluklarını en iyi şekilde tanımlayabilmelerine; proje gerçekleştirme sürecine katılan diğer kişilerin de görev ve yetkilerini tam olarak bilmelerine bağlıdır.

Sözleşmeler bu ilişkileri tanımlayan belgeler olarak proje gerçekleştirme sürecinde büyük önem taşımaktadırlar.

Sözleşme hazırlanırken, uygulanırken, uyuşmazlıklar taraflar arasında çözüme bağlanırken, dava tasarıları ve ekleri hazırlanırken, yönetici, işletmecisi, mimar, mühendis ve hukukçunun kendi sorumluluk alanlarında uzmanlaşmış olmaları ve ciddi bir işbirliği gerçekleştirmeleri gerekmektedir.

Türkiye koşullarında sözleşme hazırlanması, uygulanması ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm aşamalarında, organizasyonlar arasında üstlenilen sorumlulukların birbirine geçtiğini görülmektedir.

Bu tez çalışması için inşaat sözleşmeleri konusunda kaynak taraması yapılırken inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda tüm yerli

kaynakların büyük çoğunlukla hukukçular tarafından ortaya konulduğu belirlendi. Yabancı kaynaklar ise böyle açık bir ayrım göstermiyordu. Bunun üzerine inşaat sektörünün önemli bir parçası olan “mimar” kimliği ile şimdiye kadar genellikle hukukçuların ilgilendiği “İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözüm Yolları” konusunda çalışmaya karar verildi.

1.2. Çalışmanın Amacı

İnşaat işletmesi içinde mühendisin veya mimarın hukuk alanında sorumluluk taşıması işletme bakımından çok ağır bir yüküdür. Hukukçunun teknik bir konuda öneride bulunması veya karar vermesi ne kadar anlamsız ve tehlikeli ise mühendisin veya mimarın hukuki bir konuda öneride bulunması ve karar vermesi o kadar anlamsız ve tehlikelidir. Fakat gerek mühendis ve mimarın, gerek hukukçunun inşaat işletmesinde ortaya çıkabilecek teknik ve hukuki problemler hakkında genel bir bilgi sahibi olmasında çok yarar vardır. Ancak bu bilgi taraflara karar verme hakkı tanımaz; tarafların sorumluluk alanlarını bilerek, gereken işbölümü ve koordinasyonu yapmalarını sağlamaya yöneliktir.

Bu tez çalışmasının amacı ise, yüklenici ve iş sahibi veya yüklenici ve alt yüklenici arasında imzalanan inşaat sözleşmelerinde bir madde olan “uyuşmazlıkların çözümü” maddesi hakkında hukukçuların yanı sıra süreçte yer alan mimar ve mühendislerin bilgi sahibi olabilmeleridir.

1.3. Çalışmanın Yöntemi

Bu tez çalışmasında inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çözümünde kullanılabilecek çözüm yolları ele alınmaktadır. Genel anlayışa ve araştırmaya kaynaklık eden ve cevaplandırılmaya çalışılan sorular şunlardır:

- Bir inşaat projesinin uygulanması sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü nasıl sağlanabilir?
- Genellikle ilk tercih sebebi olan yargı yolu yerine diğer alternatif yollar nasıl kullanılabilir?
- Uluslararası projelerde karşılaşılan uyuşmazlıklarda kullanılan çözüm yolları nelerdir?

Tezin ikinci bölümünde konuya temel teşkil eden inşaat sektöründe ve inşaat sözleşmelerinde çatışma ve uyuşmazlık ile, inşaat sözleşmesi kavramları açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümün ilk kısmında resmi uyuşmazlık çözüm yolları olarak bilinen resmi yargı ve tahkim konusu ele alınmıştır. Tahkim konusuna, dördüncü bölümde detaylı olarak incelenmesi nedeniyle, sadece bir sınıflandırma yapılabilmesi amacıyla değinilmiştir. Bu bölümün ikinci kısmında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak adlandırılan tekniklerden Müzakere, Arabuluculuk ve Partnering incelenmiştir. Bu bölümün son kısmında ise dünyada en çok kullanılan tip sözleşme olan Fidic Sözleşmelerinde uyuşmazlıkların ne şekilde çözüldüğü ele alınmıştır.

Dördüncü bölüm tezin en detaylı açıklanan kısmıdır. Bu bölümde resmi uyuşmazlık çözüm yollarından Tahkim konusu incelenmiştir. Uluslararası sözleşmelerde uyuşmazlıkların çözümü maddesinin önemi açıktır. Genellikle son zamanlarda tercih edilen uyuşmazlık çözümü uluslararası tahkim yoluna başvurmaktır. Bu bölüm içinde uluslararası tahkim konusuna da geniş yer verilmiştir.

Beşinci bölümde ise uluslararası tahkim sürecine başvurulmuş uluslararası nitelikteki bir projenin incelemesi yer almaktadır. Bu bölümün amacı ele alınan projenin uluslararası tahkim davasına yeni bir yorum getirmek değil, hukukçu kimliğine sahip olmayan mimar ve mühendislere bir uluslararası tahkim davası ve hakem kararı konusunda fikir verebilmektir.

BÖLÜM II: İNŞAAT SEKTÖRÜNDE UYUŞMAZLIK

2.1. İnşaat Sektörünün Temel Özellikleri

İnşaat sektörü ve üretimi nitelik açısından diğer üretim alanlarından oldukça farklılık gösterir. Projenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belli olduğunu, bir kereye mahsus olarak yapıldığını – tasarım süreci her seferinde yeniden başlar- ve üretim süreci boyunca çeşitli uzmanlık alanlarını bir araya getirdiğini düşünürsek; inşaat sektörünün üretim, organizasyon ve sözleşme yönlerinden diğer sektörlerle nazaran farklı olduğu görülür. [1, s. 36]

İnşaat sektörü bilinen gelenek ve uygulamaları ile teknolojik olarak uzmanlaşmış bir endüstridir. Bir projenin planlama, dizayn ve yapım süreçleri, geçici olarak bir fiziksel aktiviteyi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş, farklı amaçları ve çıkarları olan bir çok bağımsız organizasyonu ve insanı kapsar. Bu dinamik ve aynı zamanda riskli süreç içinde, gruplar bir yığın karışık doküman ve sözleşmelerle bir süre için birbirlerine bağılıdır. Bir şeyin ters gitmesi durumunda genelde çok sayıda insan bu durumdan etkilenecektir. Eğer problemler hemen çözüme kavuşturulmazsa büyürler ve tüm projenin etkilenemesine sebep olurlar. [2, s. 2]

2.2. İnşaat Sözleşmelerinde Çatışma ve Uyuşmazlık

Çatışma ve uyuşmazlık inşaat sektöründe iki farklı ilgi alanı olarak kabul edilebilir. Çatışmanın menfaatlerde bir bağdaşmazlık olduğunda ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Çatışma, uyuşmazlık boyutuna gelmeden çözümlenebilir. Uyuşmazlık ise, yargısal boyutlarla beraber düşünülmelidir. Uyuşmazlıklar, çözüm gerektirir, bu da ancak üçüncü şahısların müdahalesi ile mümkündür.

Kar amaçlı risk alımlarında, bağımsız girişimlerin temelinde ve rekabet unsurlarında çatışmanın olumlu yönleri ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlıklar ise inşaat sektörüne sadece sıkıntı getirir. [3, s. 513 – 514]

2.2.1. Çatışma

Çatışmanın birçok kavramda olduğu gibi araştırmacıların üzerinde anlaşmaya vardıkları belirli bir tanımı bulunmamaktadır. Çatışmanın İngilizce karşılığı olan “Conflict” kelimesi latince “conflictus” kökünden gelir ki bu da birbirine vurmak, karşı gelmek anlamındadır. [4, s. 3]

Çatışma; “Aynı şeyi elde etmek için farklı grup ve bireylerin, birbirini devre dışı bırakmak veya zayıflatmak amacına yönelik olarak yaptıkları biliçli mücadele, bir konuda birbirini yadsıyan görüş ve iddiaların meydana getirdiği karşıtlık” olarak tanımlanmıştır. [5, s. 71 – 72]

Çatışmanın temelinde bireyin çatıştığı kişiyi, grubu, düşünceyi veya olayı benimsememesi, hoşlanmaması veya bu tür olguların bir kısmı ile çekişmesi yatar. Çatışmayı, kişinin içinde bulunduğu sosyal ortam ve zaman diliminde istenmeyen ile karşı karşıya kalması ve elde etmek istediği sonuç için zorlanması halinde gerçekleştirdiği davranış, ulaştığı duygusal yapı olarak tanımlamak da mümkündür. [6, s. 146]

Çatışmanın Gerçek Nedenleri

İnşaat Sektörünün içinde çatışmanın gerçek nedenleri çok çeşitli ve geniş bir alana yayılmıştır. En genel nedenler aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır:

▪ Yanlış Anlamalar

Çatışma genellikle yanlış anlamalardan doğar. Bu yanlış anlamalar ve anlaşılmalardan da ana nedeni iletişim eksikliğidir. Yanlış anlamalardan kaynaklanan çatışmadan kaçınmak isteniyorsa, doğru iletişim kurulmalıdır.

▪ Değer Yargıları

İnşaat ve mühendislik projelerinde yer alan katılımcıların sahip olduğu değer yargıları projenin başarısı için çok önemlidir.

Bu değer yargıları bir kriz ortaya çıktığında iç çatışmaya neden olabilir. Büyük miktarda paranın da ilişkili olduğu seçenekler inşaat profesyonel yaşamının bir parçasıdır ve iç çatışmayı yönetmeyi öğrenmek başarılı kararlar alabilme yeteneğini geliştirecektir.

- **Menfaatler**

Bazen sonuç üzerindeki gerçek menfaatler gerçeküstü beklentiler yüzünden karıştırılabilir ve sonuçta ortaya çıkmaması gereken bir çatışma meydana gelebilir.

- **Kişiler**

Projede yer alan bireylerin kişilikleri çatışmaya neden olabilir. İnsan bilimi ve insan ruhu inşaat sektöründeki çatışmanın miktarını ve tipini etkilemektedir. İnsan biliminin ve ruhunun iyice anlaşılması çatışmanın gerçek nedenlerini ortaya koyacaktır. [7, s. 6 – 9]

2.2.2. Uyuşmazlık

Bir hakkın varlığı, kapsamı veya sonuçları üzerinde meydana gelen anlaşmazlıktır. Uyuşmazlık barış ile çözümlenemediği takdirde, bir çekişme haline alarak dava veya tahkim konusu olur. [8, s. 341]

Literatürde inşaat sektöründeki uyuşmazlıkların kaynakları üzerine birçok çalışma yapılmıştır. Her araştırma üzerinde yapılan incelemeler sözleşme durumlarının farklı başlıklar altında dahi olsa çatışma ve uyuşmazlık kaynaklarından biri olduğunu göstermektedir. İnşaat sektörü için uyuşmazlık kaynakları üzerine yapılan araştırmaları sınıflandıran ampirik çalışma Kumaraswamy (1996) tarafından yapılmıştır. Bu çalışma Tablo 2.1de yer almaktadır.

Diekman *et. al.* (1994) inşaat uyuşmazlıklarının göstergesi olabilecek üç alan belirlemiştir. Bunlar insan, proje ve süreçtir.

İçinde insanların yer aldığı konular, organizasyon sayıları, ilişkiler, roller, sorumluluklar ve insanları etkileyen farklı birçok beklentiler göz önüne alındığında çok önemlidir. Organizasyonların proje sürecini uygun yönetebilmek için yeterli personel kaynaklarına sahip olup olmadığı, bu personelin işbirliği içinde çalışıp çalışmadığı soruları önemli ayrıntılardır.

Proje konuları, işin teknik kısmı, (proje tipi, projenin kompleks yapısı vb.) şantiye koşulları ve projenin önerildiği çevre gibi unsurlardan oluşur. Eğer proje iş sahibi tarafından tanımlanmışsa bu unsurlar bağımlı ve değiştirilemezler. Bu şartlar altında proje unsurları, uyuşmazlık yaratma potansiyeline çok sahip değildirler. Proje unsurları, proje risklerini ortaya koymaktadır ve uyuşmazlık önleme ve çözme yöntemlerine olan ihtiyacı belirlemektedir.

Tablo 2.1: Uyuşmazlık Nedenleri [3, s. 515]

ARAŞTIRMA	AYRILAN ALAN SAYISI	UYUŞMAZLIK KAYNAKLARI
Bristow and Vasilopoulous (1995)	6 Alan	Gerçekçi olmayan beklentiler Sözleşme Dokümanları İletişim Takım ruhunun olmayışı Değişiklikler
Conlin <i>et. al.</i> (1996)	6 Alan	Ödeme Performans Gecikme İhmal Kalite İdare
Diekmann <i>et. al.</i> (1994)	3 Alan	İnsan Süreç Ürün
Heath <i>et. al.</i> (1994)	7 Alan	Sözleşme maddeleri Ödeme Değişimler Zaman Adaylık Yeniden adaylık Enformasyon
Hewit (1991)	6 Alan	Kapsam değişiklikleri Değişiklik durumları Gecikme Dağıtım Hızlandırma Bitirme
Kumaraswamy (1996)	2 Alan	Temel nedenler En yakın nedenler
Rhys Jones (1994)	10 Alan	Yönetim Kültür İletişim Dizayn Ekonomi İhale baskıları Hukuk Gerçekçi olmayan beklentiler Sözleşmeler İş gücü
Semple <i>et. al.</i> (1994)	4 Alan	Hızlandırma Ulaşma Hava Değişiklikler
Sykes (1996)	2 Alan	Yanlış Anlamalar Tahmin Edilememe

Süreç ile ilgili konular ise, sözleşmenin ve yapım sürecinin yürütölme şeklini, proje planlamasını, finansal ve kapsam tanımlamalarını, sözleşme yükümlölüklerini, sözleşmesel risk paylaşımını, sözleşme yürütme prosedürlerini, inşaat dokümantasyonunun kalitesini ve uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanmasını kapsar. [9, s. 355]

Inşaat uyuşmazlıkları her zaman çeşitli durumlardan ortaya çıkar fakat günümüz koşullarındaki bazı değışiklikler uyuşmazlıkların geleneksel alışagelmış durumlardan farklı şekilde meydana geldiğini göstermektedir. Bazı ölkelerde geleneksel proje elde etme yöntemleri yerini daha karmaşık yöntemlere bırakmaktadır. Bu durum da yüklenicinin sorumluluğu çok önemli hale gelmektedir. Artık yüklenici, uygulamacıdan çok proje elde etme sürecinin yöneticisi konumuna gelmektedir. Aynı zamanda yükleniciler ve alt yükleniciler bir araya gelip Joint Venture'lar oluşturarak geniş kapsamda hizmet vererek karı ve riski paylaşmaya yönelmişlerdir. Şimdilerde büyük uyuşmazlıklar artık iş sahibi ile yüklenici arasında değil, yüklenici ve alt yüklenici arasında ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlıklar bilgisayar teknolojisinin gelişmesi nedeniyle artık oldukça teknik ve eski bilindik beton ve çelik problemlerinde çok farklıdır.

Uyuşmazlıklardan korunma için yeni ilave korunma katmanları oluşmuştur. Projelerde bir proje müdürünün ve inşaat müdürünün yanı sıra çok sayıda uzman danışmanlar, sponsor, tedarikçi, tüketici ve işletmecilerin menfaatlerini korumak için atanmıştır.

Uyuşmazlıkların önlenmesine ve çözümüne yönelik geliştirilmiş mekanizmalara sahip standart formlardaki sözleşmeleri kullanma seçeneği ortaya çıkmıştır. [10, s. 3]

Başarılı proje yöneticileri, projede yer alan taraflar arasında risk dağıtımını sağlamada kullanılacak anahtar teknikleri anlayabilme yeteneğine sahip olmalıdır. Sözleşme maddeleri firmayı korumak için kullanılır fakat aynı zamanda birer kritik sorumluluk kaynağıdır. Uygulamalı sözleşme yönetimi unsurlarını anlayabilme yeteneğine sahip sözleşme yöneticisi ve proje yöneticisi, sorumlu oldukları işlerin performanslarını dikkatlice belgelemenin önemini kavramalıdır. Proje yöneticileri sözleşmelerindeki sorumluluk paylaşımlarının temel noktalarını kavramalıdır. Bilgilerini ve sorumluluklarını aşan karmaşık noktalarda hukukçulardan yardım almasını bilmelidirler. En önemlisi proje yöneticileri sözleşmelerin hazırlanması aşamasında hukuki destek alma gerekliliğinin farkında olmalıdırlar. [11, s. 330]

“Pek çok kişi “avukatlar olmasaydı inşaat sekt6r6 hala insanın bir tek s6z6 ve el sıkışmasıyla idare edilebilirdi” g6r6ř6ndedir. Pek çok avukat da kendilerine y6nelik bu d6şmanlığın farkındadır. Bu olumsuzluğa rağmen, onlar olmadan da binanın inşa edilebileceği, fakat uzun vadede bunun daha pahalıya mal olacağı, dolayısıyla avukatların inşaat sekt6r6n6n bir parçası olduğu kabul edilmektedir.

Kuşkusuz avukatlara başvurulmadığı halde işlerin istendiği gibi y6r6d6ę6 durumlar basit birtakım işlerde olabilir. Ufak bir ev inşaatında veya bir arsa sahibi ile y6klenici arasında kat karşılığı bina yapımında b6yle bir durumla karşılaşabiliriz.

Ancak, hangi t6r s6zleşme ile ilgili olursa olsun uygulamada birtakım uyuşmazlıkların çıkması olasılığı vardır ve yazılı hale getirilmemiş ya da iyi hazırlanmamış bir s6zleşme, hakkı zayı olmak tehlikesiyle karşı karşıya bulunan tarafı çok zor durumda bırakabilir. Bu bakımdan hukuki bir ilişki kurmak isteyen tarafların, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda haklarını koruyabilmek in yazılı s6zleşme yapmaları; haklarını ve y6k6ml6l6klerini olabildiğince açıklıkla belirlemeleri en uygun yoldur.

Bu s6zleşmelerin hazırlanmasından uygulanmasına ve uygulamada çıkan uyuşmazlıkların 6z6m6ne kadar giden s6rete, m6hendis ve hukukçuların, durumun 6zelliklerine g6re az veya çok yoğun bir işbirliği inde bulunmaları gerekir. [12, s. 17]

2.3. İnşaat S6zleşmeleri

S6zleşme, belirli bir bedel karşılığında iş yaptıran taraf ile bu işi gerçekleştirmeyi taahh6t eden; en az iki veya daha fazla taraf arasında s6z konusu işin gerçekleştirilmesi konusunda yapılan anlaşmadır. İngilizce'deki "contract" s6zc6ę6 bir arada y6r6t6len anlamına gelen "contractum" k6k6nden t6remiştir ve iki tarafı kanuni olarak bağlayan anlaşma demektir. [13, s. 5]

İnşaat s6zleşmesi, istisna s6zleşmesinin (eser s6zleşmesi) en çok uygulama alanı bulan bir g6r6n6ř şeklidir. K66k bir yapının inşaasından baraj, otoyol, t6nel, k6pr6 ve g6kdelenlerin inşasına kadar irili ufaklı t6m bu yapılar, inşaat s6zleşmesinin konusunu oluşturur.

2.3.1. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı ve Tarafları

2.3.1.1. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

İnşaat sözleşmesi yüklenicinin, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşmedir. İnşaat sözleşmesi, niteliği itibarıyla bir istisna sözleşmesidir. Bu sözleşme ile yüklenici, bir inşa eseri meydana getirmeyi borçlanırken, iş sahibi de bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır.

2.3.1.2. İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

Sözleşmenin temel aktörleri olan iş sahibi işi öneren, tanımlayan, yaptıran ve ücretini ödeyen taraf olarak ve yüklenici sözleşmede ve eklerinde yer alan esaslara göre eseri süresinde, belirlenen şartlara uygun olarak imal veya inşa ve teslim etmeyi taahhüt eden taraf olarak sözleşme ve ekleri ile işin gerektirdiği idari, mali, teknik ve hukuki organizasyonu gerçekleştirmekle yükümlüdürler.

İş sahibi ve yüklenici inşaatın çapını, teknik özelliklerini, ödeme şartlarını ve riskleri göz önüne alarak iç organizasyonu gerçekleştirir ve kendi işletmesi dışında yardımcı kişilere ihtiyacı olup olmayacağını belirler.

İş sahibinin inşaat işlerinde teknik tecrübe ve kadrosu olmayabilir. İş sahibi yaptırılacak inşaatın teknik özelliklerini, kapasitesini, verimini tespit ederken, ihale şartlarını hazırlarken, projeleri, uygulama projelerini, teknik belgeleri hazırlama sorumluluğunun hangi tarafa ait olacağını tesbit ederken, kendisine ait olan projeleri, teknik belgeleri hazırlarken, inşaat süresince kendi adına inşaatın idari ve teknik denetimini yapacak kişiyi belirlerken kendi iç kadrosunu bu hizmetler için yeterli görmeyebilir ve bir sözleşme ile bu işlerin sorumluluğunu konunun uzmanı, iş hayatında saygınlığı olan bir müşavir-mühendis firmasına verebilir.

İnşaat sözleşmesinin profesyonel tarafı yüklenicidir. Yüklenicinin kendi teknik kadrosu vardır. Yüklenicinin iç organizasyon bakımından tutumunu, özellikle proje, teknik belgeler konusundaki ağır sorumluluğu belirler. Hazırlanacak projeler, uygulama projeleri vs. yükleniciye ait ise ve bu hizmetleri iş sahibinin istediği düzeyde gerçekleştirmenin kendi kadrosu ile mümkün olmadığı sonucuna varırsa yüklenici de bir sözleşme ile bu işlerin sorumluluğunu bağımsız bir müşavir-mühendis firmasına verir, vermesi gerekir.

Sözleşme ve eklerin hazırlanması değerlendirilmesi ve imzalanması, inşaat devam ettiği sürece ve kesin teslimden sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda gerek iş sahibinin gerek yüklenicinin uzman hukukçulardan faydalanması gerekir. Taraflar kendi kadroları içinde hukuk servislerini oluşturabilecekleri gibi sürekli olarak veya belli konularda hukuk bürolarından, uzman hukukçulardan faydalanabilirler.

Yüklenici, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi ve özellikle anonim, limited veya kollektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık da olabilir. Hatta yüklenicilerin adi ortaklık şeklinde bir araya gelip inşaatı birlikte yapmaları da mümkündür. Adi ortaklık şeklinde oluşturulan bir birlikteliğin uygulamada en çok görülen türleri, "joint venture=ortak girişim" ve "konsorsiyum" halleridir.

Yüklenici, genel yüklenici olabileceği gibi, alt yüklenici (taşeron) de olabilir. İş sahibine karşı inşaatın tamamını veya bir kısmını yapmayı üstlenen kimseye, genel yüklenici denir. Genel yüklenici sadece inşaatın yapımını üstlenir. İş sahibi ile genel yüklenici arasındaki sözleşme de bir inşaat ve dolayısıyla istisna sözleşmesidir. Bu sözleşmeye de Borçlar Kanunu' ndaki istisna sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.

İş sahibi de gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir.

2.3.2. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında bir inşaat yapmayı, başka bir deyişle, bir yapı eseri meydana getirmeyi borçlanır.

- İnşaat sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

İnşaat sözleşmesi, niteliği itibarıyla iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı unsurlarını meydana getirir. İnşaat sözleşmesinin esaslı noktaları ve dolayısıyla tarafların borçlandıkları asli edimler, yüklenicinin meydana getirmeyi borçlandığı yapı eseri ile iş sahibinin ödemeyi yüklediği ücret edimidir.

Yüklenicinin yapı eseri meydana getirme borcu, yapı eserinin tamamlanıp, iş sahibine teslimi borcuyla sonuçlanır. Bu açıdan yüklenici herşeyden önce belirli bir iş görmeyi ve dolayısıyla belirli bir hizmet edimini üstlenmektedir. Bu niteliğiyle inşaat sözleşmesi hizmet sözleşmesine benzemektedir. İkinci olarak yüklenici bu sözleşme

ile belirli bir sonucu, bir inşa eseri meydana getirmeyi borçlanmaktadır. Nihayet yüklenici meydana getirdiği eseri, iş sahibine teslim etmek zorundadır.

▪ **İnşaat Sözleşmesi karşılıklı bir sözleşmedir.**

İnşaat sözleşmesi ile iş sahibi belirli bir para ödemeyi, buna karşılık yüklenici de bir yapı eseri meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi borçlanır. Bu sözleşmede yüklenicinin eseri meydana getirip kendisine teslim etmesine karşılık, iş sahibi de yükleniciye belirli bir ücret ödemek zorundadır. Bu unsur, inşaat sözleşmesinin zorunlu unsuru olup, onun karşılıklı bir sözleşme olduğunu vurgulamaktadır.

Ücret unsurunun kararlaştırılması yeterli olup, ayrıca bunun miktarının da sözleşmenin kurulduğu anda tesbit edilmesi şart değildir.

▪ **İnşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olmakla birlikte, bazı yönlerden sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme görünümü vermektedir.**

İnşaat sözleşmesi, niteliği itibarıyla "sürekli bir sözleşme" olmayıp, "ani edimli" bir sözleşmedir. Zira bu sözleşme ile yüklenicinin borçlandığı edim, belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eden bir eyleme yönelmiş değildir. Borçlanılan eserin meydana getirilmesi uzun zamana ihtiyaç gösterse bile sözleşmenin bu niteliği değişmez. Ancak, uzun süreli inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borçlandığı edim, sürekli edimlere benzediği için, inşaat sözleşmesi doktrinde sürekli sözleşme benzeri sözleşme olarak da nitelendirilmektedir. Bunun sebebi, yüklenicinin borçlanmış olduğu edimin sadece inşa eserlerin tesliminden ibaret olmayıp; aynı zamanda böyle bir eserin meydana getirilişini içermiş olmasıdır. İnşa eserinin meydana getirilmesi borcu ise, taraflar arasında teslimden önce de sözleşmesel bir ilişkinin kurulmasına neden olmaktadır.

2.3.3. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

2.3.3.1. Bir "İnşa Eseri Meydana Getirme" Unsuru

İnşaat sözleşmesinin en tipik unsuru, bir "*inşa eseri meydan getirme*" unsurudur. İnşaat sözleşmesiyle yüklenici, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir ücret karşılığında bir inşa eseri meydana getirmeyi borçlanır.

İnşa eseri meydana getirme deyimi, iki alt unsurdan oluşmaktadır: Bunlar; "inşa eseri kavramı" ile "meydana getirme kavramı" dır.

▪ İnşa Eseri Kavramı

İnşaat sözleşmesinin konusu, inşaattır. İnşaattan amaç, her türlü "inşa eseri" dir. İnşaat sözleşmesi açısından "inşaat", "yapı", "inşa eseri" gibi kavram ve sözcükler, eş anlamlı, biri diğerinin yerine kullanılabilen sözcüklerdir.

Borçlar Kanunu' nun m. 355' de düzenlenmiş olan istisna sözleşmesinde "bir şey imali" nden, "bir eser meydana getirmek" ten söz edilmektedir. Aslında "inşaat=yapı" da bir "eser" dir. Ancak, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan "eser" kavramı, inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan "inşaat=inşa eseri" kavramından daha geniştir. Çünkü, inşaat ve dolayısıyla "inşa eseri" mutlaka maddi, cismani bir şey olduğu halde, "eser", maddi olabileceği gibi, maddi olmayan, manevi bir emek ürünü de olabilir. Diğer taraftan, inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan "inşa eseri" genellikle "taşınmaz eser" niteliğinde olurken, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan "eser" ilke olarak "taşınır eser" niteliğinde olmaktadır.

İnsan veya hayvan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına ayrılmış, toprakla doğrudan doğruya veya dolaylı bağlantısı olan yapı eserlerine inşaat denir.

İnşaat, maddi nitelikteki her türlü yapı eserini ifade eder. Bir şeyin inşaat sayılabilmesi için bunun, insan eliyle yapılmış bir şey olması gerekir.

Yapı (İnşaat) kavramı, İmar Kanunu' nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 5. maddesinde tanımlanmıştır. Sözü geçen maddeye göre yapı, karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içene alan sabit ve hareketli tesislerdir. Söz konusu maddede ayrıca "bina" kavramı da tanımlanmıştır. Bina da bir yapı olmakla birlikte, yapı kavramı, bina kavramından daha geniştir.

İnşaat, "taşınır inşaat" ve "taşınmaz inşaat" olmak üzere ikiye ayrılır. İnşaat sözleşmesinin konusunu, ilke olarak taşınmaz inşaat oluşturur. Ancak, mevcut bir inşaat ile bağlantılı olmak kaydıyla taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir inşaatın bütünleyici parçası ile teferruatı da inşaat kavramına dahildir. Mesela merdiven, parmaklık, balkon, çatı gibi kısımlar asıl inşaatın bütünleyici parçasını oluşturur.

Borçlar Kanunu ve İmar Kanunu açısından "yapı (inşaat)", karada olabileceği gibi, suda da olabilir. Keza karada veya suda olan inşaat, kara ve suyun altında, üzerinde veya üstünde olabilir.

Bir yapı eseri, sürekli olabileceği gibi, geçici de olabilir. Bina, köprü, yol, tünel, rıhtım, telefon, telgraf, kanalizasyon, elektrik, havagazı, su kanal ve borusu gibi yeraltı ve yerüstünde yapılmış olan yapı ve tesise sürekli inşaat denir. Barakalar, kulübeler, şantiye binaları geçici bir süre için yapılmış yapılar olup, bunlar da geçici inşaatla örnek gösterilebilir.

Keza bir yapı eserinin inşaat sayılması için, bunun ilk defa yapılması, yani yeni inşaat olması şart değildir. Mevcut bir yapıda yapılan ilaveler, inşaat sayıldığı gibi, böyle bir yapıdaki değişiklik ve onarmalar, yani iyileştirme ve düzeltmeler de inşaatıdır. Hatta mevcut bir yapıyı yıkma işi de inşaatıdır.

▪ Meydana Getirme (Yapma=İnşa Etme) Kavramı

Yüklenicinin inşaat sözleşmesinde borçlandığı eylem, bir "inşa eseri meydana getirme" eylemidir. "Yapma", "inşa etme", "meydana getirme" sözcükleri eş anlamlı sözcükler olup, birbirini yerine kullanılabilir.

Meydana getirme (inşa etme=yapma) kavramı geniş olarak yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, inşa etme kavramı, yeni bir yapı yapmayı içerdiği gibi, mevcut bir inşaatla ilave veya mevcut bir inşaatla değişiklik yapmayı da içerir. Hatta bu kavram tamiri ve yıkmayı da içine alır. Ayrıca inşaat kavramına, bir yapının tamamı girdiği gibi yalnız bir kısmı da girer.

2.3.3.2. Ücret Unsuru

Bir sözleşme ilişkisinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yüklenicinin 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.

2.3.3.3. Anlaşma Unsuru

İnşaat sözleşmesi, tarafların bu sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulur. İnşaat sözleşmesi niteliği itibarıyla rızai bir sözleşmedir.

İnşaat sözleşmesinin geçerliğı ilke olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak uygulamada taraflar büyük ve önemli inşaat sözleşmelerini yazılı ve hatta resmi şekilde yapmaktadırlar. [14, s. 49 – 58]



BÖLÜM III: UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Uyuşmazlık çözüm yollarını Resmi Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolution=ADR) olarak ikiye ayırmak mümkündür.

3.1. Resmi Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Formal Dispute Resolution)

Resmi uyuşmazlık çözüm yolları olarak adlandırdığımız sınıflandırma resmi yargı ve tahkimi kapsar.

İnşaat sözleşmesinin uygulanması aşamasında uyuşmazlıklar çıkıp, uyuşmazlık çözme yollarına başvurulduğunda, çok defa taraflar – özellikle davacı taraf hayal kırıklığına uğrar. Çünkü uzlaştırma yolu ile uyuşmazlığın çözülmemesi üzerine başvurulmuş tahkim ve resmi yargıda uyuşmazlıkların çözümü uzun zaman almakta, ciddi masraflara yol açmaktadır. Uyuşmazlığın üzerinden uzun zaman geçmesine rağmen hala davanın devam etmesi veya elde edilen kararın amaca uygun olarak uygulanmasının sağlanamaması, davacı bakımından davanın aktüalitesini yitirmesine yol açar. Böylece davacının davadan beklediği netice, ekonomik olarak zaman içinde anlamını yitirir.

Kuşkusuz, sözleşmenin tasarlanması safhasında uygun mahkeme veya hakem seçimi ya da uygun yetki veya tahkim klozu yazmak suretiyle, yukarıda bahsedilen güçlükler ve olumsuzluklar kısmen azaltılabilir.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkim ve resmi yargı ile çözümünün pahalı olması ve uzun zaman alması, ticaret camiasını ve hukukçuları, bunların dışında uyuşmazlık çözüm yolları üzerinde düşünmeye ve araştırmaya sevk etmiştir. ADR olarak ifade edilen Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları bu ihtiyacın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. [15, s. 91 – 92]

3.1.1 Resmi Yargı (Litigation)

Milli mahkemeler, kural olarak pek çok ülkede iç hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözme esasına göre düzenlenmiştir. Bu durumdan dolayı milli mahkemelerin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için gerekli anlayış, imkan ve hukuksal yapılanmaya sahip bulunmadığı bilinmektedir. Milli mahkemeler, bağlı oldukları devlet adına yargılama faaliyeti icra eden uyuşmazlık çözüm kurumlarıdır. Bu nedenle mahkemeler ve bunların fiilen yargılama faaliyetini yürüten hakimler, bağlı oldukları devletin genel sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel politikalarına az veya çok bağılıdır. Bu durum, mahkeme devletinin vatandaşı olmayan taraf bakımından kendisine karşı tarafsız davranılmayacağı endişesinin kaynağını teşkil eder.

Resmi yargı bürokratik bir yapıya sahiptir ve bağlı oldukları devletin koyduğu son derece detaylı usul kuralları ile sıkı sıkıya bağılıdır. Bu bağılılık, davaların uzamasına, yargılama maliyetlerinin artmasına ve uyuşmazlığın niteliğine uygun adil kararlar verilmesine çok defa engel olur. Aynı şekilde, milli mahkemeler ve hakimler, büyük bir çeşitlilik ve karmaşıklık arzeden uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıklar bakımından uzman kişi ve kurumlar değildir. Bu da milli mahkemelerde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çabuk ve adalete uygun çözümünü güçleştirmektedir. Bu nedenlerle uluslararası ticaret uygulamasında çabukluk, tarafsızlık, verilen kararların uygulanmasındaki kolaylık ve adalete uygunluk bakımlarından tahkim ve diğer uzlaştırma yöntemleri, resmi yargıya tercih edilmektedir. [15, s. 92 – 93]

3.1.2. Tahkim (Arbitration)

"Tahkim", iki veya daha çok kişiler arasındaki ilişkilere ait sorunları, devlet tarafından görevlendirilmeksizin, etkilerini özel bir sözleşmeden alan ve bu sözleşmeye dayanarak karar tesis eden bir veya birden çok diğer şahıslar – hakem veya hakemler – tarafından çözüme kavuşturmayı amaç edinen bir tekniktir. [16, s. 9]

3.1.2.1. Tahkimin Uygunluğu

Tahkim sürecinin resmi yargı sürecindeki gibi bazı düşmanca tutumlara sahip olması, çok taraflı durumlarda problemin çözümünü zora sokar ve sürecin mahkemeye gitme imkanının mevcut olması, gizliliğin garanti altına alınamaması sonucunu doğurur, bu da bir takım potansiyel katılımcıları huzursuz edebilir.

Bununla birlikte kesin ve bağlayıcı bir süreç olmasının avantajlarını da gözardı etmemek gerekir. Bu durum tarafların yargısal süreçten uzak durarak, kesin ve bağlayıcı bir karara ulaşmalarını sağlar. Tahkim, ayrıca karmaşık yasal ve teknik noktalara sahip ve geniş delil sunumlarının gerekli olduğu uyuşmazlıklar için resmi yargıya benzeyen yapıyla çok uygundur.

