

İSTANBUL TEKNİK ÜNİVERSİTESİ ★ FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

**İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLAR VE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
İnş. Müh. Doğan TÜRK**

Anabilim Dalı : MİMARLIK

Programı : PROJE VE YAPIM YÖNETİMİ

HAZİRAN 2005

**İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLAR VE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
İnş. Müh. Doğan TÜRK
(502021309)**

**Tezin Enstitüye Verildiği Tarih : 9 Mayıs 2005
Tezin Savunulduğu Tarih : 1 Haziran 2005**

Tez Danışmanı : Prof.Dr. Heyecan GİRİTLİ

Tez Danışmanı : Prof.Dr. A. Can TUNCAY (B.Ü.)

Diğer Jüri Üyeleri Yar. Doç. Dr. Elçin TAŞ

Yar. Doç. Dr. Uğur MÜNGEN

Öğr. Gör. Dr. Gülfer TOPÇU ORAZ

HAZİRAN 2005

ÖNSÖZ

Öncelikle bu tez çalışmasının gerçek sahipleri; Sayın Prof. Dr. Heyecan Giritli ve Sayın Prof. Dr. A. Can Tuncay' a sonsuz şükranlarımı sunarım.

Yüksek lisans programına başladığım ilk günden itibaren, akademik ve kişisel her konuda bana yol gösteren, desteğini esirgemeyen değerli hocam Sayın Prof. Dr. Heyecan Giritli' ye; tez danışmanlığımı kabul ettiği için minnettarım.

Tez danışmanlığımı kabul edip yapıcı önerileri ile beni yönlendiren, çalışmanın hukuk alanına giren konularında hatalarıma hoşgörü ile yaklaşp, engin deneyimini paylaşan Sayın Prof. Dr. A. Can Tuncay'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Sevgi ve güvenlerini yaşamımın her anında hissettiğim; annem Yıldız Türk ve babam Nevzat Türk' e, ağabeylerim Ufuk, Tan ve ablam Banu'ya minnettarım.

Varlığından güç aldığım, Çiğdem Odabaş'a, her zaman yanımda olduğu için teşekkür ederim.

Çalışmam süresince, yardımlarını esirgemeyen Uğur Yıldırım ve Kubilay Yıldırım'a katkılarından dolayı teşekkür ederim.

Son olarak; bütün Tes Yapı ortaklarına ve çalışanlarına, verdikleri destek için teşekkür ederim.

Mayıs, 2005

Doğan TÜRK

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

KISALTMALAR.....	v
ŞEKİL LİSTESİ.....	vi
TABLO LİSTESİ.....	vii
ÖZET.....	viii
SUMMARY.....	x
1. GİRİŞ.....	1
1.1. Konunun Belirlenmesi.....	1
1.2. Çalışmanın Amacı.....	1
1.3. Çalışmanın Yöntemi.....	2
2. HUKUKTA SÖZLEŞME VE UYUŞMAZLIK KAVRAMI.....	3
2.1. Hukuki İşlem Ve Sözleşme.....	3
2.1.1. Sözleşme Türleri.....	6
2.1.2. Sözleşmeler Hukukuna Hakim Olan Genel İlkeler.....	7
2.1.2.1. Sözleşme Özgürlüğü (Akit Serbestisi) İlkesi	7
2.1.2.2. Sözleşmelerde Eşitlik İlkesi.....	8
2.1.2.3. Sözleşmelerde Nisbilik ve Üçüncü Kişi Aleyhine Borç Kurulamaması İlkesi.....	8
2.1.2.4. Sözleşmelerin Rızailiği İlkesi.....	9
2.1.2.5. Sözleşmelerde Dürüstlük İlkesi.....	9
2.1.2.6. Kusurlu Sorumluluk İlkesi.....	9
2.1.2.7. Sözleşmelerde İvazlılık İlkesi.....	9
2.2. Uyuşmazlık Kavramı.....	10
3. HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI.....	12
3.1. Uyuşmazlıkların Yargı Yolu İle Mahkemelerde Çözümlemesi.....	13
3.2. Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (ADR) İle Çözümlemesi	13
3.2.1. Müzakere (Negotiation) Yöntemi.....	15
3.2.1.1. Müzakere Süreci	15
3.2.1.2. Verimli Bir Müzakere Sürecinin Gerekleri.....	16
3.2.2. Arbuluculuk Yöntemi	17
3.2.2.1. Arbuluculuk Süreci.....	17