3.1.2.2. Tahkimin Avantajları

- Taraflar hakemi veya hakemleri seçebilirler ve bu seçim uyuşmazlık alanında özel bir tecrübe üzerine olabilir.
- Süreç, resmi yargıya göre çok hızlı ve daha ucuzdur.
- Süreç, gizlidir (İleride resmi yargı yoluna başvurulmaz ise).
- Taraflar kendi şartlarına uygun olarak süreci düzenleyebilirler.
- Anlaşma için birçok çözüm önerisi geliştirilebilir.
- Taraflar arasındaki ilişkiler dengelenebilir.
- Taraflar bağlayıcı olan bir karara sahip olabilirler.

3.1.2.3. Tahkimin Dezavantajları

- Tahkimin başarısı hakemin tecrübesi ile doğru orantılıdır.
- Kararı temyiz için, sınırlanmış bir güce sahiptir.
- Kararın hiç bir emsal değeri yoktur veya çok az bir değeri vardır.
- Eğer taraflar işbirliği yapmaz ve tahkim prosedürü kurallarını düzenlemezlerse maliyetten tasarruf söz konusu olmayacaktır.
- Taraflar yargıda olduğu gibi bir “kazan-kaybet” senaryosu içindedirler.
- Taraflar hakeme bir ücret ödemek zorundadırlar ve sürecin her faaliyetini kendi bütçelerinden karşılamak zorundadırlar.

Tahkim, arabuluculuk veya müzakere süreçlerinin tüm avantajlarına sahip değildir. Taraflara aynı ölçüde özerklik ve kontrol hakkı tanımaz. Bununla beraber kesin ve bağlayıcı bir sonuç sağlar ve bu da bazı durumlarda çok gerekli bir avantajdır.

Ayrıca, karmaşık yasal ve teknik noktalara sahip ve geniş delil sunumlarının gerekli olduğu uyuşmazlıklarda taraflar için resmi yargı sürecine karşı iyi bir alternatif olur. [17, s. 11 - 14]

Tahkim süreci Bölüm 4' de detaylı olarak incelenmiştir.

3.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolution-ADR)

"Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" (Alternative Dispute Resolution=ADR) kavramı açıklaması oldukça güç olan bir kavramdır. Nedeni "müzakere", "arabuluculuk" ve "partnering" gibi birçok birbirinden farklı yolları barındırmasıdır. Fakat tüm bu tekniklerin özünde bir uyuşmazlığı hızlı, verimli ve ekonomik olarak çözme ile sürece ve sonuca ait kontrole sahip olma amacı bulunmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak adlandırılan birçok teknik bulunmaktadır. Bu bölüm içinde bunlardan müzakere, arabuluculuk ve partnering ele alınacaktır.

ADR, uyuşmazlıkların ekonomik ve hızlı bir şekilde çözüm yollarının bir derlemesi şeklinde nitelendirilebilir. Önemle belirtilmelidir ki bu süreçler yargı sürecinin ortadan kaldırılması için düşünülmemiştir. ADR kavramının temel amaçları aşağıda özetlenmiştir:

- Kamusal uyuşmazlık çözüm sistemini daha hızlı, daha verimli, az masraflı ve bu sistemdeki tarafların ihtiyaçlarına daha uygun hale getirmek.
- Yargı sürecine karşı alternatif metodlar sunmak.

ADR bazı hukukçuların bu sürece karşı, emsallelere dayanmaması ve tavsiye edilen prosedür kurallarından yoksun olması nedeniyle isteksiz davranmasına karşın gelişmiştir. Hiç bir azalma belirtisi göstermeyen sağlıklı ve güçlü bir büyüme dönemindedir.

Peki bu gelişmenin hızı nereden gelmektedir? Basitçe baktığımızda, yargı sistemi çok yavaş, pahalı, katı ve korkutucudur. Birçok taraf, dava konusunun çok karmaşık olduğu ve avukatların üzerinde uzun mesai harcaması gereken durumlarda mahkemeye başvurmayı göze alamamaktadır. Göze alabilenler ise, uyuşmazlığı mahkemeye götürmekle gereğinden çok zaman harcayarak hüsrana uğramaktadır.

Sürecin sonunda ise tarafların hiçbir katılımı olmayan, kesin emsaller ve yasal düzenlemelerle sınırlandırılmış bir karara ulaşılmaktadır.

ADR, yargı sürecinin tam tersi olarak taraflara seçim hakkı tanır. Taraflar kendi durumlarına en uygun süreci seçebilirler. Birden fazla teknik aynı uyuşmazlık için kullanılabilir. Taraflar sonucu şekillendiren en önemli taraftır. Çözüm, uyuşmazlığın özgün koşullarına en uygunu olarak şekillendirilir.

ADR, yargı sürecinin yerini almaya çalışmamaktadır. Yargı sürecindeki yanlışlığın nedeni, mahkemeleri her türlü uyuşmazlık için kullanmaktır. Bir sürü sosyal, ekonomik ve politik problem, yasal forumlarla çözülmeye uygun olmamasına rağmen bu süreçlere tabi tutulmaktadır. Genelde sonuç, problemin çözülmesi değil daha kötü hale gelmesi olmaktadır. Resmi yargı hala bir seçenektir ama bu koşullar altında tek veya öncelikli olan değildir.

3.2.1. ADR Süreçlerinin Uygunluğu

ADR tüm uyuşmazlıklar için uygun değildir. Bazı koşullar altında geleneksel yargı sistemi en uygun uyuşmazlık çözüm yoludur. Bir mahkeme emsaline veya kamu kayıtlarına ihtiyaç duyulan bir uyuşmazlıkta ADR teknikleri kullanılması elverişli olmayabilir. Sonuç olarak esnekliğin imkansız olduğu, sonucun hukuksal olarak bir yaptırım olması gereken veya tarafların verimli olarak iletişim kuramayacağı durumlarda ADR teknikleri uygun değildir.

Bu tür istisnalar dışında çok geniş çoğunluktaki inşaat uyuşmazlıkları için soru; “ADR kullanılmalı mı” değil, “hangi tekniği kullanmak en uygun olur” olmalıdır. Bu soruya, cevap vermeden önce uygun olan tüm tekniklerin özellikleri bilgisine hakim olmak gerekir. Tekniği seçebilmek için öncelikle iki soru sorulabilir:

- Uyuşmazlık çözüm yolunu seçerken tarafların amaçları nelerdir?
- Uyuşmazlığı şu anda çözmeyi engelleyen sebepler nelerdir?

ADR teknikleri seçiminde hangi teknik tarafların gayelerini, problemin üstesinden gelirken en uygun biçimde gerçekleştiriyorsa seçim o yönde yapılır. ADR süreci, tarafların amaçları, hızlı ve maliyeti yüksek olmayan bir uzlaşma, uzlaşma süreçlerini gizli tutma ve süregelen iş ilişkisini koruma yönüyle başarılı olacaktır.

3.2.2. ADR Süreçlerinin Avantajları

ADR ile geleneksel yargı sürecinin karşılaştırılması faydalı olacaktır:

- Uyuşmazlıklar çoğunlukla daha az masrafla ve daha hızlı çözülür.
- Uyuşmazlıklar genelde kamuya açık olmayan ortamlarda çözülür fakat bu gizlilik, daha sonraki aşamalarda hukuki işlemlerin kullanılması durumunda ortadan kalkar.
- Mevcut olan iş ilişkileri, tarafların birbirlerini düşman gibi gördükleri resmi yargı sürecinde gibi zedelenmek yerine korunabilir.
- Taraflar kendi durumlarına en uygun olan tekniği seçme özgürlüğüne, kullanılan prosedür kuralları üzerinde kontrole ve sonuca etki etme şansına sahiptirler.
- Çözümler sonuç verici olmaya uygundur, çünkü durumun gerekliliğine göre biçimlendirilmişlerdir. Çözüm olarak neye karar verilmesine ait sınırlamalar yoktur. Resmi yargı sürecinde ise tam tersi şekilde hakimler, bir uyuşmazlığın çözümünde daha az seçeneğe sahiptirler.

3.2.3. ADR Süreçlerinin Dezavantajları

Elbette ADR sürecinin birtakım dezavantajları da bulunmaktadır:

- Sonuçlar, emsallere dayanmadığı için belirli değildir.
- ADR, ancak taraflar uyuşmazlığı seçilen yöntemin tekniklerine göre çözme amaç edinmişler ise başarılı olacaktır. Sadece belli bir amacı hedefleyen ve esnek olmayan taraf tüm süreci engelleyecektir. Birbiri ile iletişim kurmayı reddeden tarafların mevcut olan durumlarda da aynı sonuç ortaya çıkacaktır.
- ADR tekniklerinin, yargısal sürecin katı ve resmiyet içeren prosedür kurallarından kaçınmayı hedefleyen süreçleri, bir anda prosedür kurallarına dönüşebilir. Bu tehlike genelde avukatlar sürece dahil olduğunda ortaya çıkar. Taraflar süreçle ilgili birtakım kurallar koyabilirler ve avukatların mevcut olduğu ortamlarda bu kurallar avukatların en iyi bildikleri kanunlara benzetilmektedir.
- Taraflardan biri uyuşmazlığın çözümüne ait taahhüt ettiklerini yerine getirmezse genelde ADR çözümü mahkemeye gidilmesi yönünde değişmektedir.

Bazen alternatif çözüm yolları, "devlet yargısının alternatifi olan çözüm yolları" olarak anlaşılmakta ve bunun bir sonucu olarak, tahkim kurumu da, bu tür çözüm yolları içerisinde düşünülmektedir. Oysa, tahkim kurumu, hakem adı verilen kişilerin, uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı karar vermesini ifade ettiği için, alternatif uyuşmazlık çözme yollarından farklıdır. Buradaki fark, ADR' da tarafların üçüncü bir kişinin yardımı ile kendi uyuşmazlıklarına çözümü yine kendileri bulmaya çalışması ve dolayısıyla üçüncü kişinin görüşü ve tavsiyesinin taraflar üzerinde prensip olarak bağlayıcı olmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme veya hakemlerin verdiği karar ise, taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahiptir. [17, s. 1 - 4]



Tablo 3.1: ADR Süreçlerinin Çeşitli Kriterlere Göre Karşılaştırılması [18, s. 6]

KRİTERLER	PARTNERING	MÜZAKERE	ARABULUCULUK	TAHKİM	YARGI
Sürecin Prosedür Kuralları	Taraflar	Taraflar	Taraflar	Hakem	Yargı Sistemi
Hukuk Seçimi	Sözleşme	Sözleşme	Sözleşme	Hakem	Hakim/Jüri
Kurul Seçimi	Taraflar	Taraflar	Taraflar	Taraflar	Yargı Sistemi
Karar	Taraflar	Taraflar	Taraflar	Hakem	Hakim/Jüri
Toplanma Yeri	Taraflar	Taraflar	Taraflar	Sözleşme Hakem Taraflar	Yargı Sistemi
Süreçten Memnuniyet	?	?	?	?	?

Tabloda Yer Alan Kriterlerin Açıklamaları

Sürecin Prosedür Kuralları: Uyuşmazlığın çözüm sürecinde süreci yönlendirecek olan kurallar.

Hukuk Seçimi: Tarafların seçtikleri uyuşmazlık çözme yoluna göre seçimi değişiklik gösteren, süreç sonunda varılan kararın bağlı olacağı hukuk sisteminin seçimi

Kurul Seçimi: Süreci yönetecek kişilerin seçimi

Karar: Uyuşmazlık çözüm süreci sonucunda ulaşılabilecek olan kararı verecek olan kişiler

Toplanma Yeri: Uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütüleceği, tarafların bir araya gelecekleri yerin seçimi

Süreçten Memnuniyet: Tarafların ulaşılan karardan memnuniyetleri

3.2.4. ADR Süreçleri

Bu bölüm içinde ADR Süreçlerinden Müzakere, Arabuluculuk ve Partnering incelenmiştir.

3.2.4.1. Müzakere (Negotiation)

Müzakere, iki veya daha fazla tarafın bir sonuca ulaşma hedefini beraber gerçekleştirmeyi, ayrı ayrı gerçekleştirmeye tercih ettikleri bir iletişim türüdür. Taraflar, beraberce daha çok şey başarabileceklerinin farkındadırlar ve bu süreç ortak kararlarıdır.

Müzakere bir beceridir, eğitim sürecinin sonucu olarak kazanılmaz. Elbette müzakere yeni bir yaklaşım değildir. Sadece yasal uyuşmazlıklarda kullanılması gibi bir sınırlaması yoktur. Hepimiz müzakereyi arkadaşlarımızla, yakınlarımızla, iş hayatımızda, alışverişte iken kullanmaktayız. Anahtar kural yaklaşımın esnekliğidir. Neyin uzlaşılacağına kuralları yoktur. Taraflar, içinde bulundukları özel duruma uygun çözüm için istedikleri öneri ile gelebilirler. Müzakere taraflara maksimum miktarda kontrol imkanı verir. Taraflar kendi istedikleri yürütme kurallarını belirlerler ve sürecin sonucuna kendileri karar verirler.

Elbette müzakere geleneksel yargı sürecinin de bir parçasıdır. Davaların birçoğu duruşmadan önce müzakere yolu ile çözülür. Burada problem, bu uzlaşmanın ilişkiler zedelendikten ve önemli büyüklükte yasal ücretler ödendikten sonra olmasıdır. ADR yaklaşımlarında müzakere, problem çözümünün zamanında, verimli ve etkili olarak sağlanması amacıyla yer almaktadır. Müzakere süreçlerinden biri olan Menfaat Temelli Müzakere aşağıda detaylı olarak ele alınmıştır:

Menfaat Temelli Müzakere (Interest-Based Negotiation)

Belki de müzakere tekniklerinde en tanınmış ve başarılı teori Roger Fisher ve William Ury' nin çalışmalarıyla geliştirilmiştir. Bu ikili, "menfaat temelli müzakere" (interest-based negotiation) ve "ilkeli uzlaşma" (principled negotiation) isminde iki teknik geliştirmiştir. Bu yaklaşım genelde yargı sürecinde kullanılan "konumsal pazarlık" (positional bargaining) tekniğine karşı olarak oluşturulmuştur. Konumsal pazarlık ile müzakerede, diğer tarafın amaçlarının bir önemi yoktur, uyuşmazlık nedenlerinin herkes için açık olduğu düşünülür ve tarafların uzlaşması gibi bir durum söz konusu olamaz çünkü kaybedecek bir tarafa ihtiyaç vardır.

Fisher ve Ury' nin tekniğinde uzlaştırıcılar değişmez bir konumu kabul etmez, bunun yerine tarafların istek ve ilgilerini belirler. Bu tutum her iki tarafı da memnun edecek öneriler gelişmesine imkan tanır. Bu teknik aşağıda belirtilen kurallara dayanmaktadır:

- Konumları değil, ilgi alanlarını belirle: Taraflar, pozisyon belirleyip buna sıkıca tutunmak yerine birbirlerinin ilgi alanlarını ve ihtiyaçlarını keşfetmelidir. Bu yaklaşım ortak bir zemin oluşturmayı ve çakışan istekleri belirlemeyi sağlayacaktır.
- Karşılıklı kazanç için seçenekler geliştir: İsteklerin nerede çakıştığı bir kere belirlenirse, taraflar bu istekleri karşılayan seçeneklere beyin fırtınasıyla ulaşabilirler. Yapılması gereken sadece bir iki seçeneğe takılıp kalmamak, çok sayıda öneri geliştirme dinamiklerini korumaktır.
- Objektif kriterler ve standartlar kullan: Objektif standartlar kullanılmadaki amaç, seçeneğin adil olduğu konusunda diğer tarafı ikna etmede zorluk yaşamamaktır.
- Müzakere ile ulaşılabilecek anlaşmaya karşı alternatiflerini belirle: Taraflar müzakerenin başarıya ulaşmaması durumunda ne yapabileceklerinin alternatiflerini belirlemelidirler. Taraflar, müzakereyle varılacak anlaşmaya karşı kendi en iyi ve en kötü alternatiflerini belirlerlerse müzakere sırasında esneklik kazanabilirler. Taraflar hiçbir zaman, başarılı bir müzakere için en iyi alternatifinden daha azını kabul etmek durumunda değildirler.
- Problemden kişisel noktaları ayrı tut: Taraflar, uyuşmazlık ile ilgili önemli noktaları, iletişim, duygusallık gibi kişisel özelliklerden ayrı tutabilmelidirler. Bu tür noktalar önemsiz değildir ama uyuşmazlıkla ilgili noktalarla karıştırılmamalıdır.
- Önce konuş, sonra karar ver: Taraflar yapılması gerekenler hakkında bir karara vermeden önce seçenekler geliştirme konusunda anlaşmalıdırlar. Eğer taraflar kafalarında bir sonuca karar vermiş şekilde müzakere sürecine girerlerse, başarıya ulaşmak imkansız olacaktır.
- Karşı tarafın algılama şeklini anlamaya çalış: Karşı tarafın ne hissettiğini anlayabilmek, sunulacak çözümlerin karşı taraf tarafından kabul edilebilir şekilde önerilmesi konusunda çok yardımcı olacaktır.

Müzakere Süreci

I. Müzakere öncesi hazırlık ve değerlendirme

Bu aşamada, taraflar kendi çıkarlarını ve amaçlarını belirlemeli ve bu amaçlara uygun olabilecek seçenekler geliştirmelidirler. Önemli nokta, her müzakere başarıya ulaşmazsa en iyi alternatiflerinin ne olacağına karar vermeleridir. Bu, tarafların rahatça neyi reddedeceklerini bilmelerini sağlar. Ayrıca taraflar karşı tarafın çıkarlarını da belirleyerek, karşı tarafa da uygun öneriler geliştirmelidirler.

II. Temel noktalara karar verilmesi, üslubun seçilmesi ve bilgi toplanması

Taraflar öncelikle karşılıklı kabul edilen temel kuralları koymalı ve müzakere sürecinin genel amacı üzerinde anlaşmaya varmalıdırlar. Bu noktada kişisel özellikler süreçten çıkarılmalıdır.

III. Önemli noktaların taslağının oluşturulması ve problemi tanımlama

Bu aşamada, tarafların müzakereye bakış açılarını ve müzakereadaki amaçlarını ortaya koymaları önemlidir. Birbirlerinin beklentilerini ve menfaatlerini tartmalıdır, birbirlerine karşı açık olmalıdırlar, bu sürecin verimini arttıracaktır.

IV. Konumlardan ihtiyaçlara doğru yönelme

Taraflar, birbirleri için neyin ve neden önemli olduğunu bilmek zorundadırlar. Birbirlerinin isteklerinin bilincinde olan taraflar, karşılıklı kazancın mümkün olduğu alanlarda uzlaşma arayacaklardır. Bunu "konumsal pazarlık" da yapabilmek mümkün değildir çünkü "konumsal pazarlık", "ya hep ya hiç" yaklaşımıdır.

V. Bir anlaşma üzerinde uzlaşma

Bu aşama, problemleri çözmek için seçenekler yaratmaktır. Birbirlerinin çıkarlarını kavrayan taraflar, bu çıkarlara yönelik bir taslak anlaşma oluşturmalıdır. Bu süreç sırasında yapılan tüm öneriler, üzerinde anlaşılan objektif kriterlere uygun değerlendirilmelidir, ancak bu şekilde taraflar önerinin adil olduğu konusunda emin olabilirler.

Bu sürecin başından sonuna kadar işbirlikçi bir havanın hakim olması çok önemlidir. Taraflar birbirlerinin amaçlarına saygı göstermeli ve birbirlerini anlamaya çalışmalıdırlar.

Müzakere Becerileri

I. Hazırlık

Sürece başlamadan önce tarafların, karşı tarafların menfaatlerine ve amaçlarına hakim olması ve bunları karşılamamanın yollarını düşünmüş olması gerekir. Özellikle taraflar, müzakere için kendi en iyi ve en kötü alternatiflerini hazırlamış olmalıdır. Bu, masada güveni artırır ve tarafların önerileri değerlendirebilmesi için bir genel durum sağlar. Sonuçta, taraflar herhangi bir anlaşma için belli sınır noktalar olabilecek objektif standartları belirlemek için, bu hazırlık safhasını kullanabilir.

II. Probleme odaklanma

Sürece katılan taraflar, başarıya ulaşmak için kişisel ve duygusal unsurları problemden ayırabilmeyi ve sadece probleme konsantre olmayı başarmalıdır.

III. Uygun iletişim teknikleri kullanma

Bu tekniklerin üç bileşeni bulunmaktadır:

- **Açık sorular sorma:** Taraflar, olayları, karşı tarafların bakış açısını ve amaçlarını açıkça ortaya koymalı ve rahatça cevap verebilme konusunda cesaretlendirilmelidirler.
- **İyi bir dinleyici olma:** Taraflar, planlamadan ve karşı tarafı bölmeden dinlemelidir. Karşı tarafın söylediklerine ilgi göstermeli ve doğru beden dilini kullanmalıdır. Dile getirilen konuların nedenlerini anlamaya çalışmalıdır.
- **Sık sık konuyu toparlama:** Taraflar sürekli konuyu kavramalarını test etmelidirler. Katılmasalar da karşı tarafın bakış açısını kabul etmelidirler. Sonuç olarak, bu tavırlar tarafların birbirlerini dinlediğini, birbirlerine güven duyduğunu gösterir.

IV. Agresif tarafları sakinleştirme

Müzakere sırasında duygusal tavırda bulunmaktan kaçınmak önemlidir. Bu tavırlara hemen müdahale edilmeli ve olumlu tarza çevrilmelidir. Örneğin, agresif tavrılı konuşmalar tepki verilmeden dikkatle dinlenmeli ve altında yatan nedenlerin doğruluğu tartışılmalıdır. Bu tavrın altında yatan duygusallığın nedeni belirlenerek, bunu ortadan kaldıracak çözüm yolları aranmalıdır. Problem çözümü konusunda yaratıcı yaklaşım buradaki anahtar yaklaşımdır.

Başarılı bir müzakerenin gerekliliği, belli bir konum almaktan kaçınarak, iki tarafında istek ve amaçlarına uygun çözümler bulmaya çalışmaktır. Tüm taraflar, esnek, yaratıcı ve çözümlerini değerlendirirken objektif kriterlere dayanması konusunda hassas olmalıdırlar. [17, s. 4 - 7]

3.2.4.2. Arabuluculuk (Mediation)

Arabuluculuk, bir uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm aramak veya kesin görüş ayrılıklarını azaltmak amacıyla üçüncü bir tarafın yardımına başvurulmasına dayanan bir uzlaştırma yöntemidir. Arabulucu, ulaşılan çözümü taraflara zorla kabul ettirme gücüne sahip olmayan bir yardımcıdır.

Arabuluculuk Süreci

I. Arabuluculuk kararını verme

Öncelikli yapılması gereken, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bir arabulucu yardımı ile çözme konusunda anlaşmaya varmalarıdır. Sözleşmelerinde bir uyuşmazlık ile karşılaşıldığında öncelikle arabuluculuk yoluna gideceklerini belirten bir madde bulunabilir.

II. Arabulucuyu seçme

Arabuluculukta en önemli nokta yetenekli ve özellikli bir arabulucu seçmektir. İyi bir arabulucunun sahip olması gereken özellikler aşağıdadır:

- Adil ve tarafsız olmalı.
- Tarafları motive ve ikna edebilme, doğru kararlar verebilme yeteneğine sahip olmalı.
- İyi bir dinleyici ve iletişimci olmalı.
- Sabırlı, esnek, ısrarlı ve yaratıcı olmalı.

Tarafların arabulucunun ne rol oynamasını istediği, arabulucunun sahip olması gereken tecrübe konusunda önemli bir noktadır. Hukuksal problemler söz konusu ise bir avukat, teknik sorunlar varsa konuda uzman kişi tercih edilmelidir.

III. Sürecin ana kurallarını koyma

Sürece başlamadan önce sürecin nasıl olacağı konusunda anlaşma sağlanmalıdır. Anlaşma, genelde sürecin gizli olacağı ve süreç sırasında yapılan yorumlardan hiç birinin süreç dışında kullanılmayacağı üzerinedir. Arabulucu, tarafların tavrından rahatsızlık duyması halinde yazılı bir uyarı ile geri çekilme hakkına sahiptir. Diğer kurallar, masrafların nasıl ödeneceği, tarafların temsil şekilleri, temsilcilerin yetki kapsamı, arabulucuya taraflar tarafından temin edilecek yazılı materyallerin neler olacağı gibi hususlardır.

IV. Arabuluculuk sürecine başlama

Genellikle süreç, arabulucunun kendini tanıtmayı, üzerinde anlaşılmış ana kuralları açıklaması ve arabuluculuk sürecini anlatması ile başlar. Daha sonra taraflar uyuşmazlık konusunda açık bir şekilde düşüncelerini ortaya koyarlar. Bu sırada arabulucu aydınlatıcı sorular ile tarafların arabuluculuk sürecini etkileyebilecek heyecanlarını etkisiz hale getirmeye çalışır. Aynı zamanda bu süreç arabulucunun konuya hakim hale gelmesini ve uyuşmazlığa neden olan noktaları kavramasına yardımcı olduğu için çok önemlidir.

V. Çözümüne ulaşma

Arabuluculuk, esnek bir süreçtir. Arabulucu, sonuç verecek gibi görünen her türlü çözüm yolunun gelişmesine yardımcı olabilir. Taraflar, her türlü çözüm yolunun tartışmaya açılması konusunda cesaretlendirilmelidirler ve eğer taraflar isterlerse arabulucu her türlü olasılığı ortaya koymalıdır. Ayrıca arabulucu taraflarla yalnız olarak görüşebilir. Bu tür toplantılarda arabulucu, tarafların kendileri açısından gerçekleştirebilecek en iyi ve en kötü senaryoları, eğer süreç başarısızlığa uğrarsa mahkemeye gitme durumlarındaki şanslarını tartışmaya zorlayabilir. Bu tür toplantıların amacı, tarafların beraberken masaya koymadıkları zayıflıklarını açıkça ortaya koymaktır.

Bir anlaşmaya varıldığında, arabulucu veya taraflardan biri bir taslak oluşturarak tarafların onayına sunar. Bu son aşamada bile arabulucu ulaşılan anlaşmayı daha iyileştirmek için yeni öneriler sunabilir, fakat bu konumda önemli olan yapılan önerilerin iki taraf için de anlaşmayı daha iyi hale getirmesidir.

VI. Anlaşmanın uygulamaya geçirilmesi

Temel ilke anlaşma ile ilgili yazılı bir materyalin bulunmasıdır. Bu konumda mahkemede olduğu gibi bir kayıt yoktur. Yazılı bir kaydın bulunmasının amacı tarafların ne üzerinde anlaşmaya vardıkları konusunda bir uyuşmazlığa düşmemelerini garantiler ve anlaşmanın yürütülmesini kolaylaştırır.

VII. Arabuluculuğun uygunluğu

Arabuluculuk sürecinin uygun olmadığı bazı durumlar mevcut olabilir. Eğer taraflardan birinin yargıya gitme konusunda ısrarı varsa arabuluculuk süreci uygun olmayacaktır veya taraflardan birinin haklılığı açık ise ve diğeri anlaşmayı kasıtlı olarak engelliyorsa da uygun değildir. Ayrıca çok sayıda taraf ve çok farklı istekler söz konusu ise arabuluculuk tercih edilen bir süreç olmayacaktır.

Sonuç olarak, arabuluculuk süreci taraflar anlaşma zemini bulma konusunda istekli ve içten iseler iyi sonuç verecektir.

Arabuluculuk Sürecinin Avantajları

- Tarafların son karara etki etme şansları vardır.
- Son karara ancak taraflar üzerinde anlaşırsa ulaşılır.
- Süreç sırasında ortam tarafları açık olmaya cesaretlendirecek ölçüde daha az resmi ve ürkütücüdür.
- Taraflar önemli ölçüde zamandan ve paradan tasarruf ederler.
- Süreç tarafların iş ilişkilerine az zarar verir, hatta anlaşmaya ulaşmak için beraber çalışmalarını cesaretlendirmesiyle ilişkilerini düzene sokar.
- Süreç risk içermez. En iyi alternatiflerinden daha iyi bir sonuca ulaşmadıktan sonra istedikleri zaman çekilme hakkına sahiptirler.
- Arabuluculuk tarafları karşılıklı kazanca yönlendirir. Süreç bir kazan-kazan senaryosudur.
- Süreçte taraflar açıkça duygularını ortaya koyma rahatlığına sahiptirler. Bu durum tarafların birbirini anlamasını ve birbirlerinin bakış açısından bakabilmelerini sağlar.

- Süreç gizlidir.
- Taraflar arabulucuyu seçme özgürlüğüne sahiptirler.
- Bir anlaşmaya varılmasa bile belirli noktaları arındırmış ve birbirlerinin bakış açılarını anlamış olacaktırlar, bu da başka problemleri çözmelerine yardım edebilir.

Arabuluculuk Sürecinin Dezavantajları

- Arabuluculuk sürecinde taraflar gönüllü olarak bu sürece girmeye karar verirler. Hukuksal süreç taraflara birçok koruyucu prosedür sağlarken, arabuluculukta taraflar yalnızdırlar.
- Arabuluculuk süreci başarıya ulaşmazsa uyuşmazlığın devam etmesi riski vardır.

Önemli avantajlarına rağmen genelde arabuluculuk, tahkimin yanında gözden kaçan bir süreçtir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Kullanılan yöntemler daha önce gerçekleşmiş emsallere dayanmadığı ve önceden tahmin edilemez olduğu için avukatlar belli prosedürlerden yoksun bu sürecin kullanılması konusunda çok istekli değildirler. Arabuluculuk süreci başarıyla sonuçlanmaz ise çok zaman kaybedilmesi nedeniyle mahkemeye başvurma süreci de bitmiş olabilir. Bu durum tarafları, sürecin tarafların yasal haklarını yeterince korumaması olarak düşündürebilir. Sonuçta birçok taraf son kararın bağlayıcı olduğu bir süreci tercih edebilir. Bunun da nedeni hukuksal olarak hiçbir geçerliliği olmayan bir sürece zaman ve para harcamanın korkusudur.

Bütün bunlara cevap ise genellikle bu sürecin başarıya ulaştığı ve çok nadir olarak vakit kaybı olduğudur. Başarıya ulaşmasa bile bağlayıcı seçenekler her zaman açıktır ve yapılan harcamalar genelde çok yüksek değildir. Harcanan zaman da çoğu zaman problemlerin basitleşmesine ve daralmasına yardımcı olmuştur. Elbette hukuksal yollar için gerekli limit zamanlar dikkatlice izlenmeli ve hiçbir yasal haktan mahrum kalmamaya dikkat edilmelidir. [17, s. 7 - 11]

3.2.4.3. Partnering

Her ortağın kaynağının üretkenliğinin en üst düzeye çıkarılması yoluyla belirli iş amaçlarına ulaşmak için iki veya daha fazla organizasyonun yaptığı uzun süreli taahhüttür. Genelde, ortak sayısındaki artış, toplamda daha iyi sonuçlar almayı sağlar.

Partnering süreci, tarafların sahip oldukları ortak problemlerin işbirliği içinde çözülmesine odaklanmış işbirlikçi bir süreçtir. Taraflar arasında sadece nezaketin ve kibarlığının gelişmesine yardımcı olan sosyal bir süreç değil, karşılıklı güvene dayanan, ortak problemleri çözmeye yardımcı olan bir süreçtir.

Partnering inşaat sektöründeki uzun ve karışık yargı ve tahkim süreçlerinin masraflarını azaltma amacıyla ortaya çıkmıştır. İlginç olan, partnering sürecinin inşaat sektöründeki mimarlar, dizayn mühendisleri, malsahipleri ve yükleniciler gibi ana gruplar tarafından desteklenmesidir.

Ekip çalışmaları ve değerlendirilmeleri sayesinde, proje katılımcıları inşaat sürecine direkt etki etme ve projelerine göre adapte etme şansına sahiptirler. Projelerine özgü riskleri değerlendirerek kendi stratejilerini oluşturabilirler.

Partnering bağlayıcı olmayan bir süreçtir, ne sözleşme dökümanlarını ne de taraflar arasındaki ilişkiyi değiştirir. Sadece taraflar arasında, üzerinde anlaşılan partnering sürecini kullanma ve birbirleri ile aşağıdaki yollarla gerçek "partner" ilişkisi kurmadır:

- Organize edilen "Ekip ruhunu geliştirme" seansları ve bir takım olarak çalışmak için gereken beceri ve tavırların kazanımı için eğitim seansları düzenleme ve bunlara katılma.
- Mal sahibinden yüklenicilere kadar bütün seviyelerde iletişimi engelleyen tüm organizasyonel engelleri ortadan kaldırmak.
- Bilgiye açık ve eksiksiz ulaşma hakkının sağlanması (Yasalar, şartnameler ve etnik hususlar tarafından gizli tutulanlar haricindeki bilgi).
- İleri gelen personel üyelerine gereken eğitimleri vererek, kısa zamanda daha çok problemi çözme becerisini sağlamak.
- Taraflarca üzerinde anlaşılan süreç ile uyuşmazlık çözümünü zamanında gerçekleştirmek ve kararları oybirliği ile mümkün olan zamanda almak.

- Partnering ilişkisini geliştirme, iyi halde tutmak ve ilerletmek için ortak sorumluluk almak.

Partnering, eğer maksimum potansiyelde gerçekleştirilmek isteniyorsa, projenin başında disiplin gerektiren bir süreçtir. Sürecin başlangıcında normalden daha çok personel ve süre gerekebilir ama böylelikle daha başarılı proje sonuçları ile projenin gerçekleştirilmesinde esnasında daha az personel ve daha az yönetim zamanı garanti altına alınacaktır.

Tarafların partnering için proje başlamadan sözleşmelerinin önemi büyüktür. Projenin hazırlık safhasında aktif bir partnering süreci, projenin maliyetinin azalması konusunda önemli gelişmeler sağlayacaktır. Aynı ilişki, projenin anahtar parametrelerinde de (kalite, program, güvenlik vb.) aynı etkiyi yapacaktır.

Partnerin sürecinin başarılı olması için üst yönetim, bireysel iletişim için uygun çevreyi ve kişisel beklentileri karşılamak için düzenleme yapmak zorundadır. Özellikle, partnering katılımcıları:

- Kişisel olarak ekip misyonunu gerçekleştirmeyi üstlenmek.
- Partnering' in kurallarına ve felsefesine uygun davranmak.
- Somut olarak zaman, kaynaklar, tecrübe ya da yasal otorite yoluyla sürece katkıda bulunmak.
- Kararların alınmasını ve alınan kararları destekleme veya desteklememe kararını vermek yerine karar alınma aşamalarında ön safhalarda yer almak.
- Her türlü sorumluluğu kabul etmek ve yerine getirmek.
- Takımı ve takımın temsil ettiği amaçları desteklemek durumundadırlar.

Partnering Süreci

Partnering süreci tüm katılımcıları problemlerin çözümünü otoritenin en düşük seviyesinde çözme konusunda cesaretlendirir. Süreç, tüm taraflar arasındaki bariyerleri kaldırarak, projede yer alan tüm bireylerin arasında ilişki kurmaya çalışır.

Partnering sürecinin başarısı için ciddi noktalar vardır. Süreç birçok farklı duruma adapte edilebilir fakat en iyi uygulama için bazı esaslar yerinde olmalıdır. Bu ciddi başarı noktaları aşağıda sıralanmıştır:

- Tüm ihtiyaçlar, iŖe baŖlamadan önce açıkça tanımlanmıŖ ve belgelenmiŖ olmalıdır.
- Bilgili, partnering sürecine kendini adanmıŖ bir yardımcı ("facilitator") projenin baŖından sonuna kadar süreçte yer almalıdır.
- Sürece iliŖkin ayrıntılı bir beyanname hazırlanmalı, basılmalı ve tüm taraflar tarafından imzalanmalıdır.
- Tüm iŖ süreç, sistem ve yapıları açıkça tanımlanmalı ve belgelenmelidir.
- İletişim, iletişim, iletişim.
- Kutlama, kutlama, kutlama!

Partnering Anahtar BileŖenleri

Partnering süreci uygulanırken, ekip yeleri aŖağıdaki bileŖenleri geliŖtirmek ve uygulamak zorundadırlar. Bu bileŖenler ekibin sürece odaklanmaları ve sorumlu olmaları için gereklidir.

Proje Beyannamesi: "Beyanname", "Mission Statement" dan ve "zel amaçlar" dan oluŖur. Hepsı beraber, ekibin projeye karŖı taahhtn ve beraber alıŖma kararını ortaya koyar. Bu beyannameyi ortaya koyma alıŖmasının sonucunda her katılımcı beyannameyi imzalamalı ve daha sonra bu beyanname iŖ sahalarındaki belli tüm yerlere gönderilmelidir. Beyanname, tarafların yasal ihtiyaçlarını belirtmeli ve bunlarla uyum içinde olmalıdır.

Ekip Değerlendirmesi: Değerlendirme, ekibin performansını değerlendirmek ve karŖılıklı sorumluluk bilincini cesaretlendirmek için kullanılan bir değerlendirme aracıdır. Her ekip yesi her ay birer değerlendirme anketi doldurmak zorundadır. Bu anketler, ekibin partnering amaçlarını karŖılamadaki baŖarısını ölçmeye ve ilerleme için fırsatları belirlemeye yarayacaktır.

Problem özme Süreci: Taraflar, tüm gerçek veya potansiyel problemleri ve önemli sorunları açıkça belirleyeceklerini taahhüt etmelidirler.

Yardımcı (Facilitator) Seçimi

Yardımcı kullanma ve seçme tüm tarafların onayı ile alınabilecek bir iŖ karardır. Yardımcıyı seçmeden önce taraflar, sadece potansiyel yararları değil, partnering

süreci için ihtiyaçları olan eğitim ve destek eksikliğini anlamaları gerekmektedir. Kesin olan yardımcının projenin başından sonuna kadar sürecin içinde bulunacağıdır.

Aşağıdaki liste doğru yardımcının seçimine yardımcı olacaktır:

- Temel inşaat bilgisine sahip olma
- Güçlü iletişim ve dinleme yeteneği
- Kuvvetli insan ilişkileri ve organizasyonel ilişkiler
- Ekip ruhu geliştirme yeteneği
- İyi gelişmiş problem çözme ve çatışma yönetimi yetenekleri

Yardımcının rolü ilk partnering toplantısının sonunda sona ermez. Başarılı partnering projeleri , devamlı eğitim değerlendirmelerine sahiptir. Yardımcı tarafları, sürece odaklandırmada, önlerine çıkan engellerde, sürece yeni dahil olanların sürece katılmalarına yardımcı olmada ve süreci geliştirmede destek olacaktır.

Çok nadir olarak, partnering gibi bir sürecin sunduğu esnekliğini ve uygulama genişliğini barındıran bir süreç ile karşılaşırız. Genelde bu süreç, projenin büyük veya küçük, ulusal veya uluslararası, sabit fiyat veya maliyet artı kar olması gibi özelliklerini göz önüne almadan verimli olarak uygulanabilir. Ayrıcı uygulayıcıların özel isteklerine kolayca adapte edilebilir bir özelliği de vardır. Dikkatli ve tutarlı uygulanması ile bizler, inşaat endüstrisinde sürekli olarak en çok kar eden grup konumuna yükselebiliriz. [19, s. 1 - 11]

3.3. Fidic Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözümü

Yerel şartlar içerisinde bir eser sözleşmesi yapan taraflar, eğer özel hakiki ve hükmü kişiler ise, bazen her maddesi, her cümlesi karşılıklı görüşülmüş sözleşmeler düzenlerler, eğer taraflardan bir tanesi kamu tüzel kişisi ise, kanunen bağlı olduğu statüye göre düzenlenmiş veya kendisine tanınmış kanuni hakkına dayanarak kendisinin düzenlediği tip sözleşmeleri esas almak suretiyle bunları, imal edilecek "eser"in ve imalatı yapacak "yüklenici"nin şartlarına uydurmak şartıyla sözleşmesel ilişkiye girerler.

Ancak yerel görüş ve anlayışların, uluslararası münasebetlerde, iki bazen daha fazla, ulus mensubu tarafların, hukuk, örf ve adet yönünden görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında, bir Uluslararası Tip Sözleşme'nin gereği kendini göstermiştir.

İşte FIDIC olarak adlandırdığımız sözleşme, bu uluslararası müşterek amaca hitap eden bir tip sözleşmedir. Uluslararası inşaat projelerinin %30' unda FIDIC Kurallarının uygulandığı belirtilmekte, ayrıca, başta Dünya Bankası' nın finanse ettiği projeler olmak üzere, birçok uluslararası kredi kuruluşunun finanse ettiği projelerde FIDIC Kurallarının önerildiği görülmektedir. Bu etkenler, FIDIC Kurallarının uygulama alanının genişlemesinde rol oynamaktadır. Kökeni itibarıyla FIDIC Kuralları, İngiliz İnşaat Mühendisleri Odası Kuralları' ndan esinlenerek hazırlanmıştır.

FIDIC (Müşavir-Mühendisler Milletlerarası Federasyonu) iş sahibi ile yüklenici arasında çıkabilecek teknik-idari-hukuki uyuşmazlıklarda tarafsız bir arabulucuya olan ihtiyacı ve müşavir-mühendislerin uygulamada sahip olduğu prestiji gözönüne alarak sivil mühendislik sözleşmelerinde rastlanan çözüm yerine yeni bir çözüm geliştirmiş, iş sahibinin kontrol örgütü ve danışmanlığı fonksiyonları yanında yükleniciyle iş sahibi arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda tarafsız bir uzman ve aracı olarak bazen tek başına, bazen her iki tarafın görüşünü aldıktan sonra karar verecek bir "mühendis"i inşaat sözleşmeleri genel şartlarında iş sahibi ve yüklenici yanında bir denge unsuru olarak kabul etmiş ve mühendisin hak yetki ve görevlerini genel şartlarda ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

FIDIC' in 1987 yılında gözden geçirilen genel şartları (1. Bölüm) 72 maddeden oluşmaktadır. Özellikle uluslararası ihaleler bakımından hazırlanan ve bazı değişikliklerle iç inşaat sözleşmelerinde de uygulanabilecek bu genel şartlar yanında işin özelliği, yapılacağı yer vs. göz önüne alınarak tarafların kullanabilecekleri özel şartlar da – genel şartlar maddelerindeki sıraya göre- ayrıca hazırlanmış ve 2.bölüm olarak bastırılmıştır.

Ülkemizde FIDIC tarafından hazırlanan bu metinlerden uluslararası ihalelerde, özellikle yabancı kuruluşların sağladığı kredilerle yapılan işlerde yararlanılmaktadır. Ancak şu hususu da belirtmekte fayda vardır: FIDIC sözleşmesinin tatbik edildiği tüm inşaat işlerinin, "uluslararası" olarak vasıflandırılması söz konusu değildir. Uygulamada tamamen değişik hükümleri içeren "uluslararası" sözleşmelerle karşılaşmıştır.

Bunun yanısıra, bir ihalenin uluslararası olması için mevcut olması gereken iki şart vardır. Bunlar:

- İhaleye iştirak eden yüklenicinin, işveren ile aynı vatandaşlıkta olmaları.
- İhale bedelinin bağlı bulunduğu para biriminin, projenin tatbik edildiği memleketten serbestçe transfer edilemeyip, tamamının veya bir kısmının transfer şartlarının belirlenmiş olmaları veya ödemelerin değişik para birimleri ile yapılması özetlenebilir.

Ancak bazen de, "uluslararası" olarak ihaleye çıkartılarak Fidic esaslarının uygulanması ön görülmüş ihalelerin, ihaleyi kazanacak yüklenicinin yerli ve yabancı olması hallerine göre, işverenin Fidic şartları üzerinde oynadığı hallere rastlanmıştır. Bu halin tipik misali, Erzincan Depremi Rehabilitasyon ve Yeniden Yapılandırma Proje' sinde görülmüştür. Bu projede FIDIC' in "Mühendis Kararları" başlıklı olup, bu kararlar nedeniyle işverenin veya yüklenicinin hakem' e gitme prosedürünü tanzim eden 67.1 maddesi, "ihtilafların halli" başlığı altına sokulmuş ve yüklenici veya sorumlu ortağı yabancı ise uyuşmazlığın Paris Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Tüzüğü' ne göre hakem mahkemesinde, eğer yüklenici Türk ise, Ankara mahkemelerinde görülmesi yolunda bir yol belirlenmiştir.

Erzincan' da 9-10 Türk yüklenici, FIDIC şartları içerisinde işlerini tamamlamışlar ve netice itibarıyla FIDIC, "uluslararası" olarak ihaleye çıkmış fakat neticede "ulusal" ihaleye dönüşmüş inşaatların sözleşmesi olarak uygulama görmüştür. Bu da gösteriyor ki, FIDIC' in uluslararası karakteri, onun uluslararası ihalelerde kullanılmasını veya ulusal ihalelerde kullanılmamasını gerektiren bir hal oluşturmamaktadır.

3.3.1. Mühendis-İş Sahibi, Mühendis-Yüklenici İlişkisi

3.3.1.1. Mühendis Kimdir?

Genel şartların tariflerle ilgili 1.1 maddesinde mühendis "sözleşme hükümlerine göre mühendis olarak faaliyette bulunmak üzere tayin edilen ve ismen belirtilen kişi" olarak tanımlanmıştır. Mühendis gerçek veya tüzel kişi olabilir. Mühendis üzerine aldığı hizmetleri yerine getirebilmek için kendi organizasyonunu oluşturabilir.

3.3.1.2. Mühendis - İş Sahibi İlişkisi

Mühendis ve iş sahibi arasında iki çeşit hukuki ilişki vardır:

- İş sahibi ile mühendis arasındaki hukuki ilişki aralarındaki iş görme sözleşmesine dayanır.
- İş sahibinin yardımcısı olarak onun nam ve hesabına inşaat sözleşmesi dolayısıyla yapılacak işler, inşaat sözleşmesi ve eklerine dayanır. Mühendis inşaat sözleşmesi ve eklerindeki görevleri yerine getirmeyi iş sahibine karşı iş görme sözleşmesi ile taahhüt eder.

İş sahibi mühendisin işine son verir ve yeni mühendisin tayininde yüklenicinin onayını sağlayamaz ise tarafsız kişi olarak mühendisten beklenen işlerle ilgili hükümler uygulanmaz hal alabilir.

3.3.1.3. Mühendis - Yüklenici İlişkisi

Mühendis ile yüklenici arasında bir hukuki ilişki olduğu tartışılabilir. Çünkü mühendisi tayin eden iş sahibidir ve inşaat sözleşmesi ve eklerinde mühendisin imzası yoktur. Ancak mühendis FIDIC kurallarına göre iş sahibi ve yüklenici arasında sözleşme ve eklerinin imzalandığını, işinin özelliklerine göre sözleşme ve eklerinin metinlerini ve yükleniciye karşı da tarafsız uzman veya aracı olarak hareket etmesi gerektiğini bilmektedir. Bu durumda tarafsız uzman ve aracı olarak işlemlerinden dolayı kusuru ile yükleniciye verebileceği zarardan mühendisin sorumlu olacağı sonucuna varılmalıdır. Bu sorumluluk inşaat sözleşmesinde imzası olmamakla beraber mühendislik görevini kabul etmekle yüklenici ve mühendis arasında sözleşme ilişkisinin tamamlandığı görüşüne dayandırılabilir.

3.3.1.4. Mühendisin Görevleri

Mühendis, iş sahibi ile yüklenici arasında büyük bir inşaat işi dolayısıyla ortaya çıkabilecek teknik, mali, hukuki konularda yerine göre kesin karar, danışma ve uzlaştırma görevlerini ve bu hizmetlerden doğabilecek sorumlulukları üzerine almıştır. Bu görevleri teknik, mali ve uzlaştırma olarak üç gruba ayırabiliriz:

Teknik Görevleri

Inşaat sözleşmelerinde önemli olan tasarım, proje, çizim, inşa metodları gibi teknik hizmetlerin hangi tarafa ait olacağıdır. Bu teknik hizmetleri iş sahibi hazırlayıp veya

hazırlatıp yapının bu hesaplara göre gerçekleştirilmesini yükleniciye verebileceği gibi yüklenici tüm tasarım ve projeleri hazırlayarak veya hazırlatarak bunların sorumluluğunu ve bu esaslara göre eseri meydana getirmek görevini de üzerine alabilir. FIDIC genel şartlarında ikinci çözüm kabul edilmiştir.

Mühendis her safhada tasarımla ilgili belgeleri uygunluk ve elverişlilik bakımından incelemek (m. 7), tasdik etmek, saklamak, işin gerçekleşmesi için gerekli talimatları vermek, malzeme ve işçiliği kontrol etmek, testler yaptırmak (m. 36), kalite ve miktarlarda değişiklik yapmak, gerekirse işi durdurmak (m. 40), yapılan işlerde eksik ve kusur bulunmamasını sağlamak, gerekirse bu durumları belgelendirmek (m. 49) ile sorumludur.

Teknik açıdan mühendis tasarım alanında gözetimci, işin amaca, sanat kurallarına ve teknik belgelere göre gerçekleştirilmesinde sözleşmenin yönetiminden sorumlu kişidir. Bu teknik görevler mühendisin iş sahibi ile yaptığı müşavirlik-mühendislik sözleşmesine dayanır. Mühendis bu teknik görevlerin uygulanması bakımından iş sahibinin yardımcısı durumundadır.

Mali Görevleri

Mühendisin yüklenicinin mali durumunu etkileyecek, fakat teknik de sayılabilecek bazı görevleri vardır. Ölçüleme işlemlerini ve belgelerini tasdik etmek (m. 55-56), yüklenici tarafından hazırlanan aylık geçici istihkakları inceleyip onaylamak (m. 60.2), avans ödemeleri için talimat vermek (m. 58.1), kısmen veya tamamen işletmeye alma işlemlerini, bitirme testlerini gözetmek, varsa eksik ve kusurları tesbit etmek, bu işlemlerle ilgili belgeleri, geçici ve kesin kabul belgelerini tasdik etmek (m. 48,60,62), iş sahibine ait risklerin (m. 20.4) gerçekleşmesi, testlerin uzaması (m. 36.5) veya işin durdurulması talimatı sonucu olarak (m. 40) yüklenicinin süre uzatma, fiyat arttırma talepleri hakkında – iş sahibi ve yükleniciyle danışarak- karar vermek mühendisin mali açıdan görevleridir.

Mühendisin iş sahibi ile yüklenici arasındaki görüş farkı dolayısıyla vereceği kararlar taraflar açısından bağlayıcı ve kesin kararlar değildir. Bir taraf mühendisin bu konulardaki görüşünü ve gerekçesini benimsemeyerek konunun mühendis tarafından yeniden incelenmesini isteyebileceği gibi bu yola dahi başvurma gereği duymadan kendi görüşü doğrultusunda işlem yapmaya da devam edebilir.

Uzlaştırma Görevi

Mühendisin uzlaştırma görevi FIDIC genel şartlarında iki şekilde ortaya çıkmaktadır:

I. Dolaylı uzlaştırma:

Teknik ve mali konularda mühendisin vereceği her kararı iş sahibi ile yüklenicinin kabul etmesi halinde mühendis aynı zamanda, fakat dolaylı olarak uzlaştırma fonksiyonunu yerine getirmiş olur. İş sahibi ile yüklenici arasında, hatta iş sahibi / yüklenici ile mühendis arasında büyük bir inşaat sözleşmesinin uygulanmasında çeşitli görüş farklarının ve uyuşmazlıkların ortaya çıkması normal bir durum sayılır. Mühendis, bu görüş farklarının ve uyuşmazlıklarının giderilmesi için gereken gayreti gösterecek, mesleki bilgisi, tecrübesi, prestiji ve tarafsız tutumu ile uyuşmazlığın giderilmesini sağlamaya çalışacaktır.

II. Uzlaştırıcı olarak mühendis:

Mühendisin gayretlerinin olumlu bir sonuç vermediği, uyuşmazlığın ciddi bir hal aldığı durumlarda FIDIC 67. maddede ayrı bir mekanizma ve prosedür öngörmüştür. Bu prosedürde mühendis doğrudan doğruya uzlaştırıcı olarak görev yapar.

3.3.2. Genel Şartlara Göre Uyuşmazlığın Giderilmesi

İlgili taraf (yüklenici veya iş sahibi) uyuşmazlığın sıra ile üç kademede giderilmesini sağlamaya çalışır.

I. Birinci Kademe:

İnşaat sözleşmesi ile bağlantılı veya bu sözleşmenin gerçekleştirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, mühendis bu konularda önceden karar vermiş olsa bile, iş sahibi veya yüklenicinin önce m. 67' ye dayanarak ve bunu açıkça belirterek mühendisten bir karar vermesini talep etmesi gerekir.

Mühendis bu maddeye dayanılarak yapılan talebin bir suretini karşı tarafa bildirir. Uyuşmazlığın taraflar arasında sözleşme ile gerçekleştirilirken veya iş tamamlandıktan sonra, sözleşmenin feshinden veya başka bir şekilde sona ermesinden önce veya sonra ortaya çıkması hallerinde bu maddeye göre uyuşmazlığın giderilmesi talep edilebilir. Başka deyimle taraflardan biri (yüklenici veya iş sahibi) sözleşmenin tabi olduğu hukuk sistemine göre zaman aşımı süresi içinde mühendisten bu maddeye dayanarak karar vermesini talep edebilir.

Mühendis bu talebi aldığı tarihten itibaren en geç 84 gün içinde kararını, m. 67-1' e göre verdiğini belirterek iş sahibi ve yükleniciye bildirir.

İş sahibi veya yüklenici mühendisin kararından memnun kalmazsa veya mühendis talebi aldığı tarihten itibaren 84 gün içinde kararını bildirmezse iş sahibi veya yüklenici bu kararı aldığı günden itibaren 70 gün içinde veya 84 günlük sürenin sona erdiği tarihten itibaren 70 gün içinde karşı tarafa ihtilaflı konu hakkında hakeme müracaat edeceğini bildirir ve bir suretini de bilgisi için mühendise verir. Bu bildiri ile ihtilaflı konuda hakeme başvurma hakkı elde edilmiş olur ve böyle bir bildiri olmadığı takdirde m. 67.4' de yazılı hal dışında o konuda hakeme müracaat edilemez.

Ihtilaflı konuda mühendis kararını iş sahibi ve yükleniciye bildirmesine rağmen iş sahibi veya yüklenici, mühendisin kararını aldığı tarihten itibaren 70 gün içinde hakeme müracaat edeceğini karşı tarafa bildirmediği takdirde mühendisin kararı iş sahibi ve yüklenici hakkında kesin ve bağlayıcı olur.

M. 67.1' de belirtilen süre içinde iş sahibi ve yüklenici uyuşmazlığı tahkime götüreceğini karşı tarafa bildirmediği için bu karar kesinleşmiş ve bağlayıcı güç kazanmışsa ve taraflardan biri bu karara uygun hareket etmez ise karşı taraf m. 67.3' e dayanarak ilgili tarafın bu davranışını, onun diğer haklarını ihlal etmeden, tahkime götürebilir; m. 67.1 ve 67.2 hükmü bu hususta uygulanmaz(m. 67.4).

Sözleşme daha evvel feshedilmediği veya sona ermediği takdirde yüklenicinin gereken tüm özenle yapıma devam etmesi gerekir; aşağıda belirtilen şekilde dostça uyuşma veya hakem kararı ile başka bir karar verilinceye kadar yüklenici ve iş sahibinin, mühendisin bu kararına uygun hareket etmesi gerekir (m. 67.1.2).

II. İkinci Kademe

Dostça Uzlaşma (Amicable Settlement) (m. 67.2): Tahkim yoluna başvurulacağına dair görüşün tebliğinden itibaren 56 gün içinde tarafların dostça uyuşmaları beklenir. Taraflardan biri ancak bu süre geçtikten sonra tahkim yoluna başvurabilir.

III. Üçüncü Kademe

Mühendis kararı m. 67.1' e göre kesinleşmediği ve bağlayıcı güç kazanmadığı veya dostça uzlaşma m. 67.2' de belirtilen süre içinde gerçekleşmediği takdirde uyuşmazlık kesin olarak hakem mahkemesi tarafından çözümlenir; taraflar sözleşmede başka bir çözüm kabul etmedikleri takdirde dava Milletlerarası Ticaret Odası' nın Uzlaştırma ve Tahkim Kuralları' na göre bir veya birkaç hakem tarafından

karara bağlanır. Uyuşmazlıkla ilgili olarak hakemlerin – mühendisin karar, görüş, talimat, sertifika veya değerlendirmesine bağlı olmaksızın- karar vermek hususunda tam yetkileri vardır (m. 67.3.1).

Taraflar, hakem mahkemesinde, 67.1' e göre mühendisten uzlaştırma kararı talep safhasında ileri sürdükleri delil ve görüşlerle bağlı değildirler. Mühendisin kararı onun hakem mahkemesinde uyuşmazlıkla ilgili konularda tanık olarak dinlenmesini ve beyanda bulunmasını engellemez (m. 67.3.2).

Tahkim, yapının tamamlanmasında önce veya sonra başlayabilir, ancak yapım süresince tahkim dolayısıyla iş sahibi, mühendis ve yüklenicinin yükümlülüklerinde değişiklik olmaması şarttır (m. 67.3.3). [20, s. 291 - 307]

3.3.3. Fidic Sözleşmesinde Uyuşmazlıkların Halli İçin Hazırlanmış 67. Madde

Madde 67. Uyuşmazlıkların Çözümü

- 67.1 Mühendisin Kararı
- 67.2 Tarafların Aralarında Anlaşması
- 67.3 Hakeme Gitme
- 67.4 Mühendisin Kararına Uyulmaması

67.1 Mühendisin Kararı

İşlerin devamı sırasında veya bitiminden sonra ve mühendisin herhangi bir kararı, talimatı, tesbiti, belgesi veya değerlendirmesi ile ilgili ihtilaflar da dahil olmak üzere sözleşmenin ihlali veya feshinden önce veya sonra işverenle yüklenici arasında sözleşme veya işlerin icrası ile ilgili veya bunlardan kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması halinde, uyuşmazlık konusu için ilk önce, diğer tarafa da bir kopya verilerek, mühendise yazılı olarak başvurulacaktır. Bu başvurunun bu maddeye uygun yapıldığı belirtilecektir. Mühendis bu başvurudan itibaren en geç 84 gün içinde kararı işverene ve yükleniciye bildirecektir. Bu kararın da bu maddeye uygun olarak verildiği belirtilecektir.

Sözleşme sona ermedikçe yüklenici her koşulda gereken dikkatle işleri sürdürmeye devam edecek ve mühendisin kararı bu maddede daha sonra belirtildiği üzere

tarafklar arasında anlaşarak veya hakeme gitme yoluyla değıştirilmediğı sürece işvereni ve yükleniciyi bağlayıcı olacak ve yürürlükte kabul edilecektir.

İşveren ya da yüklenici mühendisin herhangi bir kararını tatminkar bulmazsa, veya mühendis başvuruyu aldığı tarihten itibaren 84 gün içinde kararını bildirmezse, işveren veya yüklenici duruma göre kararı aldığı tarihten itibaren 70 gün içinde veya 84 günlük sürenin bitiminden itibaren 70 gün içinde diğer tarafa bu maddede daha sonra belirtileceğı üzere uyuşmazlık konusunun çözümü için hakeme gitmek istediğini yazılı olarak bildirecek ve mühendise de bilgi için bir kopya verecektir. Bu bildirim, veren tarafa madde 67.4 hükümlerine tabi olarak hakeme gitme işlemini başlatma hakkını verecek ve bu yazılı bildirimin olmaması halinde hakeme gitme işlemi başlatılamayacaktır.

Mühendisin kararını yazılı olarak işverene ve yükleniciye bildirmesi ve bu duyuruyu aldıktan sonraki 70 gün içinde taraflardan herhangi birinden uyuşmazlık hakeme götürme yönünde bir talep gelmemesi halinde, adı geçen karar kesinleşecek ve işvereni ve yükleniciyi bağlayıcı olacaktır.

67.2 Tarafların Aralarında Anlaşması

Bir uyuşmazlık çözümü için hakeme gitmek isteğinin madde 67.1 uyarınca bildirilmesi halinde, bu uyuşmazlık ilk önce taraflar arasında çözümü için bir girişimde bulunulmaksızın hakeme gidilmeyecektir. Ancak taraflar aralarında başka türlü kararlaştırmadıkça, uyuşmazlığın taraflar arasında halli için bir girişimde bulunulup bulunulmadığına bakılmaksızın, hakeme gitme isteğı bildirildikten sonra 56. günde veya sonrasında hakeme gidilebilecektir.

67.3 Hakeme Gitme

"Herhangi bir uyuşmazlıkla ilgili olarak;"

- a) Mühendisin kararı (eğer varsa) madde 67.1'e göre kesinleşmemiş ve bağlayıcı olmamışsa, ve
- b) Madde 67.2'de belirtilen sürede taraflar arasında anlaşma sağlanmamışsa,

O zaman adı geçen uyuşmazlık konusu, sözleşmede başka türlü belirtilmemişse Milletlerarası Ticaret Odası' nın Uzlaştırma ve Tahkim Kuralları' na göre atanacak bir veya daha fazla hakem tarafından bu kurallara göre halledilecektir. Bahsedilen hakem(ler) uyuşmazlıkla ilgili olarak Mühendisin her kararını, kanaatini, talimatını,

tesbitini ve değerlendirmesini ele almak, incelemek ve revize etmekte tam yetkili olacaklardır.

Bu hakem kurulu önünde cereyan eden müzakerelerde, taraflardan hiçbir Mühendise madde 67.1 uyarınca vereceği kararı elde etmek için sunulmuş olan kanıt veya delillerle sınırlandırılmayacaklardır. Mühendisin böyle bir kararı kendisini anlaşmazlığa ilişkin olarak hakem kurulu karşısına bir şahit olarak çağrılmaktan ve elindeki kanıtları sunmaktan alıkoymayacaktır.

İşlerin icrası esnasında hakem kurulu nedeniyle işveren, mühendis ve yüklenicinin sorumluluklarında değişiklik yapılmamak kaydıyla hakem işlemleri işlerin bitmesinden önce veya sonra başlatılabilecektir.

67.4 Mühendisin Kararına Uyulmaması

İşveren veya yükleniciden herhangi biri bir uyuşmazlığın çözümü için madde 67.1'de belirtilen süre içinde hakeme gitmek istediklerini bildirmez ve mühendisin kararı kesin ve bağlayıcı hale gelirse, taraflardan her biri, diğer tarafın bu karara uymaması halinde sahip olduğu diğer haklar saklı kalmak kaydı ile madde 67.3'e göre hakeme başvurabilecektir. Bu başvuru için madde 67.1 ve 67.2' nin hükümleri geçerli olmayacaktır. [21, s. 49 - 50]

BÖLÜM IV: RESMİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARINDAN "TAHKİM"

Bu bölümde Resmi uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan "Tahkim" konusu detaylı olarak incelenmiştir.

4.1. Tahkimin Tanımı

"Tahkim", kanunun menetmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca Devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir. [22, s. 94]

"Anlaşmazlık" , (niza), sulh yoluyla çözümlenemeyen bir uyuşmazlığı (ihtilafı) anlatır.

"Uyuşmazlık" (ihtilaf) ise, bir hakkın vücudu, kapsamı veya sonuçları üzerinde meydana gelen anlaşmazlıktır. Uyuşmazlık barış ile çözümlenemediği takdirde, bir "münazaa" haline alarak dava veya tahkim konusu olur.

"Uyuşmazlık" ve "dava" tamamen farklı iki kavramdır. Dava bir uyuşmazlığın çözümünü için devlet yargısına başvurmayı ifade eder. "Tahkim" ise, devlet yargısına karşı ayrıcalıklı bir yol, özel bir yargılama çeşitidir.

Tahkim, devlet yargısına göre özel bir yargılama yoludur. Taraflarca kararlaştırılmış olmasına rağmen onlardan birinin devlet mahkemelerinde dava açması üzerine, diğer taraf tahkim talebinde bulunmazsa, uyuşmazlık genel mahkemelerce çözülür. Tahkimin kararlaştırılmış olması mahkemelerin genel yetkisini kesin olarak ortadan kaldırmaz.

Tahkimin konusu, ancak tarafların üzerinde serbestçe anlaşarak karar verebilecekleri konulara ilişkin ve çözümü, genel olarak mahkemelerin yetkilerine dahil özel hukuk uyuşmazlıklarından ibaret olabilir. [8, s. 341]

4.2. Tahkim Terimi

Eski hukumuzda tahkim genel olarak, "hakemlik müessesesi"nin, yani uyuşmazlıkların hakem yardımıyla çözümünü sağlayan kurumun adı olarak kullanılmaktaydı. Bugün de tahkim aynı manada kullanılmaktadır.

Bundan başka tarafların aralarında uyuşmazlığın hakeme başvurmak suretiyle çözümü konusunda anlaşmalarına, diğer bir ifade ile tarafların birbirlerine karşı aralarındaki uyuşmazlığın hakem yardımıyla çözümünü sağlamak üzere taahhüt altına girmeleri de "tahkim" olarak adlandırılmaktadır. Bu anlamda tahkim, müstakil bir "tahkim sözleşmesini" veya tarafların aralarındaki asıl borç mukavelesine dahil edecekleri bir "tahkim şartını" anlatmaktadır.

Aynı zamanda bir uyuşmazlığın hakem önünde çözümü için tarafların ve hakemin takip etmeleri gereken uyuşmazlığın çözümü prosedürü de "tahkim" olarak ifade edilmektedir. [8, s. 342 - 343]

4.3. Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları

Tahkime müracaatın nedenleri aşağıda şöyle açıklanmaktadır:

- Tahkim yolu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın her iki tarafın da güvenine sahip olan kişiler veya kişi tarafından çözümüne imkan verir. Genel mahkemelere başvuru da ise, her iki tarafça da tanınmayan herhangi bir hakim tarafından yapılacak adalet dağıtımını kabullenmek gerekir.
- Tahkimde bir tek uyuşmazlığı çözmek durumunda olan hakem, ona yeteri derecede vakit ayırabilmek, dosyayı ayrıntılı olarak incelemek ve değerlendirmek imkanına sahiptir. Bu anlamda, tahkimi kararlaştıran taraflar, aralarındaki belli bir uyuşmazlığın çözümü için özel bir hakim tayin etmiş durumdadırlar.
- Tahkimde uyuşmazlığın çözümünde görevlendirilecek kişilerin uyuşmazlık konusunda uzmanlaşmış kişiler, mesela, özel bilgi sahibi hukukçular, belli bir branşa mensup tacir veya sanayiciler arasından seçilmeleri mümkündür. Böyle bir imkan devlet yargısında taraflara sağlanmamıştır.
- Tahkimde yargılama kuralı olarak açıkça yapılmaz. Tarafların itibarına zarar vermekten kaçınılması gereken durumlarda tahkim yolu, genel mahkemelere tercih edilir veya en azından tarafların menfaatine daha uygundur.

- Tahkim yolu ile uyuşmazlık daha kısa sürede çözömlenir. Genel mahkemelerde hakimin yüzlerce davayı bir arada görüp neticelendirmek durumunda olmasına karşılık tahkimde, sadece o uyuşmazlığı çözmekle yükömlü olan hakem çok daha hızlı neticeye gidebilir.
- Tahkim, dava harç ve masrafların söz konusu olmayışı dolayısıyla devlet yargısına kıyasla daha ucuzdur.
- Milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde bazı memleketlerde genel mahkemelerin çok yavaş işlemesi, adalet dağıtımının çok masraflı olması, milli mahkemelerin tarafsızlığı konusunda bazı teredütlerin bulunması ve alınacak kararın yabancı mahkeme kararı sayılması tehlikesinin bulunması dolayısıyla tahkim yoluna başvurmak daha faydalıdır.

Ayrıca, çağımızda, bir devletin iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözümlemede yetersiz kalması durumu karşısında milletlerarası tahkim bu eksikliği giderici bir müessese olarak gelişmiştir.

Özel hukuk alanına giren milletlerarası ekonomik ilişkilerden çıkan uyuşmazlıkları çözümlemede tahkimin kazandığı önem iki nedene dayanmaktadır:

- Özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklara bakacak milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması ve tarafların uyuşmazlığı karşı tarafın ülkesinin mahkemesinde çözümlmek istemekten kaçınmaları;
- Milli mahkemelere oranla tahkim müessesesinin milletlerarası ticaret hukukunu özellikle ticariörf ve adet kurallarını (*Lex Mercatoria Universalis*) uygulamaya daha yatkın olmaları. [8, s. 343 - 344]

4.4. Tahkimin Kararlaştırılması

4.4.1. Tahkim Anlaşması

Taraflar ya aralarında asıl borç sözleşmesine dahil edecekleri bir şart ile, o sözleşmeden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlığın hakemler yardımıyla çözümünü kararlaştırmış olabilirler, ki bu "*tahkim şartı*" olarak adlandırılır veya bağımsız bir anlaşma yapmış olabilirler, bu anlaşmaya da "*tahkim sözleşmesi*" denir.

Tahkimi kararlaştırmanın bu iki çeşitini de içeren bir üst kavram olarak "tahkim anlaşması" terimi tercih edilmiştir.

Taraflarla hakemler arasında anlaşmazlığın hakem yardımıyla çözümü için yapılan sözleşme, bunlardan farklıdır. Bu son sözleşmeye "hakem anlaşması" denilmektedir.

4.4.2. Tahkim Anlaşmasının Açık ve Kesin Olması

Tahkim anlaşmasından, tarafların uyuşmazlığın çözümünü nizami mahkemeler yerine, hakemlere bıraktıkları açık, seçik ve tereddüte meydan vermeyecek bir şekilde anlaşılmadığı takdirde, uyuşmazlığın nizami mahkemelerce çözülmesi gerektiğini kabul etme zorunluluğu vardır.

Bu yüzden tahkim anlaşmasında tarafların mahkemeye veya tahkime başvurmakta serbest olduklarının veya uyuşmazlığın çözümü için önce tahkime başvurulacağına, bu yolla çözülemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğinin ya da tarafların üzerinde anlaştığı üçüncü şahsın hakemliğine başvurulmadan mahkemeye müracaat edilemeyeceğinin veya sözleşmenin uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili maddesinde, tahkimin ön görülmüş olmasının yanısıra, başka bir maddede uyuşmazlık durumunda mahkemeye başvurulacağına belirtilmiş olması halinde, tahkim anlaşması gerekli açıklık ve kesinlikten yoksun olması sebebiyle nizami mahkemelere müracaat yolunun kapatıldığı kabul edilemez.

4.4.3. Tahkim Anlaşmazlığının Belirli Bir Uyuşmazlığa İlişkin Olması

Bir yandan nizami mahkemelere müracaat imkanının hangi alanda ve ne ölçüde kaldırılmış olduğunu, diğer yandan hakemlerin görev ve yetkilerinin hudut ve kapsamını tayin bakımından tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlığın tam olarak belirlenmesi gerekir.

Uygulamada istisna akdi, satış akdi, vekalet akdi vs. gibi maddi hukuk sözleşmelerine dahil edilen tahkim şartlarına daima "işbu sözleşmeden doğacak her türlü uyuşmazlık tahkim yolu ile çözülecektir" demek suretiyle tahkimin hangi çeşit uyuşmazlıklarla ilişkili olduğu gösterilmektedir. Uluslararası tahkimde de bu nokta sözleşmelere konulması tavsiye olunan tahkim kayıtları ile sağlanmaktadır.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri ise, Türk hukukunda mümkün değildir. HUMK.' nun 519. m.si uyarınca bir anlaşmazlığın hakemler marifetiyle

özölüp özölemeyeceği konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkemece özölür.

Bunun dışında tahkim anlaşmasını imzalayan taraflar arasında bundan sonra çıkacak bütün uyuşmazlıkların yahut imzalanacak bütün satış sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların veya ileride borsada yapılacak bütün işlemlerden doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile özölebileceğine dair kayıtlar, ilgisi bulunan uyuşmazlığın belirsiz olması dolayısıyla geçersizdir.

Aslolan bir kimsenin kapsam ve hududunu önceden tayin edemeyeceği bir durumda tahkim yükümlölüğü altına girmesinin önlenmesidir. Tahkim yolu ile çözümü gereken uyuşmazlığın belirli olup olmadığı, tahkim anlaşmasının yapıldığı zamana göre tayin edilir.