3.2.2.2. Verimli Bir Arabuluculuk Sürecinin Gerekleri	19
3.2.3. Hakem Bilirkişilik (Technical Expertise) Yöntemi	21
3.2.4. ADR Yöntemleri Çerçevesinde Yer Alan Diğer Uygulamalar	21
3.2.5. ADR Yöntemlerinin Uygunluğu.....	22
3.2.6. ADR Yöntemlerinin Ortak Özellikleri, Yararları Ve Sakıncaları	23
3.3. Tahkim (Arbitration).....	24
3.3.1. Tahkim Süreci.....	25
3.3.2. Tahkim Türleri	28
3.3.2.1. Tarafların Tahkime Başvurma İradelerine Göre.....	28
3.3.2.2. Tahkime Konu Olan Uyuşmazlığın Niteliği Bakımından.....	29
3.3.2.3. Tahkimin Yabancılık Unsuru İçerip İçermemesine Göre.....	29
3.3.2.4. Aralarında Uyuşmazlık Söz Konusu Olan Tarafların Sayısına Göre.....	30
3.3.2.5. Tahkimin Belirli Bir Kurumun Teminat Ve Kontrolü Altında, Onun Kurallarına Göre Uygulanıp Uygulanmamasına Göre.....	31
3.3.2.6 Tahkimi Destekleyen Kuruluşlardan Örnekler.....	31
3.3.3 Uyuşmazlığın Tahkim Yolu İle Çözümünün Kararlaştırılmasında Ve Sürecin Yürütülmesinde Tarafların Dikkat Etmeleri Gereken Hususlar.....	32
3.3.4 Tahkimin Uygunluğu.....	34
3.3.5 Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları.....	35
4. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE UYUŞMAZLIK	37
4.1. İnşaat Sektörü ve İnşaat Üretiminde “Belirsizlik ve Risk”	37
4.2. İnşaat Sözleşmesi	39
4.2.1. İnşaat Sözleşmesinin Üst Türü : İstisna Sözleşmesi.....	39
4.2.2. İstisna Sözleşmesinin Unsurları.....	40
4.3. İnşaat Sözleşmesinde Uyuşmazlık	42
4.3.1. Çatışma ve Uyuşmazlık	42
4.3.2. İnşaat Sektöründe Uyuşmazlık Sebepleri	43
5. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ	49
5.1. İnşaat Projelerinde Uyuşmazlık Süreci: Hak Talebi, Çatışma, Uyuşmazlık ve Çözüm	49
5.2. İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlıkların Çözümü	52
5.2.1. İnşaat Uyuşmazlıklarının Yargı Yolu ile Mahkemelerde Çözülmesi.....	53
5.2.2. İnşaat Uyuşmazlıklarının ADR Yöntemleri İle Çözümü.....	54
5.2.3 İnşaat Uyuşmazlıklarının Hakem Yargılaması (Tahkim) İle Çözümü.....	59
5.2.4. İnşaat Uyuşmazlıklarının Çözümünde Kullanılan Diğer Uygulamalar.....	62
5.2.5. İnşaat Uyuşmazlıklarının Çözümünde Devlet Mahkemeleri, Tahkim ve ADR Yöntemlerinin Karşılaştırmalı Değerlendirmesi.....	63
6. SONUÇ VE ÖNERİLER	69
KAYNAKLAR	71
ÖZGEÇMİŞ	74

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association
AIA	: American Institute of Architects
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
BK	: Borçlar Kanunu
DRB	: Dispute Review Boards
FIDIC	: International Federation of Consulting Engineers
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
LCIA	: London Court of International Arbitration
MK	: Medeni Kanun
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UNCITRAL	: United Commission for International Trade Law

ŞEKİL LİSTESİ

Sayfa No

Şekil 5.1. İnşaat Üretiminde Uyuşmazlık Süreci.....	50
---	----

TABLO LİSTESİ

Sayfa No

Tablo 4.1.	İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Kaynakları.....	46
Tablo 5.1.	ADR Uygulamalarının Başlıca Kriterleri.....	58
Tablo 5.2.	Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Genel Yapıları.....	65
Tablo 5.3.	Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Sürecin İşleyişi.....	66
Tablo 5.4.	Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Tarafların Sürece Katkıları.....	67

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLAR VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

ÖZET

Bu çalışmada; inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların en verimli çözümü için, sektör profesyonellerinin bilgi sahibi olmaları gereken hususlar açıklanmıştır. Bu çerçevede; sözleşme, uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri önce hukuk çerçevesinde, daha sonra inşaat sektörüne yönelik ele alınmıştır.

Birden fazla tarafın, belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki işlemlere sözleşme denir. Günlük yaşantıda, tarafların aralarındaki hukuki ilişkileri düzenlemekte kullandıkları en önemli araç olan sözleşmeler, hukuki uyuşmazlıkların doğmasına sıklıkla neden olan olaylardır.

İki ya da daha çok tarafın; bir konuda farklı yargılara sahip olmasından dolayı ortaya çıkan anlaşmazlık ya da menfaat çatışmaları, çözülmemesi takdirde uyuşmazlıkları doğurur. Taraflar arasında sözleşmeden doğan hukuki uyuşmazlıklar esas olarak; yasaların yorumlanmasından, sözleşme hükümlerinin yorumlanmasından, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden veya kötü yerine getirilmesinden (Kötü ifa) kaynaklanır.

Uyuşmazlıklar esas olarak mahkemelerde, istisnai olarak da tahkim yolu ile çözülür. Devlet mahkemeleri ve tahkim; kararları bağlayıcı nitelik taşıdığı için resmi uyuşmazlık çözüm yollarıdır.

Devlet mahkemelerinde uyuşmazlık çözümü; bürokratik, usul ve kurallara sıkı sıkıya bağlı, aleni (kamuya açık) süreçlerdir. Bu durum çoğunlukla sürecin karmaşıklaşmasına ve uzamasına sebep olur.

Uyuşmazlıkların, devlet mahkemelerinin dışında, genellikle taraflarca belirlenen ve adına hakem denilen tarafsız üçüncü kişiler eliyle nihai olarak karara bağlanmasına tahkim denir. Devlet mahkemelerine göre daha esnek yapıdaki tahkim, günümüzde geniş kurumsal destek olanaklarıyla, özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarda popüler hale gelmiştir. Bununla birlikte; hukuki uyuşmazlıkların çözümünde hızlı, sistematik bir yöntemin oluşturulması ve mahkemelerce yerine getirilen yargı fonksiyonuna ilave mekanizmaların geliştirilmesi amacıyla Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' ne (ADR) ilişkin uygulamalar önem kazanmaktadır.

ADR yöntemleri, uyuşmazlıkların; yargı unsuru içermeyen, katılımın gönüllü olduğu, genellikle tarafsız üçüncü kişilerin öneri ve tavsiyeleriyle çözüldüğü uygulamaların tamamını (Müzakere, arabuluculuk, hakem-bilirkişi vs.) kapsar. Kararların bağlayıcı olmadığı ADR yöntemlerinde amaç; tarafların ticari ilişkilerine zarar vermeden, dostane çözümler üretmektir.

İnşaat sözleşmesi; iş görme sözleşmelerinden “istisna (eser) sözleşmesi” kapsamında yer alır. Bir tarafın iş sahibi, diğer tarafın müteahhit olduğu inşaat sözleşmelerinde, uyuşmazlık çıkmasının tamamen engellenmesi mümkün değildir.