Tahkim anlaşmasının iliřęi olan uyuşmazlığın doğduğu hukuki münasebetin somut, çeşitinin malum ve kapsamının tayin edilebilir olması lazımdır. [8, s. 344 - 349]

4.5. Tahkim Anlaşmasının şekli

Birçok ülkenin hukukunda tahkim şartının veya sözleşmesinin yazılı olarak yapılması esası benimsenmiştir.

Türk hukukunda da HUMK.' nun 517. m.si uyarınca tahkimin yazılı olarak kararlaştırılması lazım gelir. Tahkimin yazılı olarak kararlaştırılması bir geçerlilik şartıdır. Tahkim şartı veya sözleşmesinde tarafların imzalarının bulunması şarttır. Ancak her iki tarafın imzasının aynı bir senet üzerine vaz edilmiş olmasına gerek yoktur. Mektup veya telgraf alıp vermesi yoluyla tahkim sözleşmesi yapılması mümkündür.

Yeni bazı kanunlar tahkim sözleşmesinin telgraf, teleks, telefax yahut anlaşmanın meydana geldiğinin isbatını mümkün kılan, yani maddi bir iz bırakan diğer herhangi bir muhaberat vasıtası ile yapılabileceğini kabul etmektedir. Bu takdirde tahkim anlaşması bir belgeye dayanmaktadır, ama söz konusu belgenin şekli ile ilgili bir şart ön görölmüş değildir.

Bir tahkim şartına veya sözleşmesine atıfta bulunmak suretiyle tahkimin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tereddüt konusu olmuştur:

Özellikle milletlerarası ticarete sözleşmeler oluşturulurken önceden hazırlanmış genel muamele şartları, tip sözleşmeler, ihale şartları vs. den oldukça sık yararlanılmaktadır. Bu nedenle bir konişmentoda veya çarter parti' de yer alan şart ve kayıtlara veya alt yüklenici ile yapılan bir sözleşmede, ihale şartnamesine veyahut ana yükleniciyle yapılan sözleşmeye atıfta bulunmaktadır. Mesele, bu taktirde atıfta bulunulan çarter parti, asıl sözleşme, ihale şartnamesi vs. de yer alan bir tahkim şartının, atfı havi sözleşmeyi yapan tarafları bağlayıp bağlamayacağıdır.

Bir sözleşmeyi imzalayanların işbu sözleşmede atıf yapılan belgelerin içindekilere de vakıf olmaları ve onu kabul etmiş sayılmaları aslolunduğundan, prensip itibarıyla atıfta bulunulan metinde mevcut kayıtların onları bağlayacağı sonucuna varmak gerekir. Hele sözleşmede açıkça atıfta bulunulan belgenin, o sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmişse, belgedeki kayıtların da sözleşmeyi imza edenleri bağlayacağından şüphe edilemez. [8, s. 349 - 350]

4.6. Tahkim Yolu ile Çözölebilecek Uyuşmazlıklar

Hangi uyuşmazlığın tahkim yolu ile halledilebilecekleri çeşitli hukuklarda farklı şekilde düzenlenmiştir.

Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun' nun 518. m.sinde "Yalnız iki tarafın arzularına bağı olmayan meselelerde tahkim cereyan etmez" demek suretiyle hangi uyuşmazlığın tahkim yolu ile halledilebilecekleri selbi bir ifade ile tesbit edilmiştir. Bu hükümden Türk hukukunda tahkimin "yalnız iki tarafın arzularına bağı olan meselelerde cereyan edeceği" sonucu çıkar.

Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı serbestçe anlaşarak çözebiliyorlar ve vardıkları anlaşma devlet mahkemelerinin müdahalesine gerek kalmaksızın geçerli olabiliyorsa, o uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidilebilir.

Bu manada tahkim yolu ile çözölebilecek uyuşmazlığın tayininde objektif şartlarla subjektif şartlar birbirinden ayrılmaktadır:

▪ Objektif Şartlar

Tahkime tabi olmanın objektif şartlarından, maddi hukukun ihtilaflı konu üzerinde tarafların serbest iradeleri anlaşmalarına imkan tanınması anlaşılmaktadır. Sözleşmelerden doğan alacaklara ilişkin uyuşmazlıklar ile tazminat talepleri, menkul

mallar ve zilyetlik ile ilgili uyuşmazlıklar, tarafların serbest iradeleri ile bu konularda anlaşmaları mümkün olduğundan, tahkime konu teşkil edebilir.

Kamu düzeni ile ilgili hususlarda taraflar uyuşmazlığı başka bir çözüm üzerinde anlaşarak çözemeyeceklerinden, tahkim uygun değildir. Dolayısıyla kamu düzeni ile ilgili bütün uyuşmazlıklarda tahkime gidilemez.

▪ Subjektif Şartlar

Tahkime tabi olmanın subjektif şartları ise, tahkimi kararlaştıran tarafların akdetme serbest iradeleri ile tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmaları ile ilgilidir. Bunun için ;

I. Önce taraflar dava ehliyetine sahip olmalıdır. Tarafların medeni hakları kullanma ehliyeti mevcut olmalı veya onlar, tahkim akdetme yetkisine sahip bir temsilci yardımıyla temsil edilmelidir.

II. Bununla beraber taraflar ihtilaflı konu üzerinde tahkim yolu ile tasarrufa yetkili olmalıdırlar. [8, s. 355 - 360]

4.7. Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı

Asıl sözleşmede yer almış olsa bile, konusu ve fonksiyonu tahkim şartına, onu sözleşmenin maddi şartlarından ayıran özel - partiküler bir karakter verir. İlimi ve kazai görüşler, öteden beri tahkim şartının bağımsızlığını tanımıştır. Bugün bu husus Amerika ve Avrupa' da "*severability or separability of arbitration clauses*" adı altında benimsenmiştir.

Buna göre tahkim şartının hukuki statüsü, asıl sözleşmeninkinden ayrıdır. Ancak bu bağımsızlık, tahkimin ayrı bir mutabakatı gerektiren müstakil bir sözleşme olduğu manasında anlaşılmamalıdır. Gerçi tahkim şartı, asıl sözleşmenin bir parçasını teşkil eder. Bu açıdan asıl sözleşmenin devri halinde tahkim şartı da ona aynen intikal eder. Ancak asıl sözleşme ile tahkim anlaşması, her biri farklı bir maksatla yapılan, tabiatları ve fonksiyonları ayrı, müstakil birer sözleşmedir.

Bundan başka bu iki sözleşmenin hukuki mahiyetleri farklıdır: Asıl sözleşme bir maddi hukuk sözleşmesidir. Tahkim anlaşması usul hukuku ilişkileriyle ilgili bulunan bir maddi hukuk sözleşmesidir. Bu yüzden tahkim anlaşmasının geçerliliği ve akdini idare eden hükümler maddi hukuk karakteri taşır. Bu açıdan tahkim süresi, bu

sürenin uzatılması ve/veya uzatılmayan sürenin dolmasına sebep olan sonuçlar hep, tahkim anlaşmasının ait olduğu maddi hukuka göre belirlenir.

Tahkim anlaşmasının hukuki mahiyeti hakkında hangi görüş kabul edilirse edilsin, asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız olması sonucunda ne asıl sözleşme, ne tahkim anlaşması kendiliğinden, diğerinin akibetine tabi olur.

Buna göre asıl sözleşmenin geçerliliği ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekli hususlar olup, birinin geçersizliği ötekinde geçersiz olarak kabul edilmesini gerektirmez. Tereddüt halinde hakem heyeti asıl sözleşmenin geçerliliğini de karara bağlar.

Şüphesiz aynı butlan nedenlerin asıl sözleşmeyi ve tahkim anlaşmasını birlikte geçersiz kılması mümkündür: Sözgelimi asıl sözleşmenin geçersizliğini meydana getiren nedenler, taraflarca o konuda geçerli bir sulh akdine engel teşkil edecek özellikte ise, tahkim anlaşmasının da geçerli olmaması sonucunu ortaya çıkarır. Asıl sözleşmenin geçersizliğini gerektiren nedenin tahkim sözleşmesini de sakatlayıp sakatlamadığı veya ne derece sakatladığını araştırıp tesbit etmek gerekir. [8, s. 360 - 363]

4.8. Tahkimin Çeşitleri

Tahkim, farklı açılardan bazı çeşitlere ayrılmaktadır:

4.8.1. Tahkime Müracaatın Tarafların İradelerine Bırakılmış Olup Olmamasına Göre

Bu açıdan tahkim ikiye ayrılır:

4.8.1.1. İhtiyari Tahkim

Tahkim yolunu seçmenin tarafların ihtiyarına bırakılmış olması halinde "ihtiyari tahkim"den bahsedilir.

Tahkimi kanunla düzenleyen ülkelerde tahkim yoluna müracaat, esas itibarıyla ihtiyaridir. İki tarafın aralarındaki nizai hal için hakem tayin edebileceklerini öngören Türk HUMK. nunda tahkim yolunu seçmenin ihtiyari mahiyette olduğu vurgulanmıştır.

4.8.1.2. Mecburi Tahkim

Tarafların arasında çıkan veya çıkacak olan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünün mecburi kılınması halinde “mecburi tahkim” den bahsedilir.

4.8.2. Tahkimin Belli bir Müessesenin Teminat ve Murakabası Altında, Onun Tarafından Önceden Genel Olarak Tesbit ve Tayin Edilmiş Kurallara Uygun bir Şekilde Cereyan Edecek Olup Olmamasına Göre

Taraflar arasında öncelikle uyuşmazlıkların çözümü için tahkime müracaat prensip olarak kabul edildikten sonra ad hoc veya organize tahkim arasında bir seçim yapmak gerekir.

Bu açıdan tahkim iki kısma ayrılmaktadır:

4.8.2.1. Organize Tahkim

Belli bir müessese tarafından önceden tesbit ve tayin edilen kurallara göre yapılan ve bu kurallara uygunluğu ilgili müessesenin teminatı altında olan tahkime “*organize tahkim*” denir.

Müessesevi veya *organize* tahkimin en tanınmış örnekleri Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı tarafından “Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri” (*ICC Rules of Conciliation and Arbitration*)’ ne göre yürütülen tahkimdir. Bu tahkim halen Türkiye açısından büyük önem taşır. Türkiye’de milletlerarası kuruluşların finansmanı ile gerçekleştirilmekte olan baraj, köprü, kanalizasyon, liman gibi büyük alt yapı tesislerinin inşası için yabancı firmaların veya yerli firmalarla yabancı firmaların oluşturduğu joint venture’ larla yapılan sözleşmelere, kredi veren yabancı veya milletlerarası kuruluşların talebi ile uyuşmazlık halinde uluslararası tahkime başvurulmasını öngören kayıtlar konulmaktadır. Mesela, Dünya Bankası’ nın verdiği krediden veya Nato kaynaklarından istifade ile Türkiye’ de inşa edilmekte olan alt yapı tesisleri ile ilgili birçok sözleşmelere, bunların tefsiri, geçerliliği, uygulanması veya sona ermesinden doğacak uyuşmazlıkların önce taraflar arasında karşılıklı müzakere ve uzlaşma yolu ile çözümüne çalışılacağı ve belli bir süre içerisinde bu mümkün olmadığı takdirde, uyuşmazlığın Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri’ ne göre tayin edilecek bir veya birden çok hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacağı kaydı bulunmaktadır. Bu durumda dava, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanının nezareti ve teminatı altında çözümlenir.

İç hukukumuzda organize tahkimin örneklerine, Ticaret ve Sanayi Odaları ile bunların Birliği nezdinde, onlar tarafından önceden genel olarak tesbit edilmiş uzlaştırma ve tahkim hükümleri dairesinde cereyan eden tahkime rastlanır. Bu çeşit tahkim, mesleki teşekküller tarafından üyeleri arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmek üzere teşkilatlandırılmış özel bir tahkimdir.

Milletlerarası sahada en fazla müracaat edilen organize tahkim müesseseleri arasında *London Court of Arbitration* tarafından, bu teşkilatın hazırladığı Milletlerarası Tahkim Hükümleri' ne (*Arbitration Rules*) göre yürütülen tahkim ile Amerikalılararası Ticari Tahkim Komisyonu (*Inter-American Commercial Arbitration Commission*) tarafından, komisyonun tahkim hükümlerine göre yürütülen tahkim, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Asya ve Uzakdoğu Ekonomik Komisyonu Milletlerarası Tahkim Hükümleri (*ECAFE Rules*) 'ne göre yürütülen tahkimden bahsedilebilir.

4.8.2.2. Ad Hoc Tahkim

Her uyuşmazlıkta o uyuşmazlığın çözümü için taraflarca seçilen hakem veya hakemlerin, o uyuşmazlık mahsus olmak üzere kararlaştırılan usul ve esaslar çerçevesinde uyuşmazlığı çözüme memur edildikleri tahkime "*ad hoc tahkim*" (arizi tahkim) denir.

Ad hoc tahkimi organize tahkimden ayıran taraf, bu tahkimin tabi kılındığı usul ve esaslara uygun olarak gerçekleşmesini temin eden bir müessesenin, tahkimi idare eden daimi bir organın mevcut olmamasıdır. Milletlerarası sahada ad hoc tahkimin ilk örneğini teşkil eden 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on International Commercial Arbitration, done at Geneva*) ile 15 Aralık 1976 tarihli Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine (*United Nations Commisison on International Trade Law=UNCITRAL*) göre cereyan eden tahkimde olduğu gibi, ad hoc tahkimin de önceden tespit edilmiş bazı kaideler çerçevesinde uygulanacağının öngörülmesi mümkündür. Bu durum onu ad hoc tahkim olmaktan çıkarmaz. Hakemlerin tayini, reddi, azli, hakemlere ödenecek ücretin tayini gibi hususlarda tarafların anlaşmaları veya tahkim sözleşmesinin gereğinin ifası için üstlerine düşeni yapmamaları halinde başvurulacak merci her uyuşmazlıkta farklıdır. Tahkimi idare eden, sekreterlik hizmetlerini yapan daimi bir müessese yoktur.

Ad hoc tahkiminin organize tahkime göre sağladığı üstünlük, taraflara tahkimi organize etmekte daha büyük bir özgürlük sağlamasıdır. Bu tahkim çeşiti taraflara,

tahkim prosedüründe başından sonuna kadar hakim olabilme imkanını verdiğiinden tarafların iradelerine daha uygun düşmektedir. [8, s. 363 - 366]

Öte yandan ister ad hoc ister organize tahkim seçilsin tahkim şartını müzakere edenlerin dikkat etmeleri gereken hususlar vardır:

- Uyuşmazlık konusunda hakeme bırakılan yetki, tahkim şartının yazılışına göre değişebilir.

Mesela bazı mahkeme kararlarına göre tahkim şartı sadece "sözleşmenin yorumlanması" konusunu kapsıyorsa ve bu madde sözleşmenin "uygulanmasından doğan" uyuşmazlıkları içermiyor ise hakem "ademi ifa" dan dolayı karar veremez.

Bu sebeple tahkim maddesi yazılırken hakemin yetkisine giren hususlar kapsamlı kaleme alınmalıdır. Mesela "İşbu sözleşmeden doğan ve/veya işbu sözleşme ile ilgili olan, bu hakem şartının geçerli olup olmaması ile ilgili uyuşmazlık dahil, tüm uyuşmazlıklar..." ibareleri geniş kapsamlı bir hakem maddesine örnek gösterilebilir.

Hakemlik müesseseleri tarafından öngörülen tahkim maddesi modellerinin çoğunluğu geniş kapsamlı hükümlerdir.

- Uyuşmazlığın tarafları bakımından hakemin yetkisi

Tahkim maddesinde tarafların kimliği açıkça belirtilmelidir.

Bu konuyu açıklamak için bazı örnekler verelim:

Bir şirketle yaptığınız sözleşmede o şirketin taahhüt ettiği konuların uygulaması için şirketin sahibi olan "ana" şirket ayrı bir garanti sözleşmesi imzalayarak, size garanti verirse uyuşmazlık halinde kardeş (*subsidiary*) şirketle birlikte sözleşmedeki tahkim maddesine dayanarak ana şirketi davaya dahil edebilir misiniz? Tahkimin mukalevi niteliği göz önüne alınırsa buna evet demek zordur.

Benzer durum idare ile yüklenici ve yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmeler bakımından da değerlendirilebilir.

Çok taraflı bir tahkimin yapılabilmesi için doktrinde ve bazı mahkeme kararlarında öngörülen yol şudur: İlgili sözleşmelerin tahkim maddelerine uyuşmazlık konusu olan fiili ve hukuki durumun tüm sözleşmelerin kapsamında olması halinde tüm sözleşme tarafların aynı hakeme müracaat edeceklerinin taraflarca kabul edildiğini

gösteren hükümler konulacaktır (sözleşmeler ve taraflar ayrı olmasına rağmen). [23, s. 442]

4.8.3. Tahkime Konu Teşkil Eden Uyuşmazlıkların Çeşit ve Özelliklerine Göre

Buna göre tahkim iki kısma ayrılır:

4.8.3.1. Alelade Tahkim

Alelade Tahkim, özellikleri bakımından ticari bir karakter taşımayan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün kararlaştırılmış olmasını ifade eder. Bu çeşit tahkim genellikle tacir sıfatını taşımayan kimseler arasında şahsi ihtiyaçlarının temini için girilmiş medeni hukuk–borçlar hukuku ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkimdir.

4.8.3.2. Ticari Tahkim

Ticari Tahkim, kanunun menetmediği konularda taraflar arasından doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartı denilen bir sözleşme hükmü uyarınca devlet yargısına başvurmadan taraflarca ve/veya yetkili kılınan şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan gerçek kişiler (hakemler) tarafından, hakem davası sonucunda verilen, bir hakem kararı ile çözülmesidir.

Esas itibarıyla tacirler arasında ticari bir karakter taşıyan işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik tahkimi ifade eder. Burada "ticari işlemler" (*transaction commercial*) terimini, ticaret hukukunun merkezi kavramlarından biri olan "ticari iş" veya "ticari muamele" manasında anlamak mecburiyeti yoktur. Aksine "iş ilişkileri" (*business disputes*)'nden doğan uyuşmazlıklar da bu manada ticari tahkimin konusuna girer. İş ilişkileri ile ilgili uyuşmazlıklar, esas itibarıyla ticari nitelikteki işler ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardır; Ancak "iş ilişkileri" (*business*) kavramı, "ticari işler" kavramından daha geniş olduğu için gelişme ve yatırım amacı ile yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların da bu kavrama gireceği kabul edilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti, 1958 tarihli New York sözleşmesinin 1. m.si 3. b. inde yer alan "Her devlet, Sözleşme' nin uygulanmasını akdi ve akdi olmayan hukuki münasebetlerden doğan uyuşmazlıklar arasında kendi milli kanununa göre sadece ticari mahiyette sayılanlara ayıracağını beyan edebilir" ibaresinin verdiği bu imkandan istifade ile Sözleşme' yi yalnız akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden

kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıkların hakkında uygulayacağını beyan etmiştir. Bu durumda New York Sözleşmesi' nin uygulama alanında ticari tahkimi, iç hukukumuzda göre ticari nitelikteki akdi ve akit dışı hukuki münasebetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim manasında anlamak mecburiyeti vardır. Ancak bunun dışında ticari tahkimin, geniş manada "iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünü öngören tahkim" olarak anlaşılması niteliklerine daha uygun olur.

4.8.4. Tahkimin Yabancı Bir Unsuru İçerip İçermemesine Göre

Bu bakımdan tahkim üç kategoriye ayrılmaktadır: Yerli, yabancı ve uluslararası tahkim. Yerli tahkim bir yandan "yabancı", diğer yandan "uluslararası" tahkimin karşıtıdır.

4.8.4.1. Yerli (İç) Tahkim

"Yerli", "iç" veya "milli" tahkim farklı kriterlerden hareketle tanımlanmaktadır.

a) Bir fikre göre tahkimin yerli olup olmadığını tayinde, taraflar arasındaki asıl borç sözleşmesinin şahsi ve coğrafi unsurlarına bakmak gerekir.

Asıl sözleşme ile ilgili bütün bu unsurlar sadece bir tek ülke ile irtibat halinde bulunmakta ise, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümü için başvuru tahkim "yerli tahkim"dir.

b) Diğer bir fikre göre, herhangi bir devlet strüktürüne değil de, sadece tarafların iradelerine dayanan tahkim de, bütün diğer sözleşmeler esas itibarıyla tarafsız bir yapıya sahiptir ve nasıl bir "Fransız Sözleşmesi" nden bahsedilemiyorsa, "Fransız Tahkimi" nden de söz edilemez. Yargısal yönü ile tahkim, bir kamu organizasyonuna bağlı ve devlet adına adaleti sağlamak ile görevli mahkemelerce icra olunan adli faaliyete dahil değildir.

c) Başka bir görüş, sadece belli bir ülkenin hukukuna ve yargı yetkisine tabi olarak cereyan eden tahkimi " iç" veya "mahalli" tahkim olarak nitelendirmektedir. Burada tahkimin tabi kılındığı hukuk, özellikle usul hukuku, tayin edici bir rol oynar. Bunun yanında tahkimde yetkili kazai otorite de onun yerli veya yabancı sayılmasında önemli bir kriterdir.

d) Bundan başka tahkimin yerli ve yabancı sayılmasını tayinde onun cereyan edeceği mahal' den hareket eden görüşler vardır. Bu görüşlere göre bir devlet sınırları içinde yargı yetkisine, o devlet mahkemeleri sahiptir. Bir ülke sınırları içinde, o ülke mahkemelerince icra olunan kazai faaliyet, milli-dahili kazanın bir parçasıdır. Bunun gibi bir devlet ülkesi sınırları içinde gerçekleşen tahkim de özel bir kaza çeşiti olarak milli-dahili kazanın bir parçasıdır. Bir devlet mahkemesinin yabancı bir hukuku uygulaması nasıl kazayı milli olmaktan çıkarmıyorsa, bir ülke sınırları içinde cereyan eden bir tahkimde, hakem heyetinin yabancı bir hukuku uygulaması da, o tahkimi yerli olmaktan çıkarmaz.

Öte yandan belli bir devlet ülkesi sınırları içerisinde cereyan eden muhakebenin o devletin kazai denetlemesine tabi olması en tabi sonuçtur. Şu halde tahkimin cereyan ettiği yerin, onun milli-dahili sayılması sonucunu doğuran kriterlerden biri olarak kabul edilmesi mümkündür.

e) Tahkimin yerli veya yabancı olmasını, hakemlerin faaliyeti sonucunda verilen hakem kararlarının milliyeti ile ilişkili şekilde tayine teşebbüs edenler de vardır. Bunların hareket noktası, bir sözleşmenin tabi olduğu kanun hangisi ise, onun hüküm ve sonuçlarının da aynı kanuna göre tayin edileceği esası – tek kanun sistemi – dir. Bundan çıkan sonuç, tahkimin yerli veya yabancı olmasının, hakem kararının milliyetini tayin eden kriterlere göre belirlenmesidir. Sözgelisi Türk hukukunda hakem kararının milliyeti, tahkime uygulanacak usul hukuku kriterine göre belli oluyorsa, tahkimin yerli olup olmadığı dahi, aynı kriterden hareketle, tahkime uygulanacak usul hukukuna göre belli olacaktır.

f) Nihayet tahkimin yerli veya yabancı olarak ayrılmasında, sadece tahkim yoluyla halledilecek uyuşmazlığın doğduğu maddi hukuk ilişkisinin unsurlarının değil, aynı zamanda tahkim usulünün tabi kılındığı hukukun sadece bir ülke veya onun hukuk sistemi ile irtibat halinde olup olmaması da rol oynar. Bu kriterin uygulamasında tarafların ve hakemlerin milliyeti, ikametgahlarının veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer, sözleşmenin gerçekleşeceği mahal, tahkim mahali yanında uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ve tahkimde yetkili olan kazai otorite de gözönünde tutulacaktır.

4.8.4.2. Yabancı Tahkim

Belli bir ülke hukukuna göre i  – mahalli tahkim sayılmayan bir tahkim yabancı tahkimdir. Tahkim yolu ile halledilecek uyuşmazlığın doğduğu asıl borç ilişkisinin yabancı bir unsur içermesi veya tahkim prosedürünün yabancı bir hukuk sistemi ile ilgili olması halinde tahkimin yabancı bir tahkim olduğu söylenebilir.

Bir devletin iç hukukuna göre yerli sayılmayan bir tahkimin, ancak yabancı bir tahkim olarak nitelendirilmesi mümkündür. Zira o devlet hukukunun benimsediği kritere veya kanunlar ihtilafı kaidelerine göre tahkimin dayandırıldığı milliyet, başka bir hukuk sistemi için bağlayıcı değildir. S zgeleşi, Türk hukukunda benimsenen kanunlar ihtilafı kaidelerine göre Türk tahkimi sayılmayan bir tahkim, yabancı tahkimdir. Bu tahkimin Türk hukukundan hareketle Fransız tahkimi olarak tanımlanması, Fransız hukuku açısından bağlayıcı değildir. Zira tahkimin milliyetinin tayini söz konusu olan her hukuk sistemi, onu kendi kanunlar ihtilafı kaidelerinden hareketle nitelendirilecektir. şu halde yabancı tahkim, esas itibariyle yabancı bir hukuka veya yabancı bir ülkenin kazai yetkisine bağlı olarak cereyan eden bir tahkimdir.

Yabancı bir tahkimin milliyeti ise, belli bir ülkenin hukukuna göre, i  – mahalli tahkim sayılması ile belirlenir.

Diğer bir yandan bir sözleşmenin tabi olduğu kanun hangisi ise, onun hüküm ve sonuçlarının da aynı kanuna göre tayin edilmesi gerektiği esassından –tek kanun sistemi– hareketle tahkimin yabancı olup olmadığını, milletlerarası sözleşmelerde yer alan "yabancı hakem kararı" kavramından belirlemeye çalışan görüşler de vardır.

Tahkim ile üzülmesi için tahkim yoluna müracaatın kararlaştırılmış bulunduğu niza, uyuşmazlık, farklı unsurlardır. Tahkimin yabancı olup olmadığını tayin ederken, tahkim yolu ile halledilecek uyuşmazlığın değil, tahkimin kendi özellikleri ve unsurlarından hareket etmek gerekir. Asıl sözleşme ile tahkim anlaşması, konuları, fonksiyonları ve hukuki nitelikleri farklı olan sözleşmelerdir. Bir tahkimin yabancı tahkim karakteri taşıyıp taşımadığı ancak, tahkim prosedürünün yabancı bir ülke ile irtibat halinde bulunması veya yabancı bir hukuk sistemi ile ilgili olduğunu gösteren bazı unsurlar içermesi ile anlaşılır.

4.8.4.2. Uluslararası Tahkim

"Uluslararası tahkim", "yabancı tahkim" den çok daha fazla üzerinde durulan ve işlenmiş olan bir kavramdır.

"Yabancı tahkim" kavramı gibi, bu kavramı da çeşitli şekillerden hareketle halletmeye çalışan görüşler mevcuttur. Bunlar; tahkim yolu ile çözümü kararlaştırılan uyuşmazlığın doğduğu asıl sözleşmenin şahsi veya coğrafi unsurları, tahkim prosedürünün yabancı bir unsur taşıyıp taşıyamaması, yabancı bir hukukla irtibat halinde bulunup bulunması, yabancı bir ülkenin kazai yetkisine tabi olarak cereyan edip etmemesi veya tahkim anlaşmasının uygulanması sonucunda verilecek kararın milliyetidir.

1981 tarihli yeni Fransız Medeni Usul Kanunu ' nun 1492. m.sinde yer alan "uluslararası tahkim tarifi", bugün Fransa' da benimsenmiş olan görüşü temsil etmektedir: "Milletlerarası ticaretin menfaatleriyle ilgili bulunan tahkim uluslararasıdır". Bu tarifte tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlığın doğduğu asıl borç ilişkisinin niteliğinden hareket edilmiştir. Bu ilişki milletlerarası ticareti ilgilendiriyorsa, ondan doğan uyuşmazlığın çözümü için kararlaştırılan tahkim de uluslararasıdır. Milletlerarası ticaretin gelişmesi için bu sahada tahkim için konulmuş kaidelerden farklı, milli hukuk sistemlerinin dar çerçevesinden kurtulmuş, milletlerarası ticaretin yararlarını gözetken hükümlere ihtiyaç vardır. Bu açıdan uluslararası tahkim teorik görüşlerden çok pratik bazı ihtiyaçların karşılanması için oluşturulmuş bir kavramdır.

Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri' nde (*ICC Rules of Conciliation and Arbitration*) yer alan kavram tesbiti de, uluslararası tahkimin, organize tahkim ile ilgilenen milletlerarası kuruluşlar tarafından anlaşılış tarzına ışık tutacak niteliktedir:

Anılan hükümlerin 1. m.sinde, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı' nın çözümüne aracılık edeceği uyuşmazlıklar, "milletlerarası karakterdeki iş münasebetlerinden doğan uyuşmazlıklar" (*any business dispute of an international character*) olarak belirlenmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından 301 sayı ile yayınlanan "*International solution to international business disputes*" adlı dokümanda bu tarif;

"Uyuşmazlık milletlerarası olmalı ve bir iş ilişkisinden kaynaklanmalıdır. Tahkimin milletlerarası tabiatı, tarafların farklı milliyette bulunmalarının zorunlu olduğu manasında anlaşılabilir. Bununla beraber aynı devletin milliyetinde bulunan iki kişi

arasında farklı bir devlet ülkesinde icra edilecek bir iş için veya bir devletle yabancı bir şirketin şubesi arasında akit devletin ülkesinde iş görmek amacıyla yapılan bir sözleşme, konusu itibarıyla milli hudutlar dışına taşmış sayılır. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim' inden çok farklı karakterdeki uyuşmazlıkların çözümünde faydalanılabilir. Bu tahkim, kelimenin dar manasıyla iş münasebetlerinden doğan uyuşmazlıklara ayrılmış değildir. Gelişme ve yatırım amacı ile yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da bu tahkime konu olabilir."

denmek suretiyle biraz daha açıklığa kavuşturulmuştur.

Görülüyor ki, bütün bu kanunlar ve statülerde tahkimin milletlerarası karakterini belirlemede tahkim yolu ile halledilecek uyuşmazlığın niteliğinden hareket edilmekte ve eğer bu uyuşmazlık, milletlerarası karakter taşıyan ticari ilişkilerden, iş ilişkilerinden veya gelişme yahut yatırım amaçlı sözleşmelerden doğmuş ise, tahkimin uluslararası sayılacağı sonucuna varılmaktadır.

Uluslararası tahkimin bir çeşiti, daha doğrusu alt kavramı olarak "uluslararası ticari tahkim" den bahsedilmektedir. Uluslararası tahkimi, milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelmiş tahkim manasında anlamak, onu uluslararası ticari tahkime yönelik saymak demektir. Hiç şüphesiz uluslararası tahkimin çok büyük ve önemli bir kısmı, ticari tahkim karakterine sahiptir. Ancak, hiç değilse, teorik olarak ticari sayılmayan ilişkiler ve muamelelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde de uluslararası tahkimden faydalanmaya herhangi bir engel yoktur. [8, s. 366 - 375]

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bazı özelliklere sahiptir. Öncelikle, bu tür sözleşmelerin konusunu oluşturan işlerin mali değeri çok büyük olmakta, sözleşmenin uygulanması diğer sözleşmelere oranla çok uzun bir süreye yayılmakta ve bunlarla bağlantılı olarak inşaat sözleşmeleri son derece ayrıntılı ve karmaşık hazırlanarak, birçok teknik hüküm ve doküman içermektedir. Ayrıca, inşaat sözleşmesinin özellikle yüklenici tarafında birden fazla kişi bulunmakta ve bu kişilerin kendi aralarında oluşturdukları joint venture veya konsorsiyum sözleşmeleri de, uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınmaktadır. Yine, bu projelerin büyüklüğü ile ilgili olarak, birçok sözleşmede işveren tarafının devlet veya devlet kurumu olduğu görülmektedir. Bu da uyuşmazlığın çözümünde, çok taraflı tahkim gibi özel durumlara sebep olmaktadır. Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir başka özelliği de, uyuşmazlıkların sık olarak, sözleşmenin uygulaması devam ederken çıkmasıdır.

Yerli uyuşmazlıkların alışlagelmiş çözüm yolu devlet yargısı olup, tahkim yolu istisnai olarak kullanılan bir seçenek olmasına karşın, milletlerarası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda durum tam tersine dönmekte ve milletlerarası ticari tahkim, bu alandaki uyuşmazlıklarda mutaden tercih edilen çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun sebebi, uluslararası ticari tahkimin, diğer çözüm yollarına göre taraflara sunduğu avantajlardır.

Milletlerarası inşaat faaliyetleri 1970' li yıllardan itibaren önemli ölçüde artmış ve özellikle Ortadoğu ülkelerinde, "mega-proje" olarak nitelendirilen milletlerarası inşaat faaliyetleri icra edilmiştir. Milletlerarası inşaat sözleşmelerinde çok yaygın olarak tahkim yolu tercih edilmektedir. Böylece, tahkim kurumu içerisinde gelişen ve kendine özgü özellikleri olan uluslararası inşaat tahkimi ortaya çıkmaktadır. [24, s. 150 – 151]

Diğer bir yandan, daha önce de açıklandığı gibi, sadece milletlerarası ticari ilişkilerden değil, Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri' nde belirtildiği üzere, milletlerarası karakterdeki iş ilişkilerinden veya gelişme yahut yatırım amacı ile yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da uluslararası tahkimin konusunu oluşturabilir.

Bazı milletlerarası sözleşmelerde de uluslararası ticari tahkim, onların konusu ve amaçladığı gayeler açısından tarif edilmiştir. Sözgelimi, 21 Nisan 1961 tarihli Uluslararası Ticari Tahkim hakkında Avrupa Sözleşmesi ' nin 1. m.sinde, bu sözleşmenin sadece;

- Milletlerarası ticari ilişkilerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümü için yapılan tahkim anlaşmasına,
- Bu anlaşmanın yapıldığı sırada taraflarını teşkil eden gerçek veya tüzel kişilerin mutad meskenleri veya muamele merkezlerinin farklı akit devletlerde bulunması şartı ile,

uygulanacağı belirtilmiştir.

Görülüyor ki, bu Sözleşme' de uluslararası ticari tahkimin, tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlığın doğduğu asli hukuki ilişkinin özelliklerinden hareketle nitelendirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu ilişkinin milletlerarası bir ticari ilişki olması gerekir. Bu manada milletlerarası ticari ilişkiden, milletlerarası ticari satışlar, lisans almak veya vermek için yapılan sözleşmeler, yabancı ülkelerde baraj, köprü, elektrifikasyon, metro

inşası gibi önemli enfastrüktür işlerinin icrası için yapılan sözleşmeler, bir ülkeden diğer ülkeye mal, insan, hayvan taşıma işleri, hizmet transferi, müşterek ilmi ve teknik araştırma ve geliştirme sözleşmeleri, ticari mümessillik veya komisyon sözleşmeleri, neşir sözleşmeleri, film ve plak yapımı için yapılan sözleşmeler, naklen radyo ve televizyon yayınları için yapılan sözleşmeler vs. anlaşılmaktadır.

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu' nun 1985 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim hakkındaki Model kanununda (*Model Law on International Commercial Arbitration of United Commission for International Trade Law- UNCITRAL, 1985*) ise, "uluslararası tahkim" ;

a) Tahkim anlaşmasının intikadı sırasında tarafların ikametgahları farklı devletlerde bulunduğu veya

b) Aşağıdaki yerlerden biri, tarafların ikametgahlarının bulunduğu devletten başka bir yerde olduğu,

I. Tahkim anlaşmasında tayin edilmiş olan veya bu anlaşmaya göre tayin edilecek olan tahkim prosedürünün cereyan edeceği yer

II. Ticari ilişkiden doğan sorumlulukların önemli bir kısmının gerçekleştirilmesi gereken yer veya uyuşmazlığın konusunun en yakın irtibat halinde bulunduğu yer

Veyahut

c) Taraflar açıkça tahkim anlaşmasının konusunun birden fazla ülke ile münasebet halinde bulunmasını kararlaştırmış oldukları

takdirde, tahkimin milletlerarası bir karakter taşıyacağı hükme bağlanmak suretiyle tarif edilmiştir.