İnşaat uyuşmazlıkları; çözüme kavuşturulamayıp uyuşmazlık halini alan çatışma ve hak taleplerinin sonucudur. Belirsizlik ve risk unsurunun hakim olduğu inşaat sektöründe, uyuşmazlıkla sonuçlanan hak talebi ve çatışmalar üzerinde; sözleşme hükümleri, proje karakteristikleri, organizasyon yapısı ve dış etkenler etkilidir.

İnşaat sözleşmelerinde uyuşmazlık çıkması halinde çözüm; resmi yargı, tahkim ya da ADR yöntemleri ile sağlanır. Her yöntemin kendine özgü yararları ve sakıncaları bulunduğundan, tarafların uygun çözüm yöntemini belirlerken proje özelliklerini ve uyuşmazlığın yapısını göz önüne almaları gerekir. Süre ve maliyet her koşulda önemli kriterler olmakla beraber; tarafların, farklı çerçevelerde çok çeşitli çıkar kaygıları mevcuttur. Taraflar, uyuşmazlık çözüm yöntemini belirlerken, söz konusu öncelikli çıkarlarının yanında, uyuşmazlığın türünü ve niteliklerini de göz önüne almalıdırlar. Uyuşmazlıkların yaratacağı yıkıcı etkilerin asgariye indirilebilmesi için; tarafların; uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bilgi sahibi olmaları, kendilerinin ve karşı tarafın çıkarlarını doğru ve eksiksiz analiz etmeleri gerekir. Ayrıca konunun bir hukuk problemi olması nedeniyle; taraflar arasındaki sözleşmenin hazırlığında, uyuşmazlık çözüm yönteminin belirlenmesinde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütülmesinde hukukçulara büyük sorumluluk düşmektedir.

CONSTRUCTION CONTRACT DISPUTES AND DISPUTE SETTLEMENT

SUMMARY

This study explains key points of settlement of disputes which are sourced by construction contracts that industry professionals must realize. In this view, contract, dispute and dispute resolution methods are examined first in legal perspective than in picture of construction industry.

A juristic act concluded between more than two parties in order to protect their rights, interests and regulate their relationships and indicate their obligations is called a contract. Although these agreements are the most important tools that are used to regulate the legal concerns in daily life, they are also frequent causes of legal disputes.

Disagreements and conflict of interests caused by differential relationships judgments of two or more parties on any issue lead to disputes unless they are resolved. Disputes generally result from misinterpretation of law or agreement items, deliberate (abuse) or unintentional failure of fulfillment of obligations.

Settlements of these disputes are generally conducted through state courts and seldom through arbitration. Litigation and arbitration are the legal means of dispute settlement which have binding decisions.

Litigation is a very complex and long process due to state court's strong adherence to bureaucratic rules and attitudes, and publicized.

Arbitration is the final resolution of a dispute not through state court but designated umpires. With today's corporate support opportunities, arbitration has gained a significant popularity especially on international conflicts. Besides, the requirements for the establishment of faster functioning systematic process other than litigation emphasizes applications of Alternative Dispute Resolution (ADR).

ADR methods are resolutions based on voluntary involvement, dictating no official consequences, mostly comprised of third party advice and suggestions like negotiation, mediation and umpire engagement. The motivation behind methods of ADR is to resolve issues with the good will of all parties before causing any detriment to business relations.

Construction contracts are defined as "unique product contracts". It is strongly plausible that a construction contract ends up with a dispute, where one party is the employer and the other is the contractor. Construction disputes are unresolved conflicts of interests and claims between these two parties. When construction sector is considered, where a certain degree of risk and unforeseen ambiguity prevail, disputes over conflicts

of interests and claims are strongly relevant to agreement items, characteristics of project, organizational structure and outside effects.

Litigation, arbitration or ADR are the basic ways to resolve a dispute arising from a construction contract.

Disputing parties should take into consideration that every method has its inherent advantages and disadvantages while determining the method to employ. Although time and cost are the mostly appearing critical factors, parties may have different interests on different issues. Parties should also consider the unique properties of the dispute item(s) with these interests in the decision phase of method utilization. To minimize the destructive consequences of a dispute, parties should well understand the dispute resolution methods and analyze both their and the conflicting party's interests on the issue. Lastly, in the stage of contract realization, during utilization and progress of methods of dispute resolution lawyers have the greatest of responsibility.