Model Kanun' da "uluslararası tahkim" in kapsamının mümkün olduğu kadar geniş tutulmasına gayret edilmiştir. Tahkimin uluslararası sayılabilmesi için en önemli kriterlerin belirtilmesinin yanında tarafların, tahkim konusunda birden ziyade ülke ile münasebet halinde bulunmasını kararlaştırmış olmaları gibi genel bir ifade kullanılması tercih olunmuştur.

Model kanun "*ticaret*"in, bir akde dayansın veya dayanmasın, ticari mahiyetteki her türlü münasebetten kaynaklanan hususları kapsayacak kadar geniş manada yorumlamasını öngörmektedir. Ticari münasebet ise, sadece bunlar için olmamak

üzere şu hukuki muameleleri içine alır: Emtia ve hizmet teslim ve temin ile mübadelesi işleri, factoring ve leasing, tesisler inşası, danışmanlık, mühendislik, lisans mukaveleleri, yatırım finansmanı, bankacılık işleri, sigortacılık, ham madde temini, imtiyaz mukaveleleri, iktisadi birleşme ve endüstriyel ve iktisadi işbirliğinin diğer şekillerini tesise yöneltilmiş anlaşmalar, havada, suda, karada ve denizde insan ve yük taşıma işleri.

Türk hukukunda katıldığımız iki milletlerarası sözleşme dışında, uluslararası tahkim veya uluslararası ticari tahkimle ilgili özel hükümler yoktur. Bu iki çeşite giren tahkim dahi, iradenin bağımsızlığı prensibine dayalı olarak taraflarca farklı hükümlere tabi kılınmadıkça genel olarak tahkim hakkındaki hükümlere bağlıdır. Bunun sonucunda iç hukukumuz bakımından bir tahkimin “ticari” veya “uluslararası” olup olmaması özel bir öneme sahip değildir. Ancak daha önce de temas edilen 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına dair New York Sözleşmesi’ nin 1. m.si 3 numaralı bendinin akit devletlere tanıdığı yetkiye dayanarak Türkiye Cumhuriyeti’ nin, Sözleşme’ yi onaylayan 3732 sayılı Kanun’ un 2. m.si ile onu “yalnız akdi ve akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını” bildirmiş olmasından, laakal bu Sözleşme’ nin uygulanmasında tahkimin, çözümünü öngördüğü uyuşmazlığın doğduğu hukuki münasebetin niteliğinden hareketle “ticari” olarak tanımlanacağı söylenebilir. [8, s. 375 - 378]

Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının Türkiye’ de Tenfizi

Türk Hukukunda tenfiz safhasına kadar ki uluslararası ticari tahkim alanını düzenleyen Uluslararası Tahkim Yasası, 4686 sayılı kanun ile 05.07.2001 tarihinde Resmi Gazete de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 2675 Sayılı Kanunun 43. ve 45. maddeleri ile ve gerekse Türkiye’ nin taraf olduğu New York Anlaşmasının hükümleri ile uluslararası ticari tahkim alanında uyulması gereken asgari adalet ilkeleri tespit edilmiştir. Kanunda ve Anlaşmada yer alan tenfiz şartları, bu asgari adalet ilkelerini temsil etmektedir. Bu ilkelere aykırı düşen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Söz konusu Kanun ve Anlaşmada yer alan ve esas itibarıyla sadece hakem kararlarının tenfizini düzenleyen şartlar, uluslararası ticari tahkim alanında uyulması zorunlu asgari ilkeleri temsil ettiğinden, dolaylı olarak uluslararası hakemliğin tenfizden önce gelen aşamasını da düzenlemektedir. Bu nedenle

hakemler veya tahkim mahkemeleri, ulusal ve uluslararası tenfiz rejimlerini dikkate alarak karar vermeleri gerekmektedir. [15, s. 249 - 250]

Uluslararası Tahkimin İki Önemli Kavramı: Tahkim Yerindeki Hukuk Düzeni ve Hakemlik Prosedürü

Çok zaman tahkim yeri hukuku için *lex loci arbitri* terimleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Oysa, “hakemliği cereyan ettiği mahal” hukuku (*lex loci arbitri*) ile “hakemlik prosedürü” (*lex arbitri*), farklı kavramlardır. Bunların, birbirleri ile karıştırılmaması bakımından ve farklı alanları düzenlediklerini belirtmek için ayrı terimlerle belirtilmesi yerinde olacaktır.

Lex arbitri, tahkim davasında uygulanacak usul kurallarını ifade eder ki, bu usul kuralları, taraflar veya hakemler tarafından, belirli bir devletin usul hukukuna atıfla veya hiçbir devletin usul hukukuna atıf yapılmaksızın, mesela bir müesseseseleşmiş tahkim kurallarına yollamada bulunularak veya bizzat hakemler tarafından tesbit ve tayin olunabilir. *Lex loci arbitri* ise tahkim davasının toprakları üzerinde görüldüğü devletin (tahkim yerinin) tahkime ilişkin usul kurallarını ifade eder. Uluslararası tahkimde, *lex loci arbitri*, tahkim yerinde yürürlükte olan, uluslararası tahkime uygulanan devletler hususi hukuku ve usul hukuku kurallarının bütünü; yani tahkim yerinde geçerli olan hukuk düzenin, bir diğer deyimle, hakem kararının hangi devlet kanununun otoritesi altında verildiğini belirler. Tahkim yerindeki mahkemelerin, hakem kararını iptal veya temyiz yoluyla denetlemeleri ve tahkim yargılamasına ne şekilde destek olacakları *lex loci arbitri* tarafından düzenlenir. [25, s. 198 - 199]

Türkiye'nin Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmelere Katılmasından Önceki Dönemde Ülkemizde Uluslararası Tahkim

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' muzda yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında bir hüküm mevcut değildir. Türkiye Cumhuriyeti 1923 Cenevre Protokolü ile 1927 Cenevre Sözleşmesi' ni de imzalamamıştır. Bu nedenle, uygulamada ortaya çıkan boşluk, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) 1982 yılında yürürlüğe girinceye kadar, Yargıtay içtihatları ile doldurulmuştur. Bu dönemi dört döneme ayırmak mümkündür:

I. Birinci Dönemde, 1949 yılına kadar Yargıtay, yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi yoluyla değil, milli hakem kararlarına mahsus hükümler dairesinde uygulanacağı görüşünü benimsemiştir.

II. İkinci Dönemde, alınan kararların ana fikri şu şekilde özetlenebilir:

- Yabancı bir kanun (tahkim yerinde uluslararası tahkime uygulanan devletler hususi hukuku ve/veya usul kanunu) otoritesi altında verilen bir hakem kararı "yabancı hakem kararı" dır.
- Yabancı hakem kararları Türkiye' de ancak yabancı ilamların icrasına mahsus hükümler uyarınca tenfiz edildikten sonra icra edilebilir hale gelir.

III. Üçüncü Dönemde, Yargıtay' ın 15. Hukuk Dairesi'nin 10 Mart 1976 tarihli (E.75/1617, K. 76/1052) kararında; esas itibarıyla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 7.11.1951 tarihli Kararı ile aynı doğrultuda, hakem kararlarının milliyetini tayinde toprak esası benimsenmiş ve bundan başka, MTO Tahkim Kuralları'nın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğu kabul edilmiştir.

IV. Dördüncü Dönemde, 1982 yılında yürürlüğe giren MÖHUK, 43-45. Maddeleri ile yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunu bir çok bakımlardan New York Sözleşmesi hükümlerini kaynak yaparak düzenlemiştir. Ne var ki, MÖHUK' un 44. Maddesinin son fıkrasında 38. Madde (a) bendine (karşılıklılık şartı) de atıf yapılarak, yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine çok yaklaştırılmıştır. Bu dönemde, yani New York ve Cenevre Sözleşmelerinin yürürlüğe girmesine kadar, Türk İlmi ve kazai içtihatlarının, milletlerarası tahkimi bir özel hukuk müessesesi olmaktan ziyade, usul hukuku alanına giren bir müessese olarak (kazailik teorisi), değerlendirdiği sonucuna varılabilir. [25, s. 185 - 187]

New York ve Cenevre Sözleşmeleri' nin Kabulünden Sonraki Dönemde Ülkemizde Uluslararası Tahkim

1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi 3731 sayılı Onay Kanunu ile, Milletlerarası Ticari Hakemlik konusunda 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de yapılan Avrupa Sözleşmesi ise, 3730 sayılı Onay Kanunu ile, ancak 1991 yılında yürürlüğe girmiştir. [25, s. 187]

▪ New York Sözleşmesi

Günümüzde BM tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Anlaşmasına yüzden fazla taraf devlet taraftır. Anlaşmaya göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları, diğerlerinde tenfiz edilebilmektedir. New York Anlaşması bu niteliği ile uluslararası bir tahkim hukuku

yaratmıştır. Bu hukuk, tüm dünya hukukçuları ve uluslararası ticaret uygulayıcıları tarafından bilinmektedir. Bu, tacirlere ve hukukçulara uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm metodu ve bu metodun kullanılması ile karşılaşılabilecek sonuçlar konusunda önemli bir hukuk güvenliği sağlamaktadır. [15, s. 238 - 239]

New York Sözleşmesi'nin kabulü ile

a) Hakem kararlarının milliyetinin tahkim yerinin bulunduğu ülke olduğu (toprak esası) (madde I/1)

b) Akit devletlerden her birinin New York Sözleşmesi' ne göre yabancı sayılan hakem kararının geçerliliğinin tanınması ve böyle bir hakem kararının tenfizinin öne sürüldüğü memlekette yürürlükte olan usul kaidelerine uygun olarak, New York Sözleşmesi' nde yazılı şartlar dairesinde tenfizine hüküm verilmesi mecburiyeti (madde III)

İlkeleri Türkiye Cumhuriyeti tarafından benimsenmiştir.

New York Sözleşmesi bir taraftan yabancı hakem kararlarının tenfizini yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden tamamen ayırmış, bağımsız hale getirmiş; diğer taraftan, yabancı hakem kararlarının tenfizi alanında, uluslararası tahkimi Sözleşme Teorisi' ne yaklaştırmıştır. [25, s. 187 - 188]

▪ **Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi**

Cenevre Sözleşmesi, milletlerarası ticari işlemlerden doğan ve muamele merkezleri değişik ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için hakemlik müessesesine müracaat edildiği taktirde, tahkimin örgütlenme ve işlemlerini düzenleyen hakemlik anlaşmaları, hakemlik prosedürü ve uygulanacak maddi hukuk hakkında hükümler içermektedir. Cenevre Sözleşmesi New York Sözleşmesini tamamlayan bir yardımcı kaynak niteliğindedir. [25, s. 187 - 188]

Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi on maddeden oluşmaktadır. Bunlar:

- Madde 1. Sözleşmenin Uygulama Alanı
- Madde 2. Kamu Hukuku Tüzel Kişilerin Tahkim Ehliyeti
- Madde 3. Yabancıların Hakem Olabilmeleri
- Madde 4. Hakem Yargılamasının Teşkilî
- Madde 5. Hakem Mahkemesinin Görevsizliği İtirazı
- Madde 6. Devlet Mahkemelerinin Görevleri

- Madde 7. Uygulanacak Hukuk
Madde 8. Hakem Kararının Gerekçesi
Madde 9. Hakem Kararının Kaldırılması
Madde 10. Son Hükümler [26, s. 16]

▪ **UNCITRAL Kanun Örneği**

Uluslararası Ticari Tahkime ilişkin UNCITRAL Kanun Örneği, New York ve Cenevre Sözleşmeleri'nden farklı olarak, bir milletlerarası antlaşma değildir. İsminden de anlaşılacağı üzere, UNCITRAL Kanun Örneği' nin amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği' ni kendi resmi dillerine tercüme etmek suretiyle bir bütün olarak uygulayacakları gibi, kendi hazırlayacakları bir kanun tasarısında, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler.

Milli usul kanunları, genellikle, tahkimin yargısal niteliğini ön plana çıkarıp akdi yönüne ikinci derecede önem vermektedirler. Milletlerarası ticari ilişkilerde aralarındaki uyuşmazlığı milli usul hukuku mevzuatından bağımsız bir tahkim usulü ile çözmeyi amaçlayan taraflar, tahkim yerinde uygulanan usul hukuku mevzuatının uluslararası tahkimle ilgili özel hükümler içermemesi halinde, sözleşmedeki amaçlarına ters düşecek bir şekilde, iç hukuka uygulanmak üzere ön görülmüş sınırlayıcı usul kuralları ile karşılaşmaktadırlar. İşte UNCITRAL Kanun Örneği' nin temel amacı, bir uluslararası tahkim sözleşmesini yapan tarafların, tahkim sözleşmesine dayanılarak çözümlenecek uyuşmazlığın doğduğu özel hukuk ilişkisi ile ilgili adil ve haklı beklentilerinin, tahkim toprakları üzerinde yürütüldüğü devletin usul hükümleri (*lex loci arbitri*) dolayısıyla, boşa çıkmasına engel olmaktan ibarettir.

UNCITRAL Kanun Örneği' nin en geniş şekilde tanımış olduğu sözleşme özgürlüğü, taraflara, tahkim usulü ile ilgili bir çok kuralın belirlenmesini hakemlerin takdirine bırakma olanağını da vermektedir. Böylece uluslararası ticari tahkimin gerektirdiği esneklik ve çabukluğun sağlanması arzulanmaktadır.

UNCITRAL Kanun Örneği, bir yandan uluslararası tahkimin akdi niteliğini tanıırken, diğer yandan, tahkim sözleşmesinde yer alan boşlukları doldurmak (tarafların üzerinde anlaşma yapmamış oldukları usul kurallarını belirlemek) üzere, yedek hukuk kurallarını da koymaktadır. Bundan başka, UNCITRAL Kanun Örneği' nde, delillerin toplanması ve ihtiyari tedbirler gibi konularda mahkemelerin tahkime

müdahalesi ve uluslararası ticari hakem kararlarına karşı mahkemeye müracaat yolları ile bu tür hakem kararlarının tenfizi düzenlenmektedir.

UNCITRAL Kanun Örneği' nin bu hükümleri, çeşitli devletlerin uluslararası tahkim mevzuatını birbirine yakınlaştırarak, milletlerarası ticari ilişkilerde, tahkim sözleşmesini yapan tarafların, yaptıkları sözleşmenin tabi olacağı hukuku önceden bilmelerine olanak sağlamaktadır. Bu niteliği ile UNCITRAL Kanun Örneği, hukukun dünya çapında uyumlaştırılması için yapılan çalışmaların en başarılı (en yaygın uygulama alanı bulan) örneklerinden birini vermektedir. [25, s. 201 - 210]

4.8.5. Tahkim Anlaşmasının İki veya Daha Ziyade Tarafın Mevcut Olmasına Göre

Bu bakımdan tahkim iki taraflı ve çok taraflı tahkim olarak iki kısma ayrılmaktadır:

4.8.5.1. İki Taraflı Tahkim

Tahkim anlaşmasının, giriştikleri bir hukuki ilişkiden doğan ve doğacak olan uyuşmazlığın çözümü amacı ile hukuki ilişkinin iki tarafını teşkil eden kimseler arasında yapılması normal hali teşkil eder.

Gerek milli, gerekse milletlerarası hukukta tahkim prosedürü ile ilgili hükümler, kaideyi teşkil eden iki taraflı tahkim göz önünde bulundurularak sevk edilmiştir.

4.8.5.2. Çok Taraflı Tahkim

Son yıllarda büyük inşaat işleri, bayındırlık işleri ve sanayi tesisleri yapımı alanlarında geniş kapsamlı milletlerarası projelerin sayısında önemli bir artış olduğu gözlemlenmektedir. Bu projelerin gerçekleştirilebilmesi, alışılmış belli sayıda kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüslerin katılımını ve aynı zamanda veya birbirini takiben birçok sözleşmenin yapılmasını gerektirmektedir. Bu çeşit projelerden doğan bir uyuşmazlığın uluslararası ticari tahkim yolu ile çözümüne gidildikçe, tarafların çok kere, bunların hepsinin aynı ve tek bir usule uygun olarak bir hakem heyeti tarafından çözümünü istemekte oldukları görülmektedir. Uluslararası tahkim müesseselerine, özellikle bir baraj inşaatını yüklenen bir joint venture' ın veya konsorsiyum' un ortaklarının, aynı bir sözleşmenin bir tarafını teşkil etmelerinde yahut anahtar teslimi şeklinde üstlenilen bir inşaat işinde ana yüklenicinin pek çok alt yüklenicilerle sözleşmeler yapmasında olduğu gibi, projenin gerçekleşmesine

katkıda bulunan bütün ilgililer arasındaki uyuşmazlığın tek bir tahkim ile çözümü yolundaki başvurular gittikçe artmaktadır.

Bu şekilde, aynı bir projenin gerçekleştirilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, tek bir tahkim ile çözümlenmesinin önemli bazı yararları vardır: Önce bu şekilde birbiri ile irtibat halinde bulunan uyuşmazlıkların farklı hakem heyetleri veya devlet mahkemelerinde görülmesi sonucunda çelişik kararların verilmesi tehlikesinin önüne geçilmiş olur. Böylelikle, uyuşmazlıkların çözümü için gerekli bütün delillerin aynı bir heyete sunulması ve orada değerlendirilmesi, iddia ve savunmaların her davada tekrarlanmasına gerek olmamasının, davanın ihbarına ve davaya müdahaleye lüzum kalmamasının, dava ekonomisi ile davaların kısa sürede çözümü bakımından taşıdığı önem inkar edilemez. Nihayet aynı bir projeden doğabilecek bütün uyuşmazlıkların aynı hakem heyeti huzurunda açılacak tek bir davada çözümü, her davanın farklı bir hakem heyeti huzurunda açılarak çözülmesinden hissedilir derecede daha az masraflı olacaktır.

Diğer yandan zaten özel ve sınırlı bir kaza yetkisine sahip olan hakemlerin bu yetkilerini tahkim anlaşmasını bizzat imzalamamış ve onları seçmemiş olan kimseler arasındaki uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde genişletmeleri, bazı tereddüt ve itirazların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Buna karşı iki şartın gerçekleşmesi ile bu güçlüklerin aşılabileceği ileri sürülmüştür: Bunlardan ilki bütün ilgilileri, daha doğrusu tahkimin taraflarını teşkil edecek herkesin, çıkacak uyuşmazlıkların aynı hakemler tarafından çözümü konusunda anlaşmış olmalarıdır. Bunun için ise, tarafların çokluğunu göz önüne alan bir tahkim anlaşmasının yapılması, tahkime konu teşkil edecek uyuşmazlıkların buna göre tayin ve tesbit edilmesi ve tahkim anlaşmasını imzalayan herkesin hakem tayinine katılımını sağlayacak bir yöntemin belirlenmesi gerekir.

İkinci şart ise, hakemlerde, uyuşmazlığın çözümünde taraflardan her biri açısından usulü muhakemenin asli şartlarına uyulmuş olmasıdır. Taraflardan her birine iddia ve müdafalarını ileri sürmek, delillerini sunmak, karşı tarafın delillerine cevap vermek fırsatının tanınması, taraflara eşit muamele edilmesi prensibine uyulması bunlardan başlıcalarıdır. Aksi takdirde çok taraflı bir tahkimin sonucunda verilen kararın devlet mahkemeleri tarafından tanınması ve icrası söz konusu olamaz. [8, s. 378 - 379]

Belgeler

New York Sözleşmesi :Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990 , s. 116

Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi :Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 98

Uncitral Kanun Örneği :Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum – Bildiriler - Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997, s. 224



BÖLÜM V: UYUŞMAZLIĞIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜLDÜĞÜ BİR İNŞAAT PROJESİ (Case Study)

Milletlerarası inşaat sözleşmeleri, ülkemiz açısından çift taraflı öneme sahiptir. Türkiye, özellikle enerji ve ulaşım gibi sektörlerle birçok uluslararası projeye evsahipliği yapmış ve iş sahibi sıfatıyla birçok yabancı yüklenici ve finansman kurumuyla milletlerarası ticari ilişki kurmuştur. Bunun yanısıra, Türk yüklenici firmaları 1980' li yıllardan itibaren yurtdışında birçok ihale kazanarak milletlerarası inşaat işleri üstlenmişlerdir ve buna bağlı olarak milletlerarası inşaat sözleşmelerine taraf olmuşlardır.

“Case study” olarak ele alınan proje İzmir Çevreyolu ve İzmir – Aydın Otoyolu inşasıdır ve proje uluslararası niteliktedir. Bu milletlerarası inşaat sözleşmesinin tarafları, iş sahibi konumunda Karayolları Genel Müdürlüğü, yüklenici konumunda ise bir Türk firması olan Kutlutaş İnşaat ve Ticaret Sanayi Ltd. Ş.ti ile bir Amerikan firması olan Dillingham Construction International Inc. arasında kurulan Joint Venture' dır.

Bu projenin “Case Study” olarak incelenmesinin nedeni uluslararası nitelikte bir proje olması ve yüklenici konumunda bulunan iki firma arasında çıkan uyuşmazlığın uluslararası tahkime başvurularak çözülmesidir.

Bu bölümde, “Case Study” nin konusu ile ilgili olarak ulaşılabilen kaynaklar ve tezin amacı doğrultusunda proje hakkında genel bilgiye ve tahkim mahkemesi tarafından verilen hakem kararına yer verilmiştir.

5.1. Proje

Proje : İzmir Çevre Yolu ve 149 km.lik Üç Şeritli
Aydın Otoyolu

İş Sahibi : Karayolları Genel Müdürlüğü (KGM)

Yüklenici : Kutlutaş – Dillingham Joint Venture (KDJV)

Kontrollük Firması : Erer – Mayreder - Geoconsult (EMG)

Dizayn Firması : DeLeuw Cather (DCK)

Yüklenicinin Finansman Danışmanı : Chase Manhattan Bank

Sözleşmenin İmza Tarihi : 16 Aralık 1987

Projenin İlk Bedeli :296 Milyon Dolar

Ekipman Maliye :75 Milyon Dolar

Proje Elde Etme Modeli : Finanse et – Dizayn et – Yap
(Finance – Design – Build)

▪ Projenin Geçmişi

1984 yılında Türkiye' de Başbakan Turgut Özal ana karayollarını geliştirme amacına yönelik bir program oluşturdu. Bu program çok sayıda projeyi kapsıyordu. Öncelikli hedef, uluslararası standartlara sahip modern otoyollarla İstanbul' u Başkent Ankara ile bağlamaktı. İkinci hedef ise Ankara ve İzmir çevresinde çevre yollar oluşturmaktı. Otoyolların geçiş ücretli yollar olması planlanmıştı. Çevre yolları ise tıkanan yoğun trafiği hafifletmek amaçlı ve ücretsiz yollar olarak düşünülmüştü.

Türkiye Karayolları Genel Müdürlüğü 1984 yılı sonunda Kınalı–Sakarya Otoyolunun ve İkinci Boğaz Köprüsünün inşası için ihale evrakı hazırlarak yerli ve yabancı yüklenicileri 1985 yılında teklif vermeye davet etmiştir. İhale şartlarından biri, teklif verenlerin, toplam inşaat masraflarına tekabül eden yüzdeyüz dış kredi sağlamalarıydı.

1985 yılı ortalarında KGM, dış kredi temin etmiş olup da Kınalı–Sakarya Otoyol ihalesini kazanamayan teklif sahiplerinin, Kınalı–Sakarya Otoyoluna uygulanacak

birim fiyatlar da dahil aynı şartları kabul etmeleri koşuluyla Türkiye' de başka yollar inşa edebileceklerine karar verdi. [27, s. 199 - 200]

▪ **Yükleniciler Arasındaki İşbirliği: Joint Venture**

1986 yılında Dillingham, Türkiye' de Amerika Birleşik Devletleri için ufak bir proje yapmıştı. Bu projeyi uygularken bir Türk firması olan Kutlutaş İnşaat ve Ticaret Sanayi Ltd. Ş.ti ile bir iş ilişkisi kurulmuştu. Bu ilişki, Kutlutaş' ın Dillingham' a İzmir - Aydın Otoyol projesini gerçekleştirmek için JV kurma teklifi ile gitmesini sağladı. Yapılan teklifte projenin finansmanını sağlamanın Dillingham' ın sorumluluğunda olduğu kesin olarak ifade edildi. Dillingham, Kutlutaş' ın verdiği bilgilere dayanarak projenin iş sahibi tarafından tesbit edilen birim fiyatları ile finansal açıdan yapılabilirliğini anlamak üzere proje için iş/maliyet tahmini hazırladı ve proje için gerekli olan finansmanı sağlayabileceğini teyid için gerekli araştırmalara başladı. Finansal bakış açısıyla da projenin maliyetinin makul olduğu kanıtlandıktan sonra, Dillingham Kutlutaş ile JV kurmaya karar verdi. İş sahibinin Dillingham' ı onaylamasından sonra Kutlutaş ve Dillingham 27 Temmuz 1987 tarihinde bir Ortak Teşebbüs Anlaşması imzalayarak Kutlutaş – Dillingham Ortak Teşebbüsünü (KDJV) kurdular.

Ortak Teşebbüs Anlaşmasına göre tarafların her birinin KDJV içindeki payı %50 idi. KDJV' ye lider tayin edilen Kutlutaş, iş sahibi ve üçüncü taraflar; bu bağlamda Türk Maliyesi nezdinde Ortak Teşebbüsü temsil edecekti. Ortak Teşebbüs Anlaşması ve Taraflar arasındaki ilişkiler İsviçre Yasalarına tabi olup, bu yasalara göre yorumlanacaktı. [27, s.200 - 204]

▪ **Proje Elde Etme Modeli**

Bu proje "Finanse et – Dizayn et – Yap" proje elde etme modeli ile yapılmıştır. Bu model, ihtiyaçları olan projeleri finanse etme zorluğu taşıyan gelişmekte olan ülkelerde sıkça kullanılmaktadır.

Bu proje ihaleye çıkarıldığında en önemli şart, yüklenici firmanın projenin finansmanını yüzde yüz karşılamalarıydı. Finansmanı sağlamak konusunda tercih edilen seçenek dış kredi kullanmaktı.

Projenin dizayn firması DeLeuw Cather ve Türk bir firmanın oluşturduğu joint venture idi. Projeye başlarken KDJV, KGM tarafından geliştirilmiş, projenin kapsamı hakkında fikir veren ve sözleşmeye temel teşkil eden çizimlere sahipti. Hem KDJV

hem de DCK, sözleşmelerinde yazılı bulunan dizayn işlerinin kapsamına hakim olduklarını düşünmüşlerdi fakat dizayn süreci için çok daha kapsamlı bilgiye sahip olmaları gerektiğini ortaya çıkan problemlerden sonra anladılar. Bu tip sözleşmelerde, tüm tarafların dizayn mühendisinden ne beklendiğine bütünüyle hakim olması gerekir. Bu projede dizayn maliyeti sözleşmede bulunan miktarın yaklaşık iki katına çıkmıştı. [27, s.200 - 204]

▪ **Projenin Finansmanı**

Finansman bulmak için araştırmada ilk adım bir finans danışmanı bulmak oldu. Dillingham' ın finans işlerinden sorumlu direktörü birçok uluslararası banka ile görüşerek sonunda Chase Manhattan Bank' i KDJV' nin danışmanı seçti. Projenin toplam bedeli Karayolları Genel Müdürlüğü'nün belirlediği birimlere göre yaklaşık olarak 296 milyon dolar idi. Finansmanı sağlamak konusunda en çok tercih edilen seçenek dış kredi kullanmaktı. Gereken dış krediyi sağlamak için yurtdışından alınacak ekipman ve malzeme listelerini hazırlamak gerekiyordu. İnşaat ekipmanları, Amerikalı dizayn firmasının servisi ve Dillingham' ın Amerika' dan getireceği personelin maliyetleri için Amerika Birleşik Devletleri' nden ve Japonya' dan temin edilmesi gereken dış kredinin miktarı tahminen 125 milyon dolar olarak belirlendi. Bunlar temel alınarak, Chase, dış kredileri ve ticari kredileri sağlamaya yönelik bir teklif oluşturmayı başardı. Bu teklif Devlete sunuldu. İştirakçi bankalar tarafından verilen ticari krediler, alınan dış kredilere eşit miktarda sağlanmıştı. Devlet ile birkaç ay süren görüşmelerden sonra KDJV finansmanı ayarlama konusunda yetkiyi aldı. Belirlenen büyük ekipman tedarikçilerin yardımıyla, kredinin 100 milyon dolarlık kısmı U.S EXIM kredisi ile 25 milyon dolarlık kısmı ise Japon dış kredisi ile sağlandı. Geri kalan kısım ise ticari krediydi. [27, s.200 - 204]

▪ **Projede Yapılan Değişiklikler**

KGM, dizayn süreci başlama aşamasındayken projenin kapsamını değiştirdi. Projenin belirlenen ilk maliyeti 296 milyon dolardan 790 milyon dolara yükseldi. [27, s.200 - 204]

▪ **Uyumsuzlukların Çözümü**

Kutlutaş, 13 Kasım 1987 tarihinde İş Sahibi ile sözleşme imzalanmadan önce Türkiye Cumhuriyeti Devlet Planlama Teşkilatına İhracatı Teşvik Belgesi (EIC) başvurusunda bulunmuş ve İhracatı Teşvik Belgesini almıştır.

Bu İhracatı Teşvik Belgesine göre Kutlutaş' a bir anlaşmanın imzalanmasından, akredidif veya garanti mektubu ihracından alınan damga resiminden, banka komisyon vergisinden ve kaynak kullanımı destekleme fonuna katkıdan muafiyet tanındı. Kutlutaş' ın müracaatı üzerine 23 Eylül 1988' de yeni bir ihracatı teşvik belgesi verildi. Birinci belgeye ek olarak verilen ikinci Teşvik Belgesine göre Kutlutaş ayrıca malzeme ve yedek parça ithalatında gümrük resmi ödemekten de muaf tutuldu.

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık iki EIC' den elde edilen hakların kullanılması ile ilgilidir.

Taraflardan Dillingham EIC' den elde edilen hakların kullanımı ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesine başvurmuştur.

▪ **Tahkim Mahkemesi**

Bu projedeki uyuşmazlığın çözümü için başvuru Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*) 1923 yılında Paris' de kurulmuştur. MTO, tahkim üzerine uluslararası kuralların geliştirilmesinde (örneğin New York Sözleşmesi) önemli rol oynamıştır ve uluslararası ticari tahkim konusunda dünya çapında önde gelen organizasyonlardan biridir.

MTO Tahkimleri, farklı her dava için kurulan tahkim mahkemeleri tarafından yürütülürler. Eğer taraflar tahkim mahkemesini yürütecek tek bir hakem olması konusunda anlaşmışlar ve uygun kişiyi aday göstermek istiyorlarsa, MTO Tahkim Mahkemesine başvurarak bu seçimin onaylanmasını talep ederler aksi takdirde hakem seçimi MTO tarafından yapılır. Eğer taraflar üç tane hakemin olmasına karar vermişlerse, her bir taraf Tahkim Mahkemesinin onayı için bir isim belirler, üçüncü hakem ise direkt olarak mahkeme tarafından atanır. Taraflar arasında hakemlerin sayısı ile ilgili bir anlaşma yok ise MTO bir veya üç tane olmasına karar verir, bu karar da uyuşmazlığın büyüklüğüne ve kendine özgü koşullarına bağlıdır.

MTO Kurallarının son versiyonu 1 Ocak 1998 yılında geçerlilik kazanmıştır. Bu kurallar, uluslararası ticari tahkimin idaresi için sonuç veren modern kurallar özelliği gösterirken aynı zamanda taraflara ve tahkim mahkemesine hatırı sayılır ölçüde özgürlük tanımaktadır. [28, s. 50 - 51]

5.2. Hakem Kararı

Milletlerarası Ticaret Odası 8528/CK No. lu Tahkim Dosyası

Bir tarafta

Dillingham Construction International, Inc.

5960 Inlewood Drive

P O Box 1089

Pleasanton, CA 94566-4071

A..B.D

(DAVACI)

Ve Kanuni Temsilcileri

Robert M. Fitzgerald ve Jean V. Miller, Esqs.

WATT, TIEDER AND HOFFAR

7929 Westpark Drive, Suite 400

Mc Lean, Virginia 22102

Ve

David A. Lawson, Esq.

MEGEVAND, GROSSEAN AND KEVAZ

1, Rue Etienne-Dumont

CH-1211 Geneva

İsviçre

Ve

Av. Orhan Azizoğlu

Hukuk Bürosu

Valikonağı Cad. 33/6, Harbiye 80200

TR-İstanbul

Türkiye

Ve

Diğer tarafta

Davalı olarak

Kutlutaş İnşaat ve Ticaret Sanayi Limited Şirketi

Atatürk Bulvanı No: 193/2-3 Kavaklıdere

TR-Ankara

Türkiye

(DAVALI)

Ve Kanuni Temsilcileri

Bernard Haissly and Christian Girod, Esqs.

SHELLENBERG AND HAISLY

4 Place Neuve

CH- 1211 Geneva 11

İsviçre

Ve

Rıza Akter, Esq.

Fener, Kalamış Cad. No: 88

Daire 13

Kadıköy, İstanbul

Türkiye

Arasındadır.

HADİSELER

Özet

1. Türkiye Karayolları Genel Müdürlüğü 1984 sonunda, Kınalı-Sakarya Otoyolunun ve İkinci Boğaz Köprüsünün inşası için ihale evrakı hazırlayarak yerli ve yabancı müteahhitleri 1985' de teklif vermeye davet etmiştir. İhale şartlarından biri, teklif verenlerin, toplam inşaat masraflarına tekabül eden yüzdeyüz dış kredi sağlamaları idi. Davalı ("Kutlutaş") uluslararası bir ortak teşebbüsün ortağı olarak bu ihaleye katıldı. Ayrıca, her biri öngörülen dış finansmanı sağlayabilen dört başka Ortak Teşebbüs de ihaleye girdiler. Ancak, Kutlutaş' ın katıldığı ortak teşebbüs ihaleyi kazanamadı.

1985 ortalarında Türkiye Karayolları Genel Müdürlüğü, dış kredi temin etmiş olup da Kınalı-Sakarya Otoyol ihalesini kazanamayan teklif sahiplerinin, Kınalı-Sakarya Otoyoluna uygulanacak birim fiyatları da dahil aynı şartlarını kabul etmeleri koşuluyla Türkiye' de başka otoyollar inşa edebileceklerine karar verdi.

2. Türkiye Karayolları Genel Müdürlüğü' nün bu koşulunu kabul eden Kutlutaş, Eylül 1985' de İzmir Çevre Yolu ve 149 km.lik üç şeritli Aydın Otoyolu ("Proje") için bir teklif verdi. Müzakereler sonucunda Kutlutaş 296 milyon dolarlık bir taahhüt bedelini kabul etti.

22 Kasım 1985' de (Davacının dosyası ("CB") 001/ Davalının dosyası ("DB") 008) Türkiye Karayolları Genel Müdürlüğü' nün ("İş Sahibi") onayladığı Kutlutaş ile Anlaşmaya göre, Projenin toplam maliyeti, mutabık kalınan birim fiyatları esasına göre takriben 300 Milyon dolar olması kabul edildi ve yeterli finansmanın temini ve kabul edilmesi koşuluyla sözü edilen Otoyolun inşası için Genel Müdürlük ile Kutlutaş arasında bir mukavele aktedilebileceği konusu Genel Müdürlük tarafından Kutlutaş' a bildirildi.

3. Müteakiben Kutlutaş Proje için, aynı zamanda gerekli finansmanı da temin edebilecek yabancı ortaklar aramaya başladı. İhalede İş Sahibi tarafından kabul edilmeyen tadilat yapılmasını talep eden diğer müteahhitlerle bir ön anlaşmadan sonra Kutlutaş 1986 sonunda Davacı ("Dillingham") ile temasa geçti. Kutlutaş daha önce 1985-1986 yıllarında Türkiye'de ABD Dış İşleri Bakanlığı İnşaat Rehabilitasyon projelerinde taşeron olarak Dillingham ile işbirliği yapmıştı.

Kutlutaş' ın verdiği bilgilere dayanarak Dillingham Projenin İş Sahibi tarafından tesbit edilen birim fiyatları ile finansal açıdan yapılabilirliğini anlamak üzere Proje için bir iş/maliyet tahmini hazırladı ve Proje için gerekli olan finansmanı sağlayabileceğini teyid için gerekli araştırmalara başladı.