1. GİRİŞ

1.1. Konunun Belirlenmesi

Sözleşmeler; günlük yaşantıda kişilerin ilişkilerini düzenlemekte kullandıkları önemli araçlardır. Bununla birlikte, bir sözleşmenin tarafları arasında çatışma ya da uyuşmazlık çıkmasının tamamen engellenmesi mümkün değildir.

Sözleşme ve uyuşmazlık kavramları inşaat sektörü kapsamında incelendiğinde, problem daha ciddi bir boyut kazanır. Çatışmalar ticari ilişkilerde, rekabet üzerinde olumlu etkiler yaratabilirken, inşaat projelerinde yalnızca sıkıntı ve kayıplara yol açarlar. İnşaat üretimi sürecinde çatışma ve uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının tamamen engellenememesi, başvurulacak uyuşmazlık çözüm yönteminin önemini artırmaktadır.

Son yıllarda yapılan akademik çalışmalarda, uyuşmazlıkların neden olacağı kayıpların azaltılması, yapım yönetiminin önemli çalışma alanlarından birisi haline gelmiştir. Bu tez çalışmasının konusu; yapım yönetimi kapsamında, esas olarak bir hukuk problemi olan, “İnşaat sözleşmelerinde uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların çözümü” olarak belirlenmiştir.

1.2. Çalışmanın Amacı

İnşaat üretimi; çok sayıda katılımcının çeşitli organizasyon yapıları içinde, bir proje çerçevesinde bir araya geldiği, belirsizlik ve risk unsurları içeren karmaşık bir süreçtir. Söz konusu süreçte tarafların öncelikli hedefi; projenin öngörülen süre ve maliyet sınırları içinde tamamlanmasıdır.

Uygulamada proje sürecini sekteye uğratabilecek çok sayıda etkenden söz edilebilir. Ancak, çözüme ulaştırılamayan ya da yanlış yöntemler izlenerek sonuçlandırılan uyuşmazlıklar, tarafların çıkarları ve proje süreci üzerinde yıkıcı etkiler yaratır. Esas itibarıyla bir hukuk problemi olan uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların çözümü

süreçlerine dahil olan sektör profesyonellerinin (Mimar, mühendis, yönetici vb.), konu hakkında bilgi sahibi olmaları, yapıcı sonuçlar açısından önemlidir.

Bu çalışmanın amacı; inşaat sözleşmesinin taraflarını, uyuşmazlıkların neden olacağı olumsuz etkileri en aza indirmek için dikkat edilmesi gereken, sözleşme ve uyuşmazlık çözüm yolları hakkında bilgilendirmektir.

1.3. Çalışmanın Yöntemi

Bu çalışmada, Bölüm 1.2.'de açıklanan çalışmanın amacı doğrultusunda; sözleşme, uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri incelenmektedir.

Konunun esas itibarıyla hukuk alanına girmesi, söz konusu kavramların öncelikle hukuki temelde ele alınmasını gerekli kılmıştır. Buna göre ikinci bölümde sözleşme ve uyuşmazlık kavramları, üçüncü bölümde uyuşmazlık çözüm yolları, hukuki yapıları çerçevesinde incelenmiştir.

İkinci ve üçüncü bölümde hukuk temelinde ele alınan konular, dördüncü ve beşinci bölümde inşaat sektörü bünyesinde değerlendirilmiştir. Buna göre dördüncü bölümde inşaat sözleşmeleri ve inşaat uyuşmazlıkları ele alınmıştır. Beşinci bölümde ise katılımcıların inşaat sözleşmesinin tarafları olması halinde, uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin karakteristiklerine değinilmiştir.

Beşinci bölümün sonunda; inşaat sözleşmesi taraflarının, uyuşmazlık çözüm yöntemini belirlerken dikkate almaları gereken kriterler listelenmiş ve çalışmada açıklanan yöntemler, söz konusu kriterlere göre karşılıklı olarak değerlendirilmiştir.