4. İş Sahibinin Dillingham'ı onaylamasından ve taraflar arasında yapılan müzakerelerden sonra Kutlutaş ve Dillingham 27 Temmuz 1987' de bir Ortak Teşebbüs Sözleşmesi imzalayarak Kutlutaş-Dillingham Ortak Teşebbüsünü ("KDJV") kurdular.

KDJV' nin kurulmasından maksat, Proje mukavelesinin müzakeresi ve icrası idi.

Ortak Teşebbüs Anlaşmasına göre tarafların her birinin KDJV içindeki payı %50 idi. KDJV' ye Lider tayin edilen Kutlutaş, İş Sahibi ve üçüncü taraflar, bu meyanda Türk Maliyesi nezdinde Ortak Teşebbüsü temsil edecekti. Ortak Teşebbüs Anlaşması ve Taraflar arasındaki ilişkiler İsviçre yasalarına tabi olup bu yasalara göre yorumlanacaktı.

5. Projenin maliyet tahmini hakkındaki görüşmeler ve finansman temini çabaları KDJV Anlaşmasının imzalanmasından sonra da devam etti.

Sonuçta taraflar Eylül 1987' de maliyet tahmini üzerinde bir anlaşmaya vardılar. Bu tahmin, vergileri ve Proje Mukavelesine göre İş Sahibinin geri ödeyeceği kalıcı tesislerde kullanılacak teçhizat ve malzeme dışında kalanlar için ödenecek gümrük vergilerini de kapsamaktaydı.

Mukavele bedelinin tamamının finansmanı döviz olarak temin edildikten sonra KDJV, Projenin icrası için İş Sahibi ile 16 Aralık 1987 tarihli mukaveleyi ("Mukavele") imzaladı. Mukavele bedelinin tamamının finansmanı döviz olarak temin edildikten sonra KDJV, Projenin icrası için İş Sahibi ile 16 Aralık 1987 tarihli mukaveleyi ("Mukavele") imzaladı.

6. Daha Mukavelenin İş Sahibi ile imzalanmasından önce, Kutlutaş Türkiye Hükümeti Devlet Planlama Teşkilatına İhracatı Teşvik Belgesi müracaatında bulunmuş ve 13 Kasım 1987' de İhracatı Teşvik Belgesini almıştı. Bu İhracatı Teşvik Belgesine göre (Belge No. 87/YIS-166-db 009-012) Kutlutaş' a normal olarak bir anlaşmanın imzalanmasından (özellikle de kredi ve taahhüt anlaşmaları dahil) ve akreditif veya garanti mektubu ihracından alınan damga resminden muafiyet tanındı. Ayrıca, banka komisyonu vergisinden ve kaynak kullanımını destekleme fonuna katkıdan da muaf tutuldu. Kutlutaş' ın müracaatı üzerine 23 Eylül 1988' de yeni bir

İhracatı Teşvik Belgesi verildi. Yukarıda sözü edilen ilk İhracatı Teşvik Belgesine ek olarak verilen bu ikinci teşvik belgesine göre (Belge No:88/1-1926-DB 013-016) Kutlutaş ayrıca malzeme ve yedek parça ithalatında gümrük resmi ödemekten de muaf tutuldu.

Kutlutaş Türkiye Devlet Planlama Teşkilatına müracaat ederek 28 Haziran 1988' de bir de Yatırım Teşvik Belgesi ("IIC") aldı (DB 017-024).

Bu belgeyle Kutlutaş' a, makine ve teçhizat ithalatından normal olarak alınan gümrük vergilerinden muafiyet ile yetkili vergi dairelerine bir garanti mektubu tevdi ederek KDV ödenmesinin ertelenmesini sağlama hakkı ve ithalat kurumlar vergisi indirimi (yatırım indirimi) tanındı.

7. IIC' nin sağladığı çıkarlar konusunda bir ihtilaf bulunmamakla beraber, taraflar arasındaki anlaşmazlık, iki EIC' den elde edilen hakların kullanılması ile ilgilidir.

Eylül 1993' de Kutlutaş KDJV' den, EIC' nin Projeye uygulanmasında elde edilen vergi tasarrufunun tam değerine eşit bir miktarın ödenmesi talebinde bulundu. Kutlutaş, EIC' den yararlananın ismen kendisi olduğunu ileri sürerek, bununla sağlanan haklardan yalnız kendisinin yararlanacağını söyledi, halbuki Dillingham' a göre yararlanacak olan KDJV idi.

Kutlutaş' ın talebi, 6 ve 7 Aralık 1994 tarihlerinde toplanan KDJV Temsilciler Kurulu' na havale edildi. Bu toplantılarda oybirliği ile bir karara varılamadığı için 7 Aralık 1994' de Kutlutaş KDJV' nin lideri sıfatıyla tek taraflı bir karar çıkartarak, EIC' den elde edilen mevcut ve müstakbel hakların tamamen ve münhasıran Kutlutaş' a ait olduğunu, Kutlutaş' ın bu haklardan KDJV lehine asla feragat etmemiş olduğunu ve KDJV hesaplarının bu durumu yansıtabilecek şekilde gözden geçirilmesi gerektiğini beyan etti (CB415).

Liderin 7 Aralık 1994 tarihli kararının yürürlüğe konması için 28 Mart 1995' de KDJV' nin defterlerinde Kutlutaş adına 10.912.767,49 dolarlık bir alacak hesabı tesis edildi (CB 427).

Davacının Dava ile İlgili Beyanları

8. Dillingham, EIC' den sağlanan hakların KDJV' ye ait olduğunu ve Kutlutaş' ın 7 Aralık 1994' de KDJV Lideri sıfatıyla aldığı tek taraflı kararın geçersiz olduğunu iddia etmektedir.

Dillingham' a göre, Kutlutaş kendi tarafından elde edilen EIC haklarının KDJV hesabına tahakkuk edeceğini niyet ve bu hususa muvafakat etmiştir. Bu niyet, bu konudaki yazışmalar ve diğer belgelerle açıkça belirtilmiş ve ayrıca Kutlutaş' ın herhangi bir itirazı olmaksızın beş yıllık bir süre boyunca KDJV' nin muhasebe uygulamalarında tatbik edilmiştir. Dillingham' ın 1988 ile 1993 arasında EIC haklarının KDJV lehine tahakkuk edeceğine dair Kutlutaş' ın beyanlarına güvenmesi kendi aleyhine tecelli etmiştir. KDJV' nin muhasebe defterlerine göre 1988' den 1993 yazına kadar EIC hakları KDJV ortakları tarafından eşit olarak paylaşılmıştır.

Ortak Teşebbüs Anlaşmasına göre, KDJV' nin iktisap ettiği her türlü kar veya varlıktaki yahut her türlü mal ve mülkteki hakları Ortak Teşebbüsün ortakları arasında yarı yarıya bölünecektir. EIC' ler, münhasıran ve doğrudan doğruya KDJV' ye ihale edilen Projeden doğup KDJV' nin bir ortağı tarafından iktisap edilmiş olan bir varlıktır. Proje olmasaydı, EIC hakları da olmayacaktır. Kutlutaş' ın KDJV' nin Lideri sıfatıyla, kendi çıkarlarına değil, KDJV' nin çıkarlarına tasarrufta bulunması gerekirdi. Kutlutaş iki EIC' yi, kabul etmiş olduğu gibi, KDJV' nin kuruluşundan sonra sarahaten Proje için iktisap etmiştir. EIC' ler kullanılarak yapılan alımları destekleyen akreditiflerin ve EIC' leri temin etme ve kullanma maliyetinin bedellerini KDJV ödemiştir.

Temmuz 1993' de Dillingham, ortaklarının hesaplarındaki önemli bir dengesizliğin düzeltilmesi için KDJV' nin Kutlutaş' dan KDJV' nin hesabına nakit aktarmasını talep etmesi için harekete geçti. Kutlutaş, içinde bulunduğu mali sıkıntılar sebebiyle, bu talebi karşılayacak gerekli nakite sahip değildi. Ortaklarının hesaplarındaki dengesizliği kendi lehine çevirme telaşı içinde EIC meselesini ortaya attı.

Türk yasaları yabancı yatırımları teşvik etmektedir. Hem yatırım teşvikleri hem ihracat teşvikleri bu yasaya dahil oldukları için, İhracatı Teşvik Belgesinin, bir ortak teşebbüsün yabancı ortaklarını, aynı yabancı teşebbüsün yerli müteahhitinin elde edebileceği haklardan mahrum bıraktığı şeklinde yorumlanması yasanın ruhuna aykırıdır, özellikle de KDJV' nin finansmanını temin edenin ve dolayısıyla onu söz konusu teşvikten yararlanmaya hak kazandıranın Dillingham olduğu düşünülürse.

Türk yasası Kutlutaş' ın EIC' den doğan hakları Dillingham ile paylaşmasına engel değildir; Türk yasası sadece, diğer bakımlardan EIC almaya yeterli bulunan bir yerli firmaya, bir yabancı firmaya, veya bir yerli ve yabancı firma konsorsiyumuna tanınacak hakların miktarını belirtir. Türk yasaları ortakların EIC haklarını paylaşmalarını menetmiş olsa dahi, KDJV Anlaşmasının şartlarına göre, Kutlutaş' ın

Dillingham' ı, EIC hakları paylaşılıyormuş gibi Kutlutaş ve KDJV' nin karşısında aynı ekonomik duruma getirmesi gerekir.

Liderin 2 Aralık 1994 tarihli tek taraflı kararı Ortak Tesebbüs Anlaşmasını ve bunun tabi olduğu İsviçre yasasını ihlal etmektedir ve EIC' nin tabi olduğu Türk yasasına aykırıdır.

Liderin kararı geçerli sayılırsa Kutlutaş Dillingham' a karşı mutemetlik ve sair vecibelerini ihlal etmiş ve kötü niyetle davranmış olacaktır.

Kutlutaş yaptığı anlaşma sonucu, EIC' yi KDJV lehine elde etmek mecburiyetindedir. Beş yıllık davranışları sonucunda Kutlutaş, EIC meselesi hakkındaki daha önceki kararlara itiraz etmek hakkını kaybetmiştir.

Davacının Talepleri

9. Davacı tahkim müracaatı ile aşağıdaki hususları talep etmektedir:

Davacı:

- 1) Milletlerarası Ticaret Odası Hakem kararı ile Davalının KDJV Lideri sıfatıyla 7 Aralık 1994' de almış olduğu tek taraflı kararın geçersiz sayılmasını;
- 2) Bu tahkim müracaatı ile ilgili her türlü avukatlık ücretleri ile bilirkişi ücret ve giderleri de dahil tüm masraflarının geri ödenmesini;
- 3) Hakem kurulu tarafından, Ortak Teşebbüs Anlaşmasına 18.7 maddesinde tesbit edilen uygun faizin hesaplanması da dahil, KDJV defterlerindeki hesabın uygun şekle getirilmesini ve Davacıya veya KDJV' ye uygun kredi veya ödemelerin verilmesi veya yapılması hususunda belirli bir icra emri çıkarılmasını;
- 4) KDJV Anlaşmasının tashih edilerek, EIC hakları paylaşılmış gibi Davacının Davalı karşısında aynı ekonomik konuma getirilmesini;
- 5) Alternatif bir talep olarak, Davacı; Davalının haksız tasarruflarının doğrudan sonucu olan ve tahkim müracaatında belirtilen zarar ziyanın tazmini hususunda bir karar verilmesini ve bu tazminatın böyle bir kararın sonucu olarak Davacının maruz kalabileceği herhangi olumsuz vergi etkilerini karşılayacak uygun şekilde tesbit edilmesini talep eder.

29 Ağustos 1995' de Tahkim Şartları (Terms of Reference) hazırlanırken Dillingham, yukarıda 4. madde altındaki talebin 1-3. maddelerindeki taleplere bir alternatif olduğunu ve 5. Maddedeki talebin 4. Maddedeki talebin bir başka alternatifi olduğunu ve bu alternatiflerin ancak Tahkim Kurulunun daha önceki talepleri reddetmesi halinde ele alması gerektiğini açıklamıştır.

Taraflar ve Hakem kurulu tarafından 19 Nisan 1996' da imzalanan Tahkim şartlarına eklediği bir Zeylinde Dillingham ayrıca aşağıdaki hususları açıklamıştır.

- Yukarıda 1 No.lu hususla ilgili Hakem Kurulu kararı Liderin 7 Aralık 1994 kararındaki geçmiş ve gelecekteki unsurlara da şamil olacaktır.
- Hakem Kurulu ayrıca yukarıda 3 numarada yer alan ve Davacının, muhasebeleştirme ile ilgili giderlerin tamamen Davalı tarafından ödeneceği iddiası konusunda da karar verecektir. Üçüncü taleple ilgili olarak, Dillingham 1 Mayıs 1996 tarihli dilekçesinde KDJV defterlerinin uygun şekilde muhasebeleştirilmesinin bağımsız bir denetçi firma tarafından yapılmasını istemiştir. Ayrıca Dillingham KDJV Anlaşmasının tashihi (dördüncü talep) talebini de geri çekmişti.

Davalının Dava İle İlgili Beyanları

10. Kutlutaş, Dillingham' ın bütün iddialarını reddetmektedir.

Kutlutaş'a göre, Türk yasası ihracat teşviklerinden sadece Türk firmalarının yararlanabileceklerini sarahaten belirtmekte ve bir İhracatı Teşvik Belgesinin Türk hak sahibinin bu belgeden sağlanan hakları bir yabancı ortakla paylaşmasını menetmektedir. Dolayısıyla, Kutlutaş adına verilmiş olan EIC Kutlutaş' a ait olup bundan doğan haklar sadece Kutlutaş için hüküm taşımaktadır, yoksa Projenin bütününe ve/veya KDJV için değil.

1993 yazında Kutlutaş yetkili devlet makamlarından, EIC' lerin tabi olduğu amir hükümlere göre, EIC' nin kullanılmasından doğan hakların münhasıran Kutlutaş' a ait olduğu hususunun KDJV hesaplarında gösterilmemiş olduğuna dair ciddi uyarılar almıştır. Bu sebeple Kutlutaş bu hakların kendisine intikalini talep etmiştir.

Kutlutaş adına verilmiş olan EIC' lerden doğan hakların paylaşılması konusunda ortaklar arasında sarih veya zımni bir mutabakat mevcut değildir.

Böyle bir mutabakat mevcut bulunsaydı dahi, EIC' lerden elde edilen hakların bir yabancı ortakla paylaşılmasına izin vermeyen Türk yasasının ihracat teşvikleri ile

ilgili amir hükümleri karşısında dikkate alınmayacaktır. Türk yasasının bu amir hükümlerinin, İsviçre Uluslararası Özel Yasasının 19. Maddesinin kıyas yoluyla uygulanması ile Hakem Kurulu tarafından uygulanması gerekecektir. Hakem Kurulunun, Türk kamu düzeninin bir parçası olan bu amir hükümleri uygulamaması halinde, Hakem Kurulunun vereceği tahkim kararı Türkiye' de yürürlüğe konamayacaktır.

Aynı sebeplerle Türk amir hükümleri Ortak Teşebbüs Anlaşmasının kendisine aykırı olduğu varsayılan herhangi bir maddesini hükümsüz kılmaktadır; EIC' ler KDJV' nin mülkiyetinde olmadığına göre Ortak Teşebbüs Anlaşmasının hükümleri ve Dillingham tarafından ileri sürülen ortaklıkla ilgili İsviçre yasası sadet dışıdır; Kutlutaş' ın KDJV Lideri sıfatıyla almış olduğu ve itiraz edilen kararı, Ortak Teşebbüs Anlaşmasının veya İsviçre yasasının ihlali mahiyetinde olmayıp bu karara uyulması gerekir.

Hakem Kurulu Kutlutaş' ın kararının geçersiz olduğuna karar verecek olursa, Dillingham' ın belirli bir icra emri talebi zamansız olacaktır, çünkü Dillingham' ın önce ortaklarının hesaplarındaki dengesizliği gidermek için Kutlutaş' dan KDJV' ye nakit vermesini talep etmesini KDJV' den istemesi gerekecektir. Ancak KDJV' nin Dillingham' ın bu talebini reddetmesi halinde Dillingham' ın Ortak Teşebbüs Anlaşmasına göre belirli bir icra emri talep etme hakkı doğacaktır. Kutlutaş, KDJV' ye borçlu olduğunu kabul etmemektedir.

Dillingham' ın alternatif talebiyle ilgili olarak, Kutlutaş herhangi bir haksız tasarrufta bulunmuş olduğunu reddetmekte ve Dillingham' ın veya KDJV' nin Kutlutaş' ın tasarruflarından dolayı bir zarara uğramadığını iddia etmektedir. Kutlutaş' ın sağladığı EIC' lerle KDJV bu vergi ve harçların istisna tutulan bölümünü derhal ödemekle ve böylece likit kıymetleri üzerindeki ortaya çıkabilecek gereksiz bir yükten kurtulmuştur.

Davalının Talepleri

11. Davalı aşağıdaki taleplerde bulunmaktadır:

- 1) Hakem Kurulunun Davacının bütün taleplerini reddetmesi.
- 2) Davacının, muhakeme masraflarını Kutlutaş' a tazmin etmesine ve Hakem Kurulu masraflarını yüklenmesine karar verilmesi.

Usuli Muameleler

12. Bu tahkim davası 15-22 Nisan 1996 tarihleri arasında Cenevre' de görülmüştür.

Duruşma sırasında Hakem Kurulu bu tahkimle karar verilecek hususlarda Tarafları dinlemiş ve böylece Tarafların her biri kendi iddialarını destekleyen delilleri sunmuş ve karşı tarafın gösterdiği tanıklara soru sorma fırsatını bulmuştur.

Duruşmanın bitmesinden sonra her iki taraf duruşma sonrası takrirlerini ve duruşma sonrası cevabi takrirlerini vermiştir.

Yaptığımız incelemelere ve serdedilen tüm iddialara ve gösterilen delillere dayanarak bu tahkimdeki Nihai Hakem Kararımızı vermekteyiz.

GEREKÇE

Giriş

1. Dillingham' ın ilk talebi, Kutlutaş' ın KDJV Lideri sıfatıyla 7 Aralık 1994' de almış olduğu ve bilahare uygulamaya koyduğu kararın geçerliliği ile ilgilidir.

Kutlutaş bu kararı ile aşağıdaki hususları hükmetmiştir;

“1) Kutlutaş adına verilen ve halen KDJV hesabına alacak kaydedilen 13 Kasım 1987 ve 23 Eylül 1988 tarihli İhracatı Teşvik Belgelerinden sağlanan tüm haklar Kutlutaş' a ait olup Kutlutaş hiçbir zaman KDJV lehine bunlardan feragat etmemiştir.

Bugüne kadar elde edilmiş olan bütün bu haklar ve işin tamamlanmasına kadar tahsil edilecek olan haklar Kutlutaş' a aittir ve KDJV hesapları gelecekte buna göre düzeltilmelidir. KDJV'nin temerrüdü halinde Kutlutaş' ın bu temerrüitten doğan her türlü hakları saklı tutulacaktır.

2) Bu kararın yukarıdaki (1) no.' lu maddesinde sözü edilen hesaplarla ilgili formalitelerin icrası için bu kararın bir sureti Dillingham Construction International Inc. Temsilcisi Mr. Don Stager' e, bir sureti posta ile ortak Teşebbüs Anlaşmasında adı yazılı yukarıdaki şirketin adresine ve bir sureti KDJV Proje Müdürlüğüne gönderilecektir. (CB 415)”

Bu kararın içeriği incelendiğinde, kararda esas itibarıyla dört ana meselenin ele alındığı görülmektedir;

Birincisi: EIC' den doğan hakların kime ait olduğu
İkincisi: Kutlutaş' ın EIC haklarından KDJV lehine feragat edip etmediği
Üçüncüsü: EIC haklarının ileride kime ait olacağı
Dördüncüsü: KDJV hesaplarının gözden geçirilmesinin gerekip gerekmediği

2. Liderin kararının geçersiz olduğunu iddia eden Dillingham bu iddiasını KDJV Anlaşmasının 3. maddesine ve Ortak Teşebbüs Anlaşmasının ve taraflar arasındaki ilişkilerin tabi olduğu İsviçre yasasına dayandırmaktadır.

27 Temmuz 1987 tarihli KDJV Anlaşmasının 3. maddesine göre, Dillingham ve Kutlutaş (i) Mukavelenin icrasından hasıl olan ve Mukavele ile ilgili olarak KDJV' nin iktisap ettiği her çeşit mal ve mülkten gelen her türlü kar ve varlığı ve (ii) Mukavelenin veya KDJV Anlaşmasının icrasından ve uygulanmasından doğan her türlü zarar ve yükümlülüğü paylaşmayı sarahaten kabul etmişlerdir. KDJV Anlaşmasında Mukavele, Proje işleri için Mukavele ve bunun her türlü ekleri, tadilleri ve (force account) değiştirilmiş ve ilave işler olarak tarif edilmiştir.

Bu suretle, eğer bu tahkimde söz konusu olan EIC hakları KDJV için bir kar veya varlık teşkil ediyorsa bunlara KDJV Anlaşmasının 3. maddesine uygun olarak Taraflar arasında paylaşılması gerekirdi.

Kutlutaş, Kutlutaş' a verilmiş olan İhracatı Teşvik Belgesinden doğan hakların kişisel olduğunu, transfer edilebilir vergi istisnaları olmadığını ve Taraflar arasında paylaşılamayacağını iddia etmektedir.

İhracatı Teşvik Belgeleri Hakkında Türk Mevzuatı

3. EIC' lerin mahiyeti, bunlardan elde edilen haklar ve EIC haklarının muhasebeleştirilmesi öncelikle Türk Mevzuatının ve daha belirli olarak Türk Teşvik Mevzuatının bir konusu olduğuna göre, Hakem Kurulu önce EIC' lerin tabi olduğu Türk Yasasının hükümlerine bakacaktır.'

Geniş çaplı bilirkişi tanıklığına Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının (U.T.F.T.) 19 Nisan 1994 (DB 086), 28 Aralık 1995 (DB 100), 18 Mart 1996 (CB 498) ve 18 Nisan 1996 (DB 155) tarihli dört mektubuna ve ilgili Türk Teşvik Yasasına istinaden aşağıdaki sonuçlara ulaştık:

4. Türk Teşvik Mevzuatının temel amacı, ihracatı teşvik ve Türkiye Cumhuriyeti kalkınma plan ve programlarına uygun olarak döviz gelirlerinin artırılmasıdır. (32 Ağustos 1967 tarih ve 933 No.lu yasanın 3. Maddesi-CB 595).

Türk Hükümeti, uzun süredir uygulamakta olduğu kamu menfaatlerini koruma ve Türk girişimcileri ile tüzel kişileri Türkiye' nin ihracat kampanyasına katkıda bulunacak girişimlerde bulunmaya teşvik etme politikası uyarınca İhracatı Teşvik Belgeleri vermektedir ve bu EIC' ler sahiplerine belirli istisnalar, imtiyazlar ve haklar sağlamaktadır. (Prof. Versan, 15 Ocak 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 2).

Teşvik rejimine uygulanan yukarıda sözü edilen yasalar EIC' lerin verilmesini ve uygulanmasını doğrudan düzenlemiyorlar. 933, 1567, 261 ve 474 No.lu yasalar sadece çerçeve yasalardır. (Prof. Tekinalp, 14 Mart 1996 tarihli tanık ifadesi sayfa 2-11). Çerçeve yasalar olarak bunlarda sözü edilen teşvikler, bu teşviklerin tabi olduğu belirli ilkeleri veya kuralları içermemekte, fakat Bakanlar Kuruluna bu alanda düzenlemeler yapma yetkisi vermektedir. Buna göre Bakanlar Kurulu, kendi politikası uyarınca yönetmelikleri hazırlamıştır ve gerekli gördükçe değişiklikler yapabilir. (Prof. Tekinalp, 14 Mart 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 6).

Teşvik rejimleri Bakanlar Kurulunun karar veya kararnameleri veya diğer resmi makamların genelgeleri ile uygulanır (Prof. Tekinalp, 14 Mart 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 6).

Çerçeve yasalara dayanarak çıkartılan 86/11238 No. 16 Nisan 1986 tarihli (CB 610) ve 88/12812 No. Mayıs 1988 tarihli (CB 618) kararnameler, teşvikleri, tip, hak sahipleri, devir, hitam ve geri çekilme usul ve koşulları bakımından düzenleyen 87/2 No.lu 7 Ekim 1987 (CB 626) ve 88/2 No.lu 6 Mayıs 1988 (CB 658) genelgeleri esas teşkil etmiştir. (Prof. Tekilap, 14 Mart 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 6).

Bu genelgelere göre bazı faaliyetler de, bunların mal ve hizmetlerin ithalatını ikame ederek döviz ödemelerini asgariye indirmek suretiyle aynı ihracat etkisinde bulunmaları halinde, ihracat sayılmaktadır.

5. Söz konusu EIC' ler 87/2 No.lu Genelgenin 42/a(2) maddesine (DB 009-011, 012) ve 88/2 No.lu Genelgenin 35/a Maddesine (DB 013-016) göre verilmiştir. Bu Genelgeler bir ihracat faaliyeti ve/veya bir döviz kazandırıcı faaliyet sayılan satış ve teslimatı tesbit etmektedir (Prof. Tekilap, 14 Mart 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 6).

Bu hükümlere göre, teşvik belgeleri, aşağıdaki koşullara uyan projeler için verilmektedir:

- 1) Projenin yatırım programları kapsamına girmesi ve yerel yatırımlarla ilgili olması;
- 2) Projenin uluslararası teklif alma yoluyla ihale edilmesi,
- 3) Projenin dövizle finanse edilmesi.

Projenin yukarıdaki koşullara uyan ve bu sebeple ihracat teşviki almaya hak kazanan nitelikte bir proje olduğu konusunda Taraflar arasında bir anlaşmazlık yoktur.

87/2 No.lu Genelgenin III. Bölümü ve özellikle 87/2 No.lu Genelgenin 41. Maddesi ve 88/2 No.lu Genelgenin 35. Maddesi sırasıyla, hemen hemen aynı ifadeleri kullanarak, ihracatçı addedilen firmaların satış ve teslimatını aşağıdaki şekilde tarif etmektedir:

1) Uygun nitelikteki bir projenin mukavelesi bir yabancı firmaya ihale edilmişse projede kullanılacak mal ve malzemeleri sağılayan yerli firmaların teslimatı;

2) Uygun nitelikteki bir projenin mukavelesi bir yerli firmaya ihale edilmişse, adı geçen firmalara ilaveten, projede kullanılacak mal ve malzemeleri imal eden yerli firmaların teslimatı; ancak teşvik tedbirlerinden ifte yararlanmaya müsaade edilmeyecektir;

3) Mukavele bir yerli ve yabancı firmalar konsorsiyumuna ihale edilmişse, 1. Fıkra erevesi içinde yabancı firma ile ilgili olduğu ölçüde ve 2. Fıkra erevesi içinde yerli firma ile ilgili olduğu ölçüde;

6. Bu mevzuattan çıkan sonuca göre, bir EIC imtiyazı sadece müteahhit veya malzeme satıcısı olarak yerli firmalara tanınmakta, yabancı firmalara tanınmamaktadır; dolayısıyla, ihracat teşvikinin miktarı ister malzeme satıcısı (yukarıda 1. Durum), ister yerli müteahhit veya yerli malzeme satıcısı (yukarıda . 2. Durum) olsun yerli ortağıın hissesine mahsustur veya bir konsorsiyumdaki yerli ortağıın (yukarıda 3. Durum) hissesine mahsustur.

Bu hükümlere göre, Türkiye' de tescil edilmiş bir tüzel kişiliğe sahip olmayan yabancı mtteahhitler ihracatı teşvik belgesi için ne müracaatta bulunabilir ne de bu belgeyi alabilirler. KDJV gibi adi ortaklık şeklindeki ortak teşebbüsler de, tüzel kişilikleri olmadığı için alamazlar.

Bu durum, ihracatı teşvik mevzuatının, yerli firmaların dövizle finanse edilen uluslararası ihalelere veya projelere katılmaya teşvik edilmeleri ve bu yolla yerli projenin yukarıdaki koşullara uyan ve bu sebeple ihracat teşviki almaya hak kazanan nitelikte bir proje olduğu konusunda Taraflar arasında bir anlaşmazlık yoktur.

Yukarıdaki hususlardan anlaşıldığı üzere, EIC hak sahipliğine yalnız Kutlutaş ehildir. Dolayısıyla, 88/2 No.lu Genelgenin 47 a maddesine göre, ilgili genelgelerde tesbit edilen şartlara riayetsizlik sebebiyle EIC' lerin iptali halinde istisna edilmiş olan vergi ve harçları ödemekle yalnız Kutlutaş yükümlü olabilir.

7. Ancak EIC hak sahibi olmaya yalnız Kutlutaş' ın ehil olması, EIC haklarının KDJV' ye devir edilip edilemeyeceği veya KDJV' nin ortağı olarak Dillingham ile paylaşp paylaşlamayacağı sorusuna henüz cevap verememektedir.

Dillingham' ın iddiasına göre, anlaşmazlık konusu olan EIC' ler sadece Kutlutaş adına verilmiş olsa bile, EIC yasasında EIC' lerden elde edilen hakların Kutlutaş' ın KDJV' ye devretmesini ve böylece bu hakları Dillingham ile paylaşmasını meneden herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Kutlutaş, Genelgelerde EIC haklarının devir veya paylaşılmasının yasak olduğunu sarahaten belirten bir hüküm bulunmadığını inkar etmemekle beraber, kişisel vergi imtiyazları niteliğinde olan EIC' lerin yapısında böyle bir yasağın bulunduğunu iddia etmektedir.

Tarafların bilirkişi ifadeleri ile kanıtlanmaya çalıştıkları birbirinden farklı görüşleri değerlendirildiğinde, Hakem Kurulunun, uygun nitelikteki bir proje için verilen bir EIC' nin nihai amacı Devletin döviz harcamalarını azaltmak olmakla beraber, birinci amacın Türk firmalarının döviz tasarrufu sağlayan bu gibi uygun nitelikteki projelere faal olarak ve imkan olduğu nisbette katılmalarını sağlamak olduğu görünüyor.

Şayet ihracat teşviklerinin önde gelen amacı bir projenin Devlete olan toplam maliyetini azaltmak olsaydı, EIC' ler "tabiiyetlerine" bakılmaksızın bütün müteahhitlere tanınırdı.

Ancak, EIC için uygun nitelikte bir projenin ihalesini kazanan bir yabancı müteahhidin bir EIC' ye hak kazanmadığı ve EIC' nin bir ortak teşebbüsün Türk ortağını, yalnız Türk ortağın hissesi nisbetinde verildiği tartışma götürmez.

Bu suretle, ihracat teşviklerinin amacı yabancı müteahhitleri veya yabancı ortağı bulunan ortak teşebbüsleri desteklemek olmayıp, yerli firmaların bu çeşit projelere katılmalarını teşvik etmektir.

Yukarıdaki ilkeler ve sıkı şartlar altında ihracat teşviklerinin projenin yalnız yerli bölümüne uygulanacağını ve Ortak Teşebbüsün yabancı ortağının EIC' lerle sağlanan istisnalardan faydalanamayacağı sonucuna vardık.

Bu sebeple, Maliyenin EIC' lerle tanıdığı hakların bir ortak teşebbüsün yabancı ortağına devri, veya onunla paylaşılması EIC yönetmeliklerine karşı bir aldatmaca teşkil eder ve EIC mevzuatının özündeki maksada aykırı olur.

Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının Mektupları

8. Bu husus, Kutlutaş' ın bu konudaki soruları üzerine Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının yazıları ile de teyid edilmektedir. Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı 19 Nisan 1994 tarihli mektubunda (DB 086) açıkça şöyle belirtiyor;

"Yürürlükteki uygulama hükümlerine göre, bir kamu projesinin uluslararası ihale yoluyla yerli ve yabancı ortaklardan oluşan bir ortak teşebbüse ihale edilmesi halinde İhracatı Teşvik Belgesi, yerli ortağın bu projedeki payı değerinde verilir. Dolayısıyla bu belgelerin kullanılmasından doğan her türlü mali ve hukuki sorumluluk, bu belgelerin sahibi olarak şirketinize (Kutlutaş' a) aittir."

Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının 18 Aralık 1995 tarihli mektubunda da (DB 100 -101) benzer bir dil kullanılmıştır:

"İhracatı Teşvik mevzuatının hükümlerine göre, kamu projeleri için açılan bir uluslararası ihaleyi kazanan şirketin, yerli ve yabancı ortaklardan oluşan bir konsorsiyum olması halinde yerel ortağın konsorsiyum içindeki payı oranında bir EIC verilir ve yabancı ortak hiçbir surette bu teşviklerden yararlanamaz. Söz konusu belgelerin incelenmesi, her iki teşvik belgesinin Kutlutaş İnş. ve Tic. San. Ltd. Şti. adına çıkarılmış olduğunu göstermektedir. Konsorsiyuma dahil şirketlerin ayrı ayrı tüzel kişiler olmaları itibarıyla bunlardan birinin diğerine tanınmış olan haklardan yararlanması mümkün değildir.

Aslında yabancı ortağın EIC ile tanınan haklardan yararlandırılması niyeti olsaydı, belgeler, taahhüdün %50' si oranında Kutlutaş adına değil, projenin tamamı için ortaklık adına verilmiş olurdu."

Kutlutaş' ın bir başka müracaatı üzerine Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı 12 Nisan 1996 tarihli mektubunda (DB155), daha önceki 18 Mart 1994 tarihli mektubundaki tutumunu bir kere daha tespit etmiştir:

"Mektubumuzun ilişikteki suretinden anlaşılabileceği gibi, İhracatı Teşvik Belgesinin, yerli ortağının mukavele değerindeki payı için verildiği ve yabancı ortakların teşvik tedbirlerinden yararlanmalarına ve onlar adına bir teşvik belgesi verilmesine imkan olmadığı açıkça belirtilmiştir. Yani 95/7 No.lu Bildirinin 34/a-3 maddesine göre

münhasıran yerli ortağa tahsis edilen teşviklerden yabancı ortağın da yararlanması mümkün değildir."

9. Prof. Versan, yukarıda sözü edilen mektuplardan ve İhracatı Teşvik yönetmeliğinden aşağıdaki sonucu çıkarmaktadır:

"Yasa, belgeleri almaya ve bunlardan yararlanmaya hakkı olanların Türk Tüzel kişileri olduğunu açıkça belirttiğine göre, bu belgeler ne Dillingham' a devredilebilir ne de bunlarla tanınan haklar Dillingham ile paylaşılabilir. Aksi takdirde böyle bir devir ve/veya paylaşma ihracat teşvikinin ana maksadına otomatik olarak aykırı düşer ve ihracat teşviklerine ilişkin mevzuatın amir hükümlerini ihlal eder." (Prof Versan, 15 Ocak 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 3).

Maliye Bakanlığının Mektubu

10. Dillingham' ın bilirkişileri Kutlutaş' ın bilirkişileri ile aynı fikirde olmamakla beraber Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının görüşünün doğruluğu ve Prof. Versan' ın vardığı sonuçlar şimdi Türkiye Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı Genel Danışmanlığının 14 Mayıs 1996 tarihli mektubuylar da (DB 210) teyid edilmiş ve bu mektupta Türk Teşvik Mevzuatının maksadı tam olarak açıklanmıştır.

Bu mektupta, diğerleri meyanında, aşağıdaki husus da beyan edilmektedir:

"... İhracatı ve yatırımları teşvik tedbirleri kesinlikle bir kamu yararı sağlamaktadır. Genel olarak "kamu düzeni" terimi devlete ve kamuya büyük yararlar sağlayan hukuk kurallarına riayet şeklinde yorumlanmaktadır. Yani, kamu düzenine ilişkin hükümler, uygulanması kesinlikle kamunun yararına olan hükümlerdir (Prof Dr Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Kanunu, C.1. Genel Hükümler, İstanbul 1976, sayfa 249, 250).

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, ihracat ve yatırımlarla ilgili teşvik tedbirlerini getiren yasal hükümler, uygulanmaları kesinlikle kamu yararına olduğu için, bu hükümler kamu düzeni ile ilgili olup bu hükümleri içeren yasalar kamu yasalarıdır" (DB 213).

Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının yukarıda sözü geçen ve 28 Aralık 1995 tarihli mektuplarını teyid eden Maliye Bakanlığının mektubunda ayrıca şöyle deniyor:

"Bütün yukarıdaki açıklamalar adına ihracatı Teşvik Belgesi çıkarılmış olan şirketin, ihracat teşviki tedbirlerinden yararlanacak taraf olacağı açıkça ortaya çıkmaktadır" (DB 215).

11. Dillingham Maliye Bakanlığının 14 Mayıs 1996 tarihli mektubunun yeni bir delil olduğunu ve süresi içinde verilmediğini iddia ederek bu mektubun kabul edilebileceğine itiraz etmiştir.

Bu mektup gerçekten duruşma bittikten sonra ibraz edilmiş olmakla beraber Hakem Kurulu bunu da delil olarak kabul etmiştir.

Maliye Bakanlığının 14 Mayıs 1996 tarihli mektubu, Dillingham' ın gösterdiği bilirkişilerin, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlayıcı hukuki görüş belirtme yetkisi bulunmadığı yolundaki tanık ifadelerine cevap olarak ibraz edilmiştir. Bu bilirkişiler sadece Maliye Bakanlığının bu görüşleri belirtmeye yetkili olduğunu beyan etmişlerdir. Bakanlığın mektubu yeni iddialar içermemektedir. Ancak Türkiye Cumhuriyetinin Teşvik Mevzuatına yetkili bir yorum getirmekte ve Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının yorumunu teyid etmektedir. Müsteşarlığın bu yorumu konusunda duruşma sırasında taraflar dinlenmiş ve delil sunma fırsatları olmuştur. Ayrıca, Dillingham' ın Maliye Bakanlığının bu mektubu ile ilgili olarak Duruşma sonrası cevap dosyasında ifadede bulunmak fırsatı da olmuştur.

12. Dillingham' ın iddiasına göre, Türk yasalarıyla EIC haklarının paylaşılması gerçekten yasaklanmış olsa dahi, İsviçre' de toplanan ve İsviçre yasalarını uygulayan Hakem Kurulu amir Türk yasalarını tatbik etme mecburiyetinde değildir. Kutlutaş ise, Hakem Kurulunun Türk yasalarının amir hükümlerini uygulaması gerektiği iddiasındadır.

Mesele, İsviçre' de toplanan bir Hakem Kurulunun İsviçre Uluslararası Özel Yasasının (PIL) 19. maddesinde tesbit edilen ilkeyi dikkate almasının hukuken mümkün olup olmadığı ve Hakem Kurulunun bu davada EIC ile ilgili Türk mevzuatının meriyetini dikkate alıp almayacağıdır.

Her iki taraf, farklı yorumlarla PIL' in 19. maddesine dayanmaktadır. Madde şöyledir:

"1) Bu yasanın hükümlerinin işaret ettiği dışında, bir yabancı ülkenin amir bir hükmü tatbik edilebilir, ancak bu, İsviçre hukuk kavramına göre (taraflardan birinin) meşru ve diğer tarafına göre açıkça daha ağırlıklı çıkarlarının bunu gerektirmesi ve davanın o hukuk sistemi ile yakın bir ilişkisi olması şartına bağlıdır.

2) Böyle bir hükmün tatbik ediliş edilmeyeceğini tesbit için, İsviçre hukuk kavramına göre tatmin edici bir karara varmak üzere, bu hükmün politikası ve tatbik edilmesinin yaratacağı sonuçlar dikkate alınır."

İlginçtir ki, bu hükmün metninin ifade ediliş şekli İsviçre' nin üç resmi dili olan Fransızca, Almanca ve İtalyanca' da aynı değildir. Fransızca metin, Almanca ve İtalyanca metinlerden farklıdır, şöyle ki; diğerlerinin aksine Fransızca metinde belirli bir tarafın çıkarları dikkate alınmayıp, geniş anlamda "çıkarlardan" söz edilmektedir.

Almanca ve İtalyanca metinler, ilgili taraflardan birinin çıkarları gerektiriyorsa (diğer koşulların yerine getirilmiş olması şartıyla) yargının tasrih edilmemiş bir yasanın emir hükümlerini dikkate almasına izin vermektedir.

PIL yasası kesinlikle taraflar arasındaki özel ilişkileri düzenleme amacını gütmektedir. Gerçekten, her amir hüküm, onu çıkaran Devletin belirli bir ekonomik politikasına dayanmaktadır. Fakat bir meselenin bir hukuk davası ile çözülmesi gerektiği anda, yabancı amir hükmün tarafların durumları üzerindeki özel etkisi önem kazanmaktadır. Özel PIL yasasının maksadı iki veya daha çok taraf arasındaki çıkar çatışmalarını çözmektir. Bu, Devletler arasındaki ilişkiler veya hükümlerlik çatışmalarını düzenleyen bir yasa değildir. İki ayrı tarafın çatışan çıkarları (doğal veya fiziksel, özel veya kamu) arasında adil bir denge kuracaktır. Elbette PIL' in 19. Maddesi belirli bir ülkenin -bu davada Türkiye' nin- çıkarlarını dolaylı olarak koruyabilir.

PIL' in 19. maddesinin, hukuk sistemleri arasında mevcut çelişkiler içinde tek kalmış bir hüküm olmadığını da belirtmek gerekir.

1980 tarihli Mukaveleden Doğan Borçlara Uygulanacak Yasa Hakkında Roma Konvansiyonunun 7. maddesi ve Acentalar Yasası hakkında Lahey Konvansiyonunun 16. maddesi ve Vakıflar ve Bunların Tanınması Yasası hakkında Lahey Konvansiyonunun 16/2. Maddesi aynı kavramı içermektedirler.

Hukuki kavramı, veya çıkarlar, yakın ilişki, yargıcın takdir hakkı vs. gibi müphem hükümleri belirlemedeki güçlükler ne olursa olsun, daha açık bir sisteme karşı gerçek bir eğilimin mevcut olduğu görülmektedir.

Yukarıda sözü edilen hukuk kurallarıyla ifade edilen (veya içerilen) sistem bazı bilgili yazarlarca onaylanmaktadır (Mesela, S. Werner, Rekabet Yasasının Hakemler Tarafından Uygulanması, Journal of International Arbitration, 1995, sayfa 21 ve

devamı; D. Hoch Strasser, Uluslararası Tahkimde Seçilecek Yasa ve Yabancı Amir Hükümler, Journal of International Arbitration 1994, sayfa 7 ve devamı gibi). Bazı Devlet Mahkemeleri de davaya uygulanacak yasa (*lex causae*) dışındaki amir hükümlerin hakem kurulları tarafından uygulanmasını onaylamıştır. (Bak. Mesela Societe Labinal c/Societe Moss et Societe Westland Aerospace Ltd, Journal du Droit International, 1993, sayfa 957; G.SAV Spa. ATF 118 II 193, Revue Suisse de droit international et de droit europeen 1994, sayfa 114, F Knoepfler' in yorumu ile). Her iki davada da Devlet Mahkemeleri, hakemlerin tasrih edilmemiş bir ülkenin amir hükümlerine bakabileceklerine, hatta bakmaları gerektiğine hükmetmekte. Her iki durumda da Mahkeme tarafından karar verilecek husus, davanın veya davanın bir bölümünün tahkime mi yoksa münhasıran Devlet Mahkemelerine mi tabi olduğu idi.

Bu bakımdan, tahkime müracaat edebilme, Hakem Kurulunun davaya hangi yasanın uygulanacağına karar vereceği konusundan farklı değildir. Hakem kurulu davanın esaslarının tabi olduğu yasaı tesbit ederken yalnız İsviçre Borçlar Kanunu üzerinde durulup, tasrih edilmemiş bir ülke olan Türkiye' nin amir hükümlerinin ihmal edilmemesi düşüncesindedir. Hakemlerin görevi anlaşma, *lex causae* ve Türk yasası arasında nasıl uyum sağlanacağına bakmaktadır. Uyum sağlama görevi PIL' in 13. Maddesinde yer alan "dikkate almak" kelimeleri ile ifade edilmiştir. Böylece Hakemler Türk yasasını sıkı bir şekilde uygulamak değil, makul bir çözüm bulmak zorundadırlar.

Şimdi, PIL' in 19. maddesinde ifade edilen ilkenin uygulanması için gerekli şartlara bakıldığında Hakem Kurulu aşağıdaki sonuçlara varıyor:

1) PIL' in 19. maddesi, amir hükümlerin davaya uygulanacak yasa dışında bir yabancı yasada yer alması halinde uygulanır. Bu davada amir hükümler Türk yasasındadır ve Ortak Teşebbüs Anlaşması İsviçre yasasına tabidir.

2) Amir hükmün kaynaklandığı hukuk sistemi ile yeterli ve yakın bir ilişki mevcuttur. Bu ilişki sadece müphem değil, gerçek olmalıdır. Bu tahkim muamelesinde Türkiye ile açık bir ilişki mevcuttur:

- Kutlutaş Türk yasalarına tabi bir şirkettir.
- Kuruluş yeri Türkiye' dir.
- Teşvik belgeleri, Türk hükümetinin çerçeve yasalarına, kararnamelerine ve genelgelerine göre verilmiştir.

- Ortak teşebbüs anlaşması esas itibarıyla Türkiye' de icra edilmektedir.

Türkiye ile ilişkinin niteliğinin yeterli olduğu ve PIL' in 19. maddesinin kıyas yoluyla bu davaya uygulanabilir olduğu aşıkardır.

3) PIL' in 19. Maddesinde ifade edilen genel ilkeye göre bir yabancı yasanın amir hükümlerinin uygulanabilmesi için taraflardan birinin meşru ve diğer tarafinkine göre açıkça daha ağırlıklı çıkarlarının mevcudiyeti gerekir. Bu davada bunun anlamı, hakemlerin Kutlutaş' ın korunacak önemli bir menfaati olup olmadığını tesbit etmeleri gerekli demektir. EIC' lerin düzenleyen amir hükümlerine riayet edilmemesi halinde Kutlutaş ağır ceza ve tazminata mahkum edilebilir.

4) "Amir hükümlerin niteliği" bu kuralları içeren yasaya göre ve mukavelenin tabi olduğu yasaya bakılmaksızın tesbit edilmelidir. Hakemler, EIC ile ilgili hükümlerin, Türk hükümeti ile belge sahibi arasındaki ayrıcalıklar ve yükümlülükler açısından amir hüküm niteliğinde olduğuna ve dikkate alınması gerektiğine inanmaktadırlar.

Sonuç olarak, Hakem Kurulu, Maliyenin Kutlutaş' a tanıdığı EIC haklarını paylaşmak hususunda bir anlaşmayı icra etmemekte Kutlutaş' ın meşru ve açıkça üstün bir menfaati olduğunu ve böyle bir anlaşmanın icra edileceği Türkiye' de bunun gayrikanuni olacağını düşünmektedir.

Ayrıca Milletlerarası Ticaret Odası Tüzüğü'nün 26. maddesine göre Hakem Kurulu kararının yasal olarak infazını temin için azami çabayı harcayacaktır.

Liderin Kararı ile İlgili Sonuçlar

13. EIC' lerin tabi olduğu Türk yasalarının yukarıda yorumuna dayanarak Hakem Kurulu, Liderin 7 Aralık 1994 tarihli kararında yer alan dört noktadan üçü hakkında aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır:

İlk noktayla ilgili olarak Hakem Kurulu, vergi istisnaları Maliye ile Kutlutaş arasında kişisel ve devredilemez imtiyazlar olduğu için, vergi istisnalarının Kutlutaş' a ait olduğuna karar vermiştir, çünkü bunlar KDJV veya Dillingham' a devredilemez veya onlarla paylaşamaz.

Aynı sebeple, Hakem Kurulu Kutlutaş' ın Maliyeden sağladığı vergi istisnalarından Kutlutaş' ın KDJV lehine feragat etmediği sonucuna varmıştır. Çünkü bunlar Türk hükümeti ile Kutlutaş arasında kişisel ve devredilemez vergi imtiyazları olduğundan KDJV' ye terkedilemez.

Ayrıca üçüncü noktayla ilgili olarak, Kutlutaş' ın Maliyeden sağladığı bu haklar ileride de Kutlutaş' a ait olacaktır.

EIC Haklarının Muhasebesi

14. Ancak, yukarıda çıkartılan sonuçlar Liderin 7 Aralık 1994 tarihli kararının içerdiği dördüncü noktaya, yani EIC haklarının muhasebesinin KDJV defterlerinde nasıl yapılacağı sorusuna bir cevap getirmemektedir. Bu husus, Kutlutaş' ın Maliyeden elde ettiği hakların miktarı ile ilgilidir, kendi başına EIC hakları ile değil.

Hakem Kurulunun görüşüne göre, EIC haklarının KDJV defterlerinde muhasebeleştirilmesi, Liderin 7 Aralık 1994 kararı ile ele alınan yukarıdaki üç husustan ayrı düşünülmelidir.

Muhasebe ile ilgili husus, EIC' nin nitelik ve maksadının, yerli ortağın EIC istisnası sebebiyle elde ettiği vergi ve resimlerin yerli ortak tarafından, yabancı bir ortağı olan Ortak Teşebbüse zimmet kaydedilmesini gerektirip gerektirmediğidir. Her ne kadar bu vergi ve resimler, kişisel vergi istisnası dolayısıyla yerli ortak için tahakkuk etmemişse de.

Kutlutaş' ın iddiasına göre, eğer yerli ortak, vergi ve resim istisnalarının değerini içermeyen indirimli bir gideri Ortak Teşebbüsün zimmetine kaydedecek olsaydı, bunun sonucunda Ortak Teşebbüs ve dolayısıyla yabancı ortak bu primden "fiilen yararlanmış" olurdu. Kutlutaş' a göre bu sonuçtan kaçınmanın tek yolu Kutlutaş' ın normal maliyeti, yani vergi ve resim istisnalarını içeren maliyeti Ortak Teşebbüse zimmet kaydetmesidir veya bir alternatif olarak, aksi takdirde Ortak Teşebbüsün ödemesi gereken vergi istisnalarının değerini zimmete kaydetmektir. KDJV defterlerinde bundan başka şekilde bir hesap tutulması EIC yasasına karşı bir hile teşkil eder ve EIC' lerin iptaline yol açardı. Kutlutaş, ayrıca bu yolda bir hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olacağı için Türkiye' de infaz edilemeyeceğini de iddia etmektedir.

15. Sunulan delillere dayanarak Hakem Kurulu, Maliyenin Kutlutaş' a tanıdığı hakların devri veya paylaşılması ile, EIC' lerin yerli müteahhit tarafından kullanılmasıyla elde edilen bir meblanın devri arasında bir ayırım yapılması gerektiği görüşüne varmıştır.

Duruşma sırasında Hakem Kurulunun Taraflara ve onların bilirkişilerine verdiği aşağıdaki iki örneğin incelenmesi bu ayrıma berraklık getirmektedir.

Dövizle finanse edilen istenilen nitelikte bir projenin mukavelesi bir yabancı firmaya ihale edildiği zaman, ancak yabancı firmanın yerli malzeme müteahhidi tarafından projede kullanılacak mal ve malzemeleri temin eden malzemeci EIC' den yararlanabilir. EIC sadece yerli firmaya verilmektedir ve yerli firma EIC haklarını yabancı firma ile paylaşmaz. Ancak, yerli firma EIC' den elde ettiği hakların miktarını şu şekilde devredebilir: Türk Müteahhitinin EIC' yi kullanmasının sonucu olarak yabancı firmaya daha düşük bir fiyat verir.

Bu belirli örnek karşısında bütün hukuk uzmanları ile muhasebe uzmanları bu sonuca Türk yasasının müsaade edeceğini ve Türk muhasebe prensiplerine uygun düşeceğini kabul ettiler. EIC hakları olarak yabancı firma ile paylaşmadığı sürece yerli müteahhidin sağladığı avantajlar yabancı firmaya intikal ettirilebilir.

Bir Ortak Teşebbüsün yerli ortağının EIC kullanma yoluyla daha düşük fiyatlar elde etmesi durumunda da aynı düşünce tarzı geçerli görüldüğüne göre, şu soru sorulmuştur: böyle bir durumda acaba yerli ortak EIC' den elde edilen hakların miktarı da Ortak Teşebbüse devredebilir mi, çünkü yerli ortak sadece bir EIC sadece hak sahibi olarak kendine tahakkuk eden "net maliyeti" Ortak Teşebbüse zimmet kaydetmektedir.

Bu örnek de verildiğinde Denet Denetim Şirketinden Bay Günel dışında bütün hukuk ve muhasebe uzmanları bunun Türk Teşvik Mevzuatına uygun olduğunu, çünkü yerli bir ortağın bir projeye katılmaya teşvik edilmesi ve bunun sonucunda döviz tasarruf edilmiş olması ile Teşvik Mevzuatının maksadının hasıl olduğunu açıkça kabul ettiler.

Bay Günel' in ifadesine göre, EIC Mevzuatının sonucu şöyledir: Her ne kadar yerli ortak EIC' den yararlanarak maliyeti düşürmüş ise de, vergi ve resim istisnalarının değerini, aslında EIC' yi kullanmak suretiyle bu harcamaları yapmamış olduğu halde, sanki EIC' den hiç yararlanmamış gibi Ortak Teşebbüsün zimmetine kaydetmesi gerekir.

Ancak Bay Günel, yerli ortağa bu "giderleri" Ortak Teşebbüsün zimmetine kaydetmek zorunluluğu getiren belirli bir hukuki veya diğer muhasebe hükmü gösterememiştir. Sadece, bir ortak teşebbüsün muhasebesinin bu şekilde tutulması hakkında bir hüküm taşımayan Teşvik Mevzuatının genel ilkelerine atıfta bulunmuştur. Aslında EIC haklarının Ortak Teşebbüs defterlerinde hesabının nasıl tutulacağı konusunda EIC Mevzuatı sessiz kalmıştır. Dolayısıyla Hakem Kurulu Bay Günel' in EIC haklarının KDJV defterlerindeki muhasebesi konusundaki görüşüne katılmamaktadır.

Hakem Kurulunun bu tesbiti, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının 18 Mart 1996 tarihli ve HDTM' nin Dillingham' ın ilgili bir sorusu üzerine yazdığı mektubundaki (CB 498) aşağıdaki beyan ile de teyid edilmektedir:

Bay Günel' in karşıt görüşünü değerlendirirken Hakem Kurulu kendisinin Denet Denetleme Firmasının bir ortağı olduğunu ve Kutlutaş' ın 7 Aralık 1994 Lider kararının temelinde bu firmaya dayandığını da dikkate almıştır.

"Yerli ve yabancı ortak arasında kendileri tarafından üstlenilmiş projenin gerçekleştirilmesi için yapılmış bir anlaşma özel hukuk hükümlerine tabi olup teşvik mevzuatında bununla ilgili bir şey yoktur.

Teşvik mevzuatında, yerli ortağın yabancı ortaktan, bir teşvik belgesinden sağlanan bir hakkın tam bedelini talep etmesine izin veren hiçbir şey yoktur."

Hakem Kurulunun görüşüne göre, EIC ile tanınan haklar Kutlutaş tarafından olduğu gibi KDJV' ye veya Dillingham' a devredilemez veya onlarla paylaşamaz olmakla beraber Kutlutaş ' ın EIC' lerin kullanılmasından sağladığı vergi tasarruflarını KDJV' ye intikal ettirmek üzere yabancı ortakla bir anlaşma yapması için bir engel yoktur.

Teşvik Mevzuatında, Kutlutaş' ın EIC' lerden sağladığı yararların tam değerini Kutlutaş' ın Dillingham' dan talep etmesini gerektiren hiçbir hüküm bulunmadığına göre Kutlutaş, EIC' leri kullanmak yoluyla sağladığı bir vergi tasarrufunu Dillingham' a intikal ettirmek üzere bir anlaşma yapıp yapmamakta serbesttir. Böyle bir anlaşma Projenin gerçekleşmesi için özel hukuk hükümlerine tabi bir anlaşma olur. Teşvik Mevzuatında bu hususta bir hüküm bulunmadığına göre böyle bir anlaşma EIC yasası muvacehesinde bir aldatmaca teşkil etmez

16. EIC' den elde edilen hakların değeri, Kutlutaş' ın fiilen yaptığı bir masraf olmadığına göre, Kutlutaş' ın önerdiği şekilde EIC' lerin değerinin KDJV defterlerinde muhasebeleştirilmesi, EIC' ler yoluyla gerçekleşen tasarruf miktarına tekabül eden beklenmedik (havadan gelme) bir kar teşkil eder.

Hukuk uzmanlarının ve diğer muhasebe uzmanlarının hiçbirisi (Bay Günel dışında) veya Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı bu durumun EIC mevzuatının bir sonucu olabileceğini veya olması gerektiğini söylememiştir.

Dillingham' ın muhasebe bilirkişileri Kutlutaş' ın gerçekte yüklenmediği bir masrafı KDJV' ye zimmet kaydedemeyeceğini, çünkü bunun kurumlar vergisi yasasının gizli karları düzenleyen 17. maddesini ihlal edeceğini beyan etmişlerdir. Ayrıca Kutlutaş'

ın "gayrimevcut" masraflar için KDJV' ye fatura çıkarması da mümkün değildir. Aslında, EIC haklarının değerini KDJV defterlerine Kutlutaş' ın bir istihkakı olarak geçirmenin tek yolu bunların "şerefiye" olarak kaydedilmesidir ki, bunun için de ortaklar arasında bir anlaşma bulunması gerekir. Ancak açıkça görülüyor ki bu olayda böyle bir anlaşma mevcut değildir.

Dolayısıyla, Hakem Kurulu, Liderin 7 Aralık 1994 tarihli kararında yer alan dördüncü husus ile ilgili olarak, EIC Mevzuatının, EIC haklarının KDJV defterlerinde Kutlutaş' a alacak yazılmasını gerektirmediği sonucuna varmıştır.

KDJV' nin hesaplarının gözden geçirilmesini gerektiren EIC mevzuatı değildir. EIC haklarının KDJV' nin defterlerinde muhasebeleştirilmesi Taraflar arasında bir özel anlaşma konusudur.

KDJV Anlaşması

17. Dillingham KDJV Anlaşmasına dayanarak, Kutlutaş' a verilen EIC' lerden sağlanan hakların, hem KDJV Anlaşmasının 3. maddesine, hem de İsviçre Borçlar Yasasının ("CO") 532. maddesine göre KDJV' nin bir varlığı veya karı olduğunu iddia etmektedir.

Yukarıdaki 13. paragraftaki bulgulara göre, Maliye tarafından Kutlutaş' a tanınmış olan EIC vergi istisnaları, kişisel ve devredilemez vergi muafiyetleridir. Buna göre bunlar kendi başına KDJV için bir kıymet teşkil etmezler.

Ancak, EIC' lerin kullanımıyla tahakkuk eden vergi tasarrufu KDJV' nin karıdır. "Kar" terimi KDJV Anlaşmasında tanımlanmamıştır. Uygulanacak İsviçre Borçlar Yasasının 532. maddesi şöyle diyor:

"Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einen Gewinn, der seiner natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den anderen Gesellschafter zu teilen."

Bunun serbest tercümesi şöyledir:

"Her bir ortak niteliği itibarıyla ortaklığa izafe edilebilecek herhangi bir karı diğer ortaklarla paylaşacaktır."

İsviçre yasasında kullanılan kar (Gewinn) terimi çok geniş olarak yorumlanmalıdır. Bu açıdan ortaklık karı, ortaklığın çıkarına yapılan faaliyetlerle bir ilişkisi olan herhangi bir avantajdır.

EIC' den elde edilen yarar, Mukavelenin icrasının sonucu olarak bir ortağın sağlamış olduğu bir tasarruftur. EIC' ler yoluyla sağlanan tasarrufun KDJV faaliyetleri ile ilişkili bir avantajdır.

Bu sebeple bu tasarruflar İsviçre Borçlar Yasasının 532. maddesinde ve dolayısıyla KDJV Anlaşmasının 3. maddesinde kullanılan anlamda "kar" kavramına uygundur.

EIC' lerin kullanılmasından sağlanan kar da KDJV' ye maledilebilir. Her ne kadar EIC mevzuatının niteliği dolayısıyla bu tasarruflar yalnız yerli ortak adına gerçekleşse de, bunlar gene de Mukavelenin icrasından kaynaklanmaktadır, çünkü uygun nitelikteki bir proje ve Dillingham' ın sağladığı dış finansman olmadan Kutlutaş bu tasarrufları gerçekleştiremeyecekti.

İsviçre Borçlar Yasası madde 532' nin uygulanması hakkında Kutlutaş, EIC hakları kişisel ve devredilemez vergi imtiyazları olduğundan "tabiati icabı", KDJV' ye maledilemeyeceğini ve dolayısıyla İsviçre Borçlar Yasası madde 532' nin bu meselede uygulanamayacağını da iddia etmektedir.

Ancak, yukarıda 13 ve 16. paragraflardaki bulgulara göre, EIC haklarının devri veya paylaşılmasına, EIC' lerin kullanılması ile gerçekleşen vergi tasarruflarının tamamen veya kısmen devri -ki bu hususla Taraflar arasında bir anlaşma yapılabilir-konusundan farklı bakılmalıdır.

Buna göre, KDJV Anlaşmasının 3. Maddesinin ilk nazarda Taraflar arasında böyle bir anlaşma teşkil ettiği ve böyle bir anlaşmaya göre EIC' lerin kullanılması ile gerçekleşen vergi tasarrufu miktarının KDJV' ye intikal ettirilmesi gerektiği sonucuna varıyoruz.

Ancak, bu konuda kesin bir sonuca varmadan önce Kutlutaş' ın ileri sürdüğü iki hususun daha ele alınması gerekmektedir.

Vergi İstisnaları ile İlgili Anlaşma

18. Bunların birincisi, Dillingham ile Kutlutaş arasında, 25 Mart 1986' de Ortak Teşebbüs Ön Anlaşmasının imzalandığı sıralarda yapıldığı iddia edilen bir anlaşma ile ilgilidir, bu anlaşmaya göre ABD' de gerçekleşen vergi istisnaları yalnız Dillingham lehine ve Türkiye' de gerçekleşen vergi istisnaları yalnız Kutlutaş lehine tahakkuk edecektir.

Böyle bir anlaşmanın yapılmış olduğuna dair yazılı bir kanıt mevcut değildir. Sadece Bay Saatçioğlu bu konuda şifahi tanıklıkta bulunmuştur, fakat bu şahadeti yazılı tanık ifadesinde yer almamaktadır. Hakem Kurulunun sorusu üzerine bu anlaşmayı, kendisiyle Dillingham' dan Mr. Glover arasında bir centilmenlik anlaşması olarak belirlemiştir.

Böyle bir anlaşmanın mevcudiyeti ortaya çıkmış olsa dahi İsviçre yasalarına göre bir centilmenlik anlaşması bağlayıcı nitelikte değildir. Bu sebeple Kutlutaş böyle bir anlaşmanın bağlayıcı niteliğine dayanamaz.

Ancak, Kutlutaş' ın iddiasına göre, eğer Hakem Kurulu Mr. Glover' ı dinlemiş olsaydı bu konuda bir anlaşmanın mevcut olduğunu teyid edebilirdi. Kutlutaş' ın Mr. Glover' ın tanık olarak dinlenmesi yolundaki talebi Hakem Kurulu tarafından Cenevre' deki duruşma sırasında usule müteallik bir ara kararıyla reddedilmiştir. Hakem Kurulu, diğer hususlar meyanında Milletlerarası Ticaret Odası Tüzüğü'nün 14. Madesine, ve Mr. Glover' ın Kutlutaş' ın tanık listesinde bulunmamasına ve ayrıca aşağıdaki sebeplere istinaden verilen bu kararı teyid etmektedir:

Mevcudiyeti iddia edilen böyle bir anlaşmaya ne müteakip KDJV Anlaşmasında ne de o sırada yapılan bir başka belgede yer verilmiştir.

Aslında Bay Saatçioğlu 1987' de kati teminat mektubunu damga resminden muaf tutan ve net giderleri Ortak Teşebbüsün defterlerine kaydedilen ilk EIC alındığında hala proje ile ilgili bulunuyordu. Ancak anlaşıldığına göre Bay Saatçioğlu iddia edilen bu anlaşmayı Kutlutaş Yönetim Kurulu üyesi ve KDJV İcra Komitesinin sorumlu üyesi Bay Erişen' e bildirmemiştir.

Taraflar arasında 1994' de anlaşmazlık çıktığında ve ihtilaflı miktarın 10 Milyon doların üzerinde olduğu açıkça görüldüğünde de iddia edilen anlaşmanın sözü edilmemiştir.

Bu sebeplerle, Hakem Kurulu, bu konuda bir anlaşma mevcut olduğuna dair Kutlutaş' ın iddiasını destekleyecek doğrudan veya dolaylı bir delile rastlamamıştır.

Kutlutaş' ın Sağladığı Vergi Tasarrufu Konusunda Anlaşma

19. İkinci nokta, KDJV Anlaşmasının imzalanmasını müteakip aynı zamanda hazırlanıp teati edilen mektupların ve diğer belgelerin nasıl değerlendirileceğidir, çünkü KDJV değerlendirilmesi, kalıcı tesisler için kullanılacak ve Mukavele gereği İş

Sahibi tarafından bedeli ödenecek techizat ve malzeme için gümrük resimleri dışındaki vergi ve gümrük resimlerini de içermektedir.

Görüşümüze göre, şimdiye kadar kurulumuza sunulan deliller, tarafların niyetinin, EIC' lerin kullanılması yoluyla Kutlutaş' ın sağlayacağı yararların KDJV lehine tahakkuk etmesi yolunda olduğunu göstermektedir.

EIC hakları meselesi ilk olarak Bay Erişen' in 15 Temmuz 1988 tarihli teleksi ile (DB 087) Dillingham' ın dikkatine sunulmuştur. Bir akreditif açılması ile ilgili olarak, akreditifin yerli lehdarının kim olacağı sorusu ortaya atılmıştır. Bu telekste Kutlutaş, yerli lehdar olarak Kutlutaş' ın seçilmesini önermiştir, çünkü;

"Bu takdirde Kutlutaş' ın İhracatı Teşvik Belgesinden yararlanarak (EIC' nin toplam miktarı üzerinden) %3 damga resminden muaf olacağız. Aynı belge ile ayrıca kestirme bir yolla, müşteriden mukaveleye göre ödemesi gereken bu gibi borçları talep etmeyerek başlangıçta malzemelerin gümrük resimlerinden de muaf olacağız. Bütün bu konuları İş Sahibi ve Hazine ile müzakere ettik ve her ikisi de Kutlutaş' ın yerel lehdar seçilmesini tavsiye ettiler..."

Dillingham aynı günde gönderdiği cevap teleksinde (CB 098) aşağıdaki soruları sordu:

"Teleksinizin 2 No.lu paragrafında "...Kutlutaş' ın İhracatı Teşvik Belgesinden..." söz ediyorsunuz. Bu belgenin kapsamını tam olarak bilmiyoruz. Kutlutaş adına aldığımız Yatırım Teşvik Belgesinden başka bir şey mi? İnşaat teçhizatından ayrıca inşaat malzemelerinin de gümrüksüz ithal edilebileceğini ilgiyle not ettik. İhracatı Teşvik Belgenizde bu ithalatın miktarına bir sınır var mıdır?"

Kutlutaş 16 Temmuz 1988' de gönderdiği cevapta (DB 089) diğer hususlarla beraber şunları da bildiriyor:

"Ortak Teşebbüsün Teşvik Belgelerinden sağlayacağı yararları size defalarca bildirdik ve bütün bu önerilen çözümlerin Kutlutaş için değil, Ortak Teşebbüsün çıkarına olduğuna sizleri temin etmeye çalıştık. Şimdi bir kere daha tekrarlıyorum ki, Ortak Teşebbüsün teşviklerden ve muafiyetlerden doğru zamanda ve azami miktarda yararlanması ve Ortak Teşebbüs giderlerinin asgariye indirilmesi için bütün bu önerilen usuller onayınıza sunulmaktadır."

Bay Erişen ayrıca, projeyle ilgili yatırımları ve İhracatı Teşvik Belgelerinin kullanılmasından sağlanacak yararların bir özetini çıkartıp 4 Ağustos 1988 tarihli bir

Muhtıra (CB 107) ile Dillingham' a göndermiştir. Muhtıranın 2. madesinde şöyle yazılmaktadır:

"Tarafların Kutlutaş' ı ithalatçı tayin ederek Kutlutaş' ın teşvik belgesinden yararlanmak istemeleri halinde Kutlutaş tarafından resmi makamlara ibraz edilecek akreditiflerin miktarı için taraflar %50 temelinde kontr garanti vereceklerdir ve bu takdirde Kutlutaş adına açılan akreditif Kutlutaş' ın İhracatı Teşvik Belgesiyle, akreditife uygulanacak damga vergisinden istisna edilebilecek olsa dahi, Dillingham' ın kontr garanti bölümüne ait damga vergisine diğer taraftan herhangi bir istisna uygulanmayacaktır."

Alınan bilgiye ve verilen tavsiyeye göre, Bay Erişen' in Kutlutaş' ın ithalatçı tayin edilmesi yolundaki teklifinin kabul edilip edilmemesi, 2-6 Ağustos 1988 tarihinde yapılan 3 no.'lu icra komitesi toplantısında müzakere edilmiştir. Sözü geçen toplantının zabıtlarına (CB 110) göre, Taraflar 3 no.'lu madde ile Kutlutaş' ın, Eximbank Kredisi ile açılacak akreditifin yerli müracaatçısı ve bu krediyle satın alınacak mal ve hizmetlerin ithalatçısı tayin edilmesine karar vermişlerdir:

"Kutlutaş' ın Yatırımı Teşvik ve İhracatı Teşvik Belgelerindeki muhtemel menfaatlerden yararlanabilmek için bu akreditifi ve ayrıca müteakip ithalat muamelesinin bütün masraflarının Ortak Teşebbüs tarafından karşılanması şartıyla..."

Hakem Kurulu bu delillere dayanarak, Kutlutaş' ın ECI' lerin kullanılmasından sağladığı vergi tasarruflarının KDJV' ye devretmeyi teklif ettiğini ve Dillingham' ın da bu teklifi kabul ettiğini anlamıştır. Bu anlaşma ile KDJV Anlaşmasının 3. maddesinde yer alan ilke, spesifik olarak EIC hakları için ve bazı vergi ve gümrük resimlerinin Proje tahminine dahil edilmiş olması dikkate alınmaksızın teyid edilmiştir.

20. Bu sonuca varan Hakem Kurulu doktor raporu ile belgelediği sağlık sebepleri yüzünden duruşma sırasında şifahi tanıklık yapamayan Bay Erişen' in yazılı tanık ifadesini de dikkate almıştır.

Bay Erişen tanık ifadesinde Kutlutaş' a tanınan imtiyazlara KDJV' ye ancak geçici olarak verilebileceğini ve o sırada başka bir beyanda bulunmuş olsa dahi bunun öyle bir hak sahibini bağlamayacağını veya mevcut haklarını ihlal etmeyeceğini, çünkü ihracat teşviklerinden sağlanan yararların dolaylı dahi olsa paylaşılmasına imkan bulunmadığını açıklamıştır (Bay Erişen, 22 Ocak 1996 tarihli tanık ifadesi, sayfa 5-6).

Bu ifadede, yukarıda ele alınan Bay Erişen' in EIC mevzuatını kendi yorumlamasından çıkan bir sonuç olmakla beraber, Kutlutaş' a verilen teşviklerden KDJV' nin sadece geçici olarak yararlanabileceği iddiasına dair herhangi bir delil görülememiştir. Eğer Bay Erişen' in maksadı bu idiye bu maksat ne o sırada çekilen telekslerde, ne de İcra Komitesinin 2-6 Ağustos 1988' de yapılan İcra Komite Toplantısının tutanaklarında ifade edilmiştir. Aslında, Bay Erişen' in hazırladığı 4 Ağustos 1988 tarihli Muhtıra (CB 107) malzeme ve teçhizatın geçici mi yoksa kalıcı mı olarak ithal edileceği konusuyla ilgilidir. Kutlutaş' ın Yatırımı Teşvik ve İhracatı Teşvik Belgelerinin ışığında her iki çözümün Proje için yarar ve zararlarına işaret eden Bay Erişen 4 Ağustos 1988 tarihli Muhtıradadır;

"Geçici ithalat yapılması durumunda hiçbir Teşvik Belgesi kullanılamaz" diyor.