Çalışma kapsamında; uyuşmazlık çözüm yolları olarak, devlet mahkemeleri, tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADR) incelenmiş, ADR yöntemleri ile ilgili genellemeler yapılırken ağırlıklı olarak müzakere ve arabuluculuk göz önüne alınmıştır. Bunların dışındaki yöntemlerin detaylı açıklamaları yapılmamıştır.

2. HUKUKTA SÖZLEŞME VE UYUŞMAZLIK KAVRAMI

Sözleşme bir hukuki işlem türüdür. Bu bölümde, sözleşmenin tanımı ve unsurları açıklanacak, ardından hukuk çerçevesinde uyuşmazlık kavramına değinilecektir.

2.1. Hukuki İşlem Ve Sözleşme

Sözleşme tanımını hukuki açıdan yapabilmek için, öncelikle hukuki işlem kavramının üzerinde durulmalıdır. Hukuki işlem, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde, bir veya birden çok kişinin belirli bir hukuki sonuca yönelik irade açıklaması ya da açıklamalarıdır.(Eren,1994) Bu tanım çerçevesinde hukuki işlemler farklı kriterler göz önüne alınarak çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilirler¹. Tarafların sayısı bakımından; yalnızca bir kişinin irade açıklamasıyla meydana gelen ve hukuki sonuç doğuran hukuki işlemlere tek taraflı hukuki işlemler denir. Vakıf kurma, temsil yetkisinin verilmesi, vasiyetname, aleni mükafat vaadi gibi hukuki işlemlerde; bir hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek, devretmek veya ortadan kaldırmak şeklindeki hukuki sonuçların ortaya çıkabilmesi için bir kişinin irade açıklaması yeterlidir.

Hukuki işlemin meydana gelebilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için birden çok kişinin irade açıklaması gerekliyse iki ya da çok taraflı hukuki işlemler ortaya çıkar. Sözleşme kavramı, söz konusu sınıflandırmada “karar” ile birlikte iki ya da çok taraflı hukuki işlemler içinde yer alır. Karar; kendilerine oy hakkı tanınan ve bir hukuki ilişki içinde bulunan birden çok kişinin, bu oy haklarını aynı yönde kullanarak bir anlaşmaya vardıkları çok taraflı bir hukuki işlemdir.

Bu çerçevede; akit, bağıt, kontrat, mukavele gibi farklı isimlerle de anılan ve uygulamada en çok yararlanılan hukuki işlem olan sözleşme, tarafların belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşur.(Akipek ve Küçükgüngör, 2002 - Tekinay ve diğ. 1993) Burada karşılıklı irade açıklamasının amacı, tarafların ortaklaşa istedikleri bir hukuki ilişkiyi kurması,

¹ Bu çalışmada sözleşme kavramına esas oluşturması nedeniyle, tarafların sayısı bakımından hukuki işlemler ele alınmıştır. Diğer sınıflar için bkz. Eren (1994), Tekinay ve diğ. (1993), Ataay (1981)

değiştirmesi ya da ortadan kaldırmasıdır. Taraflar hem irade açıklaması sahibi, hem de karşı tarafın irade açıklamasının muhatabıdır. (Ataay,1981)

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için:

- Birden fazla taraf olması,
- Taraflardan her birinin kendi irade açıklamasını diğer tarafa yöneltmesi,
- Taraflardan birinin yönelttiğı sözleşme önerisini diğer tarafın kabul etmesi gerekir.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraflardan birinin sözleşme yapma önerisini diğer tarafın kabul etmesi sürecinde, sözleşme yapma teklifi “icap”, teklife diğer tarafın verdiği olumlu yanıt “kabul” adını alır. Borçlar Kanunu’nda bir sözleşmenin oluşabilmesi için 1/1 Akdin İn’ikadı başlığı altında şu ifade yer alır: “ İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur.” Burada yer alan karşılıklı irade beyanları, yani icap ve kabul birbirine uygun olduğı takdirde sözleşme gerçekleşmiş olur. Aynı maddenin ikinci fıkrasındaki, “Rızanın beyanı sarih olabileceğı gibi zımni dahi olabilir.” ifadesi ise irade açıklamasının niteliğı ile ilgilidir : İrade açıklaması açık, yani kelime ve ifadelerle yapılabileceğı gibi, örtülü de olabilir.