Bu durumda, icra Komitesi malzeme ve teçhizatın Türkiye' ye kalıcı olarak ithal edilmesine ve teçhizat ve malzemenin Kutlutaş tarafından Ortak Teşebbüse geri devredilmesine ilişkin detaylı bir Niyet Muhtırası hazırlanmasına karar verilmiştir. Bu Muhtıra taraflarca 8 Ağustos 1988' de imzalanmıştır (CB 118).

Bu bilgilerin ışığında Bay Erişen' in tanık ifadesi bizce hakettiği ağırlıkla değerlendirilmiştir.

Tarafların Davranışları

21. EIC' lerin kullanılmasından sağlanan yararların devredilmesi ile ilgili Tarafların anlaşması da, EIC haklarının KDJV defterlerinde muhasebeleştirilmesi konusunda Tarafların davranışları ile teyid edilmektedir.

1988 den 1993 yazına kadar EIC istisnaları ile ilgili bütün muameleler KDJV defterlerine o şekilde kaydedilmiştir ki sadece Kutlutaş' a tahakkuk eden net giderler KDJV' ye faturalanmıştır. Bu beş yıllık süre içinde, ithal edilen malzemeler ve teçhizat, Kutlutaş tarafından EIC olmasaydı normal olarak farkedilecek gümrük resimleri ve diğer harçların istisnası dahil olarak faturalanmıştır. Aynı şekilde, akreditif ve banka garantileri ile ilgili muafiyetler de Kutlutaş tarafından muhasebe kayıtlarına geçirilmemiştir. Ayrıca, bu süre içinde KDJV' nin defterleri, hiçbir itiraza uğramadan Denet denetim firması tarafından denetlenmiştir.

Bu sebeple, o süre içinde EIC haklarının muhasebe kayıtlarına geçmesinin, Tarafların EIC' lerin kullanımından sağlanan yararların Kutlutaş tarafından KDJV' ye intikal ettirilmesi niyetini taşıdıklarına işaret ettiği görüşündeyiz.

Hakem Kurulunun 1 ve 3 No.lu Talepler Hakkında Vardığı Sonuçlar

22. Yukarıda açıklanan durumlar karşısında, Tahkim Şartlarının zeylinde açıklanan Dillingham' ın birinci talebi konusunda Hakem Kurulunun kararı şöyledir:

- Liderin 7 Aralık 1994 tarihli kararı geçerlidir; şöyle ki, Türk Maliyesi ile Kutlutaş arasında olup EIC vergi istisnaları, EIC belgelerinin sahibi sıfatıyla Kutlutaş' a kişiseldir. Liderin kararı, bu sonucu yansıttığı ölçüde geçerlidir. Ancak, Liderin kararının, Kutlutaş' ın EIC' ye göre vergi tasarruflarını sağladıktan sonra bu yararların miktarını, KDJV veya Dillingham da dahil, üçüncü şahıslara tamamen veya kısmen devredemeyeceğine dair kısım geçersizdir.
- EIC'lerin kullanılmasından sağlanan yararların miktarının Kutlutaş tarafından KDJV defterlerinde muhasebeleştirilmesi konusunda, Liderin 7 Aralık 1994 kararı sebebiyle hesapların gözden geçirilmesinden önce Tarafların uyguladıkları aynı ilkeler hem geçmişe hem de geleceğe uygulanacaktır.

Yukarıdaki kararın devamı olarak, Tahkim şartlarının zeylinde açıklanan ve ayrıca 1 Mayıs 1996 tarihli dilekçeyle daha açıklık getirilen Dillingham' ın üçüncü talebi ile ilgili Hakem Kurulunun kararı şöyledir:

- EIC' lerin Kutlutaş tarafından kullanılmasından sağlanan yararların miktarının muhasebesi ile ilgili Liderin 7 Aralık 1994 tarihli kararının geçersizliği karşısında, bağımsız bir denetim firması tarafından usulüne uygun bir muhasebeleştirme yapılması ve buna Ortak Teşebbüs Anlaşmasının 18.2 maddesinde tesbit edilen uygun bir faiz hesaplanmasının da dahil edilmesi gerekir. Bunun sonucunda Dillingham veya KDJV hesabına uygun alacak kaydedilir ve ödemeler yapılır.
- 7 Aralık 1994 kararı Kutlutaş tarafından KDJV hesaplarının gözden geçirilmesi suretiyle uygulanmış olduğundan, KDJV hesaplarının düzeltilmesine ilişkin her türlü giderlerin Kutlutaş tarafından karşılanması gerekmektedir.

Tahkim Masrafları

23. Uluslararası Ticaret Odası Tüzüğü'nün 20. Maddesine göre, dava masraflarını Taraflardan hangisinin ödeyeceğine veya masrafların Taraflarca hangi oranda ödeneceğine kesin kararı Hakem Kurulu verecektir. Mutad usullere göre kazanan taraf, tahkim masraflarının ve Tarafların hukuki masraflarının kaybeden tarafça ödenmesini bekleyebilir. Ancak Hakem Kurulu bu konularda karar verirken, diğer ilgili etkenleri de dikkate alarak takdir hakkını kullanacaktır.

Yukarıdaki sonuca göre Dillingham esas itibarıyla bu Tahkim davasını kazanmış ise de kararının tamamı geçersiz addedilmemiştir. Ancak Taraflar arasındaki anlaşmazlığın esas sebebi EIC haklarının KDJV defterlerinde muhasebeleştirilmesi idi. Bu itibarla Tahkim masrafları ve Tarafların hukuki masrafları konusundaki kararımız aşağıdaki şekilde olmuştur:

24. Tahkim masrafları, yani Hakemlerin ücret ve giderleri ile idari giderler Uluslararası Tahkim Divanı tarafından 300.000 dolar olarak tesbit edilmiş olup bu miktarın 240.000 doları Dillingham ve 60.000 doları Kutlutaş tarafından ödenmiştir. Dillingham'ın talepleri esas olarak kazanmış olduğu cihetle, tahkim masraflarının %80'inin Kutlutaş ve %20'sinin Dillingham tarafından ödenmesini uygun gördük.

Milletlerarası Tahkim Divanının tesbit ettiği miktarın ödenmesinde, Tarafların vermiş oldukları avansların uygulanmasında, Dillingham'ın giderlere karşılık ödediği avans dolayısıyla Kutlutaş'ın Dillingham'a 180.000 dolar tediye etmesi gerekmektedir.

25. Tarafların hukuki masrafları ile ilgili olarak Kutlutaş'ın kendi hukuki masraflarını tamamen ödemesine ve Dillingham'ın hukuki masrafların bir kısmını aşağıdaki kurallara göre tazmin etmesine karar verildi.

Her ne kadar Milletlerarası Ticaret Odası tüzüğü hukuki masrafların bir tarifini vermese de, genel kabule göre hukuki masraflar, tarafı tahkim muamelesinde temsil eden vekilin ücret ve giderlerini, bilirkişilerin ve olayın tanıklarının ücret ve giderlerini içermektedir.

Milletlerarası Ticaret Odası Tüzüğü'nün 20. maddesinde sözü edilen "normal" hukuki masrafın bir tarafın hukuki masraflarının ne ölçüde tazmin edeceğini sınırlamaktadır.

Dillingham'ın yaptığı hukuki masraflarla ilgili olarak ibraz ettiği gider özetinde toplam 960.494,20 dolar görülmektedir. Bu toplam içinde 165.000 dolarlık Milletlerarası Ticaret Odası avansları da bulunmaktadır. Bu miktar daha önce ödendiği için tenzil edilmesi gerektiğinden, geriye 795.494,20 dolar kalmaktadır.

Ayrıca, Dillingham'ın ara talebi ile ilgili giderler de indirilmelidir, çünkü bu talep Hakem Kurulu tarafından reddedilmiş olduğundan o kararın giderleri buradaki nihai karar için saklı tutulmuştur. Dillingham'ın ara talebi için yaptığı masraflar 15.597,50 dolar tutarındadır. Bu masraflar Dillingham tarafından ayrılmış olmakla beraber ilgili dönem içindeki aylık faturalara dahildir. Böylece Dillingham'ın hukuki masrafları 779.896,70 dolar olarak düşünülebilir.

Dillingham' ın gösterdiği bu miktar Kutlutaş' ın ibraz ettiği 327.659,85 sfrs ve 25.164,10 dolar ile mukayese edilirse, Dillingham' ın hukuki masrafları Kutlutaş' ın hukuki masraflarının iki katından fazladır.

Dillingham' ın yaptığı masraflarla ilgili olarak görüşümüz şöyledir: Bu masraflar esas itibarıyla Liderin kararının zaten uygulanmış olduğu ve bu kararın ayrıca KDJV' nin gelecekteki muhasebesi ile ilgili olduğu vakıasına izafe edilebilir. Bu sebeple Dillingham' ın, Liderin kararının bozulması kararını alabilmek için bu tahkimde azami çaba sarfetmesi gerekli olmuştur. Ayrıca Dillingham' ın bilirkişi ve tahkim yerine seyahat masraflarının da çok daha yüksek olduğunu da dikkate aldık. Fakat bu etkenler ve bu meselenin sonuçlarına şekli dikkate alınmış olsa dahi, gene de Tarafların yaptıkları hukuki masraflar arasında belirli bir dengesizlik olduğu görülmektedir. Bu durum karşısında Kutlutaş' ın Dillingham' ın hukuki masraflarını sadece 450.000 dolar miktarında bir katkıda bulunması gerektiğine karar verdik.

Nihai Karar

Yukarıda belirtilmiş olan gerekçelerde bu tahkimde aşağıdaki şekilde KARAR ve TALİMAT verilmiştir.

1. Kutlutaş' ın KDJV Lideri sıfatıyla 7 Aralık 1994 tarihinde almış olduğu karar, bu tahkim kararında beyan edilen sonuca uygun olduğu ölçüde geçerlidir. Ayrıca söz konusu karar, bu tahkim kararında beyan edilenlere zıt sonuçları ifade ettiği ölçüde geçersizdir ve özellikle Kutlutaş' ın kararından önce kullanılmakta olan EIC Belgelerinin kullanılmasından sağlanan tasarrufların muhasebeleştirme yönteminin gözden geçirilmesini gerektirdiği bakımdan geçersizdir.
2. EIC' lerin Kutlutaş tarafından kullanılmasından sağlanan yararların KDJV defterlerinde muhasebeleştirilmesi konusunda, Kutlutaş' ın 7 Aralık 1994 tarihli kararı üzerine muhasebenin gözden geçirilmesinden önce Taraflarca izlenen aynı prensipler hem geçmişe hem de geleceğe uygulanacaktır.
3. Kutlutaş' ın 7 Aralık 1994 tarihli kararı, EIC' lerin Kutlutaş tarafından kullanılmasından sağlanan yararların muhasebesi açısından geçersiz olması sebebiyle, bağımsız bir denetim firması tarafından uygun bir muhasebe yapılmalı ve buna Ortak Teşebbüs Anlaşmasının 18.2 maddesinde tesbit edilmiş olan uygun bir faiz hesaplanması da dahil edilmelidir. Böylece Dillingham veya KDJV münasip şekilde alacaklandırılacak veya kendilerine ödemeler yapılacaktır.

4. Muhasebenin gözden geçirilmesine ilişkin bütün giderler münhasıran Kutlutaş' a ait olacaktır.

5. Bu Tahkim Kararının giderleri, hakemlerin ücret ve masrafları ve idari masraflardan oluşan bu Tahkim muamelesinin giderleri Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından 300.000 dolar olarak tesbit edilmiştir.

Tarafların ödemiş oldukları avanslar hesaba katılarak, Kutlutaş Dillingham' a derhal 180.000 dolar tediye edecektir.

Tarafların ödemiş oldukları avanslar hesaba katılarak Kutlutaş Dillingham' ın bu tahkimdeki hukuki giderlerine katkı olarak Dillingham' a derhal 450.000,00 dolar ödeyecektir.

Tahkim Yeri: Cenevre

Karar Tarihi: 9 Aralık 1996

Dr. Joachim E. Goedel

James J. Myers

Prof. François Knoepfler

5.3. Davanın Nihai Sonucu

Tahkim usulünün nihai aşaması karardır. Tahkim usulüne hakim olan kurallar çerçevesinde hakem veya hakemler bir karar verir. Kararın şekli, oluşumu, geçerli olup olmaması, taraflar açısından bağlayıcı hale gelmesi vs. gibi konular tahkim prosedürüne uygulanan kurallara tabidir. Daha önce, tahkim prosedürüne uygulanan kuralları birinci planda tarafların serbestçe belirleyebildiğini ifade edilmişti. Ancak; bu noktalarda milli hukuk sistemleri tarafların iradesine sınırlamalar getirmektedir. Bu sınırlamalar, hususen kararların tenfizi safhasında ortaya çıkmaktadır.

Günümüzde, asgari adalet ilkelerine uygunluk içinde olmak kaydıyla hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, uluslararası ticari ve ekonomik işbirliğinin bir gereği olarak kabul edilmelidir. Gerçekten de; uluslararası ticaret risklerle doludur. Bu risklerin başında, potansiyel uyuşmazlıklar gelmektedir. Uyuşmazlıklar üzerine verilecek kararların icra edilememesi endişesinin, uluslararası ticaretin maliyetini ve sirkülasyonunu olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Bu nedenle; yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi imkanları, uluslararası ticaretin gelişmesi ve yaygınlaşmasını dolaylı olarak olumlu biçimde etkilemektedir. [24, s. 248 – 250]

“Case Study” olarak bu bölüm içinde ele alınan uluslararası tahkim davasında hakemler tarafından verilen hakem kararının Türk Mahkemelerinde tanınması ve tenfizi istenmiştir. Sonuçta bu karar Yargıtay tarafından kamu düzenine, New York Anlaşmasının ve 2675 sayılı kanunun ilgili hükmündeki kamu düzeni maddesine göre aykırı bulunmuş ve tanınma ve tenfizi reddedilmiştir. [29, s. 11 – 12]]

Aşağıda hakem kararının tenfiz ve temyiz davalarının kararları yer almaktadır.

T.C BEYOĞLU TİCARET MAHKEMESİ

Esas No: 1997/40

Karar No: 1997/374

Dava: TENFİZ

Dava Tarihi: 2.2.1997

Karar Tarihi: 2.9.1997

Davacı vekilleri tarafından davalı aleyhine mahkememize açılan davanın yapılan açık duruşmaları sonunda, dosya incelendi.

GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ: Davacı vekili dava dilekçesi ile müvekkili ile davalı Kutlutaş' ın İzmir Çevreyolu ile 149 km.' lik 3 şeritli Aydın Otoyolunun yapımı konusunda 27.7.1987' de bir ortak girişim sözleşmesi akdettiklerini, sözleşmeye göre tarafların ortaklıktaki paylarının % 50 olarak kararlaştırıldığını ve davalının ortaklık için lider üye seçildiğini, ortak girişimin Türk ayağı olan davalının ortak girişimin konusu olan işle ilgili olarak Türk hükümetinden ihracatı teşvik belgesi aldığını, ortaklığın konusunu teşkil eden işle ilgili olarak alınan teşvik belgelerinin damga vergisi, gümrük vergisi, muafiyetleri gibi muhtelif avantajlar sağlamakta olduğunu, taraflar arasında ortak girişim anlaşmasının ilgili maddesine uygun olarak teşvik belgelerinin sağladığı avantajların ortaklık lehine elde edilmiş kazanımlar olarak kabul edilmiş ve ortaklığın üyeleri arasında eşit olarak paylaşıldığını, ancak davalının 1994 yılına gelindiğinde otoyol yapımı ile ilgili olarak, yerli ortak adına verilmiş bulunan teşvik belgelerinin sağladığı menfaatlerin ortak girişime değil, münhasıran kendilerine ait olduğunu iddia etmeye başladığını davalının söz konusu talep ve iddiasını 6-7 Aralık 1994 tarihli ortaklık temsilciler kurulu toplantısına getirmiş olduğunu, ve bu talep ve iddianın kurul tarafından kabul edilmediğini, bunun üzerine davalının lider üye sıfatını da kullanarak 7 Aralık 1994 tarihinde tek taraflı olarak ihracatı teşvik belgelerinin sağladığı menfaatlerin ortaklığa değil, münhasıran kendisine ait olduğu yönünde bir karar aldığını, ve ortaklık defterinde de kendi lehine 10.912.767,49 ABD doları tutarında bir alacak tesis ettiğini, bu nedenle ortaklık konusu işle ilgili olarak Türk hükümetinden davalı adına alınmış bulunan 2 adet ihracatı teşvik belgesinin sağladığı yararların ortaklığa mı, yoksa münhasıran Türk ortak Kutlutaş' a mı ait olduğu hususunda taraflar arasında uyuşmazlık çıktığını, ortak girişim sözleşmesinin 20. maddesinde söz konusu sözleşmeden doğacak

uyuşmazlıkların merkezi Paris' de bulunan Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tahkim kurullarına Teb'an kurullarına İsviçre' nin Cenevre kentinde tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırıldığını, buna uygun olarak müvekkilinin MTO tahkim mahkemesine başvurmuş ve mahkemece dava konusu edilen hakem kararının verildiğini, hakem mahkemesince; davalının 7 Aralık 1994 günü tek tarafı olarak almış bulunduğu ihracatı teşvik belgelerinin sağladığı yararların münhasıran kendisine ait olduğunu veya olacağı yönündeki kararların geçersiz olduğunun tesbitine yararların taraflar arasında eşit olarak paylaşılması gerektiğinin tesbitine ve hakem ücreti ve dava giderleri olarak davalının davacıya 630.000 ABD doları ödemesine karar verildiğini, hakem kararının İsviçre' de verilmiş olduğunu, Türkiye ve İsviçre'nin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki New York Anlaşmasına taraf olduğunu, dava konusu kararın anlaşmada sınırlı sayıda açıklanmış bulunan tenfiz şartlarına haiz olduğunu, bu nedenle anlaşma hükümlerine istinaden tanınması ve tenfizinin talep edildiğini, bu itibarla kararın yani hakem kararının tenfizine yargılama giderlerinin mal ve alacakları üzerine ihtiyati tedbir konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili cevap dilekçesi ile özetle, taraflar arasında ortak girişim adı altında adi ortaklık sözleşmesi düzenlendiğini, adi ortaklığın konusunun Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ihale ettiği İzmir Çevreyolu ile Aydın Otoyolu inşaatı olduğunu davalı şirketin sözleşme imzalanmadan önce ve imzalanmasından sonra Devlet Planlama Teşkilatı' ndan ihracatı teşvik belgeleri aldığını, bu ihracatı teşvik belgelerine göre Kutlutaş' ın damga vergileri, banka muamele vergisi, kaynak kullanımını destekleme fonu, ödemeleri ve bazı gümrük vergilerinden muaf tutulmuş, KDV ödemesini erteleme ve ithalat kurumlar vergisinden indirim hakkının tanındığını, bu indirimlerin Türk kamu düzeni niteliğindeki mevzuat hükümleri gereğince sadece Kutlutaş' a verilip onun yararlandığını, menfaatlerinin yabancı bir kişiye veya yabancı bir kişinin ortak olduğu bir ortaklığa devredilemez ve paylaştırılmaz nitelikte bulunduğunu, zira bu kuralların emredici nitelikte olduğunu, ve cezai müeyyideler taşıdığını, davalının yani müvekkili şirketin ihracatı teşvik belgelerinin sağladığı menfaatlerin sadece kendisinin olduğunu, ileri sürdüğünü, davacı yabancı ortak Dillingham Construction' nın ise bu menfaatlerin ortak girişime ait olduğunu savunduğunu ve ihtilafın bu yüzden çıktığını, uyuşmazlığın çözülememesi üzerine davacının hakem mahkemesinde dava açarak sağlanan menfaatlerden kendisinin de yararlanması gerektiğini talep ederek hakem mahkemesinin söz konusu kararı verdiğini, bu itibarla kamu düzeni niteliğindeki yararlanması gerektiğini, bu konuda maliye bakanlığının ve hazine müsteşarlığının

genelgeleri dahi bulunduğunu, tahkim şartlarının ayrıca geçersiz olduğunu, ve bundan dolayı da tenfiz talebinin reddinin gerektiğini, tahkim şartının geçerli olduğu kabul edilse dahi, hakem kararının esasının Türk kamu düzenine aykırılığı nedeni ile, tenfiz talebinin reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Dava; Yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin olup, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki yasanın 43 - 45. maddelerine dayanmaktadır.

2675 sayılı yasanın 43. maddesi gereğince kesinleşmiş ve icra kabiliyetini kazanmış hakem kararının tenfizine karar verilebilir. Taraflar arasındaki ihtilaflar esas itibarıyla yabancı hakem kararının tenfizi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkındaki New York Sözleşmesi (10.6.1958 tarihli) 21.5.1991 gün ve 20877 sayılı resmi gazetede yayınlanan 8.5.1991 gün ve 3731 sayılı kanunla Türkiye Cumhuriyeti sözleşmenin 1. maddesinin 3. paragrafına uygun olarak sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararının tanınması ve tenfizi hakkında uygulanacağını, ayrıca sözleşmeyi yalnız akdi ve akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını beyan eder şeklindeki çekince ile onaylanması uygun bulunarak Bakanlar Kurulunun 25.9.1991 gün ve 21002 sayılı resmi gazetede yayınlanan 91/2151 sayılı kararı ile, onaylanması kararlaştırılıp Türkiye yönünden 30.9.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun 43 - 45. maddeleri yabancı hakem kararlarının tenfizi şartlarını düzenlemektedir. Anayasanın 90. maddesine göre kanunla onaylanan sözleşmeler kanun hükmünde olduklarından ve New York sözleşmesine katılma prosedürü tamamlanarak ülkemiz bu sözleşmeye taraf olduğundan 2675 sayılı yasa hükümleri yanında New York sözleşmesi hükümlerinin de gözönünde tutulması gerekir. New York sözleşmesi ile 2675 sayılı MÖHUK' nda tenfiz şartları red sebepleri gösterilmek sureti ile birbirine paralel şekilde tesbit edilmiştir. Olayın sözleşmede ve MÖHUK' nda belirtilen her şart ve red sebebi yönünden ayrı ayrı ele alınmak suretiyle incelenmesi gerekmektedir. MÖHUK' nda (44/son) delaleti ile aynı yasanın 38/a maddesi ve sözleşme için beyan edilen çekinceden ortaya çıkan ilk şart karşılıklılık şartıdır. Yasanın 38/a maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinde verilmiş olan ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması tenfiz şartı olarak belirtilmiş ve sözleşmenin onay

belgesinin tevdiî sırasında yapılan beyanda da sözleşmenin karşılıklılık esasına göre uygulanacağı ifade edilmiştir.

Dosyada mevcut Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün 4.7.1997 tarih ve 35998 sayılı yazılarına göre İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka dair federal kanunun 194. maddesine göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından New York Sözleşmesinin geçerli olduğu ve iki ülkenin hukuk düzenleri arasındaki paralellığe göre karşılıklığın yasa hükümleri yönünde gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Türkiye ve İsviçre sözleşmenin tarafı olduklarından karşılıklılık şartı gerçekleşmiştir. Akdi karşılıklılık şartı gerçekleştiğinden sözleşme hükümlerine öncelik tanımak sureti ile, gözönünde tutulması gerekmektedir. 2675 sayılı yasanın 45. maddesinde red sebepleri teker teker ifade edilmiştir. 45. maddede 9 bend halinde belirtilmek sureti ile red sebepleri gösterilmiştir. Red sebepleri gerek sözleşme, gerekse Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu' nda resen nazara alınması gereken sebepler ve aleyhine tenfiz istenen tarafından ileri sürölüp ispat edilmesi gereken sebepler olarak iki gruba ayrılmıştır. Davalı vekili savunmasında ana unsur olarak hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı hükümler taşıması nedeni ile yani yasanın 45/b maddesinde belirtilen red sebebinin gerçekleştiğini, zira ihracatı teşvik belgelerinin sağladığı menfaatlerin bizzat davalı şirkete ait olan yabancı bir kişiye veya yabancı bir kişinin ortak olduğu bir ortaklığa devredilemeyeceğini ve paylaştırılamayacağını iddia etmiş, dosyada mevcut Maliye Bakanlığı' nın ve Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı' nın yazılarına göre, ve ilgili mevzuat hükümlerine göre teşvik tedbirlerinden faydalanma hakkının yabancı firmalara verilmediğini, yabancı firmaların yerli firmalara verilen teşvik belgeleri ile sağlanan mali ve ekonomik menfaatlardan faydalanmasının söz konusu olmadığı ifade edildiğinden resen nazara alınması gereken red sebebi olan kamu düzenine aykırılık şartı gerçekleşmiş olduğundan diğer red sebeplerinin incelenmesine gerek kalmadan davalı şirkete Türk yetkili makamlarınca verilen ihracatı teşvik belgesine ve bu belgeden sağlanan mali, ekonomik menfaatlerin yabancılara veya yabancılardan ortak olduğu şirketlere tanınması mümkün olmadığından teşvik tedbirleri kamu mevzuatına göre verilmiş emredici nitelikte kurallar olduğundan ve davalının münhasıran Türk şirketi olması nedeni ile, sağladığı menfaatleri ortak olduğu diğer ortağa aktarması ve aralarında eşit olarak paylaşılması mümkün olmadığından resen nazara alınması gereken red sebebi olayda gerçekleşmiş olup, hakem kararı Türk kamu düzenine göre çıkarılan yasalara aykırı bulunduğundan tenfiz isteğinin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda izah edilen sebep ve gerekçelere göre:

1. Davacının Tenfiz isteğinin REDDİNE
2. 429.000.- TL. red harcının davacıdan alınmasına, peşin alınan harçtan 650.102.990.-TL: ilam harcından icra-i mahsubu ile yeniden harç alınmasına mahal olmadığına, fazla alınan harcın istek halinde yatıran davacıya ödenmesine,
3. Davalı vekili için takdir edilen 6.000.000 maktu ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya ödenmesine,
4. Davacı vekili tarafından yapılan yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına,
5. Davalı vekili tarafından sarfolunan aşağıda müfredatı yazılı (1.310.000.-) lira yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

Taraflar vekillerinin yüzlerine karşı yargıtay yolu açık olmak üzere oy birliği verilen karar açıkça okunup anlatıldı.

T.C YARGITAY HUKUK DAİRESİ BAŞKANLIĞI

ESAS

KARAR

1997/9703

978

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi

Tarihi: 12.9.1997

No' su: 40-374

Davacı: Dillingham Construction

Davalı: Kutlutaş İnşaat ve Tic. San. Ltd. Ş.ti

Taraflar arasındaki tenfiz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekilinin ve davalı vekilinin gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup görüşüldü.

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaların gerektirdiği nedenlere ve özellikle delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, 6.000.000 lira duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin harcın onama harcından çıkartılmasıyla arta kalan 345.000 liranın temyiz edenden alınmasına, 5.2.1997 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

ESAS

KARAR

1998/2208

3011

YARGITAY İLAMI

Dillingham Construction İnşaat vekili ile Kutlutaş İnşaat ve Ticaret Sanayi Ltd. Ş.ti vekili aralarındaki dava hakkında Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesinden verilen 12.9.1997 tarih ve 40-374 sayılı hükmün Dairenin 5.2.1997 tarih ve 9703-978 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmişti. Süresi içinde davacı avukatı tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre HUMK:’ nun 440 maddesinde sayılan nedenlerden hiç birisine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin REDDİNE ve aynı kanunun 442. Maddesi hükmünce 1.000.000 lira para cezasının karar düzeltme isteyene yükletilmesine peşin harcın red harcından çıkartılmasına 13.4.1998 gününde oybirliği ile karar verildi.

BÖLÜM VI: SONUÇ VE ÖNERİLER

İnşaat projelerinin uygulamasında birtakım uyuşmazlıkların çıkma olasılığı vardır ve bu uyuşmazlıkların nedenleri çok çeşitli olabilir.

Bu tez çalışmasında inşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çözüm yolları geniş bir çerçeve içinde ele alınmaya çalışılmıştır. Türkiye’ de henüz sıkça tercih edilen yöntemler olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından üç yöntem yabancı kaynaklar yardımıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Türkçe literatürde herhangi bir uygulama örneğine rastlanamadığı için Türkiye’ deki uygulama yollarına yer verilememiştir.

Dördüncü bölümde ele alınan tahkim ve uluslararası tahkim konusu Dünya’ da ve Türkiye’ de oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Mühendis ve mimarlar başarılı yüklenici firmalarla gerek yurtdışında, gerekse yurtiçinde uluslararası nitelikte projelerde yer almaktadırlar. Bu uluslararası nitelikli projelerin sözleşmelerinde sıkça karşılaşılan uluslararası tahkim konusunda mühendis ve mimarlara da çok önemli görevler düşmektedir. Tahkim sürecinin başarıyla yürütülmesi için proje aşamasında mühendis ve mimarların üstlerine düşen görevlerin bilincinde olmaları gerektiği çok açıktır. Bu amaçla hukukçu kimliğine sahip olmayan teknik elemanlar için bu bölümlerin bilgi sahibi olma amacına hizmet etmesi hedeflenmiştir.

Beşinci bölümde yer alan uluslararası nitelikteki bir inşaat projesinin hakem kararı da uluslararası tahkim süreci için bir fikir verme amacındadır. Bu hakem kararının Türk mahkemeleri’nde tanınması ve tenfizi istenmiştir. Sonuçta bu karar Yargıtay tarafından kamu düzenine, New York Anlaşması’ nın ve 2675 sayılı kanunun ilgili hükmündeki kamu düzeni maddesine göre aykırı bulunmuş ve tanınma ve tenfizi reddedilmiştir.

Son söz olarak inşaat sektörünün teknik elemanlarından olan mimar ve mühendislerin, sektörün ayrılmaz bir parçası olan sözleşmeler aracılığıyla da uygulama sürecine ve hukuksal sürece dahil olması hedeflenmelidir. Hukukçuların

ve teknik personelin bu süreçlerde ekip olarak beraber çalışmaları inşaat işletmesi açısından çok önemli bir başarı kaynağı olacaktır.

İnşaat sözleşmesi uygulamasında görev almış yöneticileri, mimarları, mühendisleri, işlemecileri ve hukukçuları bir araya getirip ortak meseleleri tesbit etmek, tartışmak, bilgi ve tecrübe alışverişinde bulunmak, bu bireyler arasında işbirliği zihniyetini ve ortamını geliştirmek şarttır.

İnşaat sektörünün bu konudaki eksikleri belirlenerek hukukçu olmayanların da katılabileceği inşaat sözleşmeleri konusunda lisansüstü ve disiplinlerarası eğitim programlarının düzenlenmesi sektör için çok yararlı olacaktır. Düzenlenecek bu program, inşaat sözleşmeleri alanında teknik servisler ile hukuk servisleri arasında bir işbölümü ve işbirliği zihniyetinin perçinlenmesinde önemli bir adım olacaktır.



KAYNAKLAR

- [1] **Göktekin, M.**, 1999. İnşaat personelinin çatışma giderim yaklaşımının saptanmasına yönelik alan çalışması, *Yüksek lisans Tezi*, İ.T.Ü Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.
- [2] **Hollands, D.**, Relationships-Working Together, Special Features of Construction, <http://homepages.ihug.co.nz/~deh/relates.htm>
- [3] **Fenn, P., Lowe D. and Speck C.**, 1997. Conflict and Dispute in Construction, *Construction Management and Economics*, **15**, 513 - 518.
- [4] **Pekkaya, F. B.**, 1994. Arabulucu rolü ile çatışmalara çözüm bulma, arabuluculuk eğitiminin okullarda uygulanması ve bu eğitimin öğrencilerin benlik geliştirmelerine, liderlik becerilerine, saldırgan davranışlarına ve algıladıkları problem miktarına etkisi, *Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- [5] **Ömer, D., ve Acar, M.**, 1992. Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ağaç Yayıncılık, İstanbul.
- [6] **Erdoğan, İ.**, 1996. İşletme Yönetiminde Örgütsel Davranış, İ.Ü İşletme Fakültesi Yayını, İstanbul.
- [7] **Whitfield, J.**, 1994. Conflicts in Construction Avoiding, Managing, Resolving, Macmillan, London.
- [8] **Kalpsüz, T.**, 1996. İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, *İnşaat Sözleşmeleri / Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer*, Ankara, Mart 18-29.
- [9] **Diekmann, J. E. and Girard, M. J.**, 1995. Are Contract Disputes Predictable?, *Construction Engineering and Management*, **121**, 355 - 363.

- [10] **Commission International Arbitration**, 2000. Draft Report on Construction Industry Arbitrations, ICC International Court of Arbitration, Paris, France.
- [11] **Clelard, D. I.**, 1995. Project Management: Strategic Design & Implementation, McGraw - Hill Inc., New York.
- [12] **Ersoy, Y.**, 1996. Eser Sözleşmelerinin Hazırlanmasında Ve Uygulanmasında Mühendis – Hukukçu İlişkileri, *İnşaat Sözleşmeleri / Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer*, Ankara, Mart 18-29.
- [13] **Ülküderner, Ü.**, 1992. Geleneksel organizasyon yapısında birim fiyat usulüne dayalı sözleşmelerdeki problemlerin tesbiti, *Yüksek Lisans Tezi*, İ.T.Ü Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.
- [14] **Eren, F.**, 1996. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, *İnşaat Sözleşmeleri / Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer*, Ankara, Mart 18-29.
- [15] **Şanlı, C.**, 1996. Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayın No:3, İstanbul.
- [16] **David, R.**, 1982. L' arbitrage Dans Le Commerce International, Paris.
- [17] **Taschuk, P. P. and Chambers, S. W.**, 1999. The Latest in Dispute Avoidance Techniques, *Construction Superconference*, USA, January 20 – 21.
- [18] **Keil, J. H.**, 1998. ADR (Alternative Dispute Resolution): Process Architecture for the 21st Century,
<http://firms.Findlaw.com/jimkeil/memo3.htm>
- [19] **Commission on Partnering**, 1996. Building Success for the 21st Century A Guide to Partnering in the Construction Industry, *Report of the Dispute Avoidance and Resolution Task Force of the American Arbitration Association*, Washington, D.C., USA.
- [20] **Karayalçın, Y.**, 1996. FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, *İnşaat Sözleşmeleri / Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer*, Ankara, Mart 18-29.

- [21] **Federation Internationale Des Ingenieurs–Conseils (FIDIC)**, 1988. Fidic İnşaat Mühendisliği İşleri Sözleşme Şartları, Bölüm I - Genel Şartlar, *Madde 67 Uyuşmazlıkların Çözümü*.
- [22] **Yeğengil, R.**, 1974. Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul.
- [23] **Yeşin, E.**, 1996. Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, *İnşaat Sözleşmeleri / Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer*, Ankara, Mart 18-29.
- [24] **Akıncı, Z.**, 1996. Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, İzmir.
- [25] **Birsel, M. T. ve Budak, A. C.**, 1997. Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum / Bildiriler - Tartışmalar*, Ankara, Mart 11.
- [26] **Yılmaz, E.**, 1990. Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler, *Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Mayıs 10.
- [27] **Stager, D.K.**, 1996. Organizing and Managing a Finance – Design – Build Project in Turkey: Fourth Roebling Lecture, *Journal of Construction Engineering and Management*, **122**, 199 - 204.
- [28] **Redfern, A., and Hunter, M.**, 1999. Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet&Maxwell, London.
- [29] **Şanlı, C.**, 1999. İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, *Panel*, Ankara, Temmuz 16.

ÖZGEÇMİŞ

Özlem Soran 06.04.1976 yılında Aydın' da doğdu. İlk öğrenimini Aydın Cumhuriyet İlkokulu' nda, orta ve lise öğrenimini Aydın Anadolu Lisesi' nde tamamladı. Yüksek öğrenimine 1994 yılında İstanbul Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Mimarlık Bölümü' nde başladı ve 1998 yılında bu bölümden mezun oldu. 1999 yılında İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Mimarlık Ana Bilimdalı, Bina Yapım Yönetimi Programına kaydoldu.