Bir hukuki işlem, yöneldiğı hukuki sonuçları meydana getirebilme gücünden yoksun olduğı veya yoksun bırakılabildiğı takdirde bu işlemin hükümsüzlüğünden (geçersizliğinden) bahsedilir. (Tekinay ve diğ. 1993) Kurucu unsurları sayılabilecek yukarıdaki koşulların yanında, sözleşmenin, hukuki işlemin geçerlilik koşullarını da sağlaması gerekir. Her türlü hukuki işlemin yerine getirmesi gereken şartlar şunlardır;

- Tarafların hukuki işlem ehliyeti, (Bu hususun kapsamı Türk Medeni Kanunu’nda Madde 9’da belirtilmiş, şartları ise aynı kanunun 10., 11., 12. ve 13. maddelerinde düzenlenmiştir.)
- Hukuki işlemin konusunun, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, şahsiyet haklarına aykırı veya imkansız olmaması, (Bu husus Türk Borçlar Kanunu’nda Madde 19/2 ile düzenlenmiştir.)
- Hukuki işlemi meydana getiren irade beyanının sıhhatli olması,yani hata hile ya da korkutma yüzünden sakat olmaması (Bu husus BK’ nda Mad. 23-31 ile düzenlenmiştir.)

- İrade beyanının danişıklı (muvazaalı) olmaması (Bu husus BK'nda Mad. 18 ile düzenlenmiştir.)

Hukuki işlem ehliyetinin temel şartı temyiz yetisine sahip olmak, yani kişinin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesi ve bu öngörünün gerektirdiği biçimde davranmasıdır. (Kişinin ayırt etme gücü Türk hukukunda, MK Mad. 10'da belirtilmiştir.) Bu yetiye sahip olmayan kişinin yapacağı hukuki işlem geçerli değildir. Ayrıca, kişinin reşit olmaması halinde kendisini borç altına sokan bir hukuki işlemin geçerli olması için yasal temsilcisinin kendisinin yaptığı bu işleme dahil etmesine veya bu işlemi sonradan onaylamasına bağlıdır. Türk hukukunda rüşt yaşı onsekizdir. (MK Mad. 11)

İrade beyanının danişıklı olması ise, hukuki işlemi görünürde yapmış gözükmek fakat gerçekte işlemin hiç hüküm doğurmamış olması konusunda anlaşmaktır.

Yukarıdaki şartların yanında bazı hukuki işlemler için yerine getirilmesi gereken ilave koşullar da mevcuttur. Örneğin, kanunun şekil şartı koyduğu hukuki işlemler, söz konusu şekle bağlı yapılmaz ise, işlem geçersiz olur. Benzer şekilde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde gabin (sömürme) unsuru bulunmaması gerekir. (BK Mad. 21) Tarafların yüklendikleri borçlarda açık oransızlık varsa, bu durumdan yararlananın, diğer tarafın güç durumda bulunmasını, işi hafife almasını ya da tecrübesizliğini kullanıyorsa sözleşmenin feshi istenebilir.

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları eksik ise o hukuki işlem ve onun hedeflediği ilişki hiç doğmamıştır. Bu hükümsüzlük haline "yokluk" denir. Kurucu unsurları tam fakat geçerlilik şartlarından biri eksik ise o işlem ile doğan ilişki ölü ya da sakat doğar. Buna işlemin "kesin olarak hükümsüzlüğü" ya da "butlan" denir. Kurucu unsurları tam, geçerlilik şartları tam, fakat tamamlayıcı unsurlar eksik ise hukuki işlem hüküm ifade etmez. Tamamlanmamış bu işlemin bu hükümsüzlük haline noksanlık denir. Bu çerçevede özetlendiğinde çeşitli hükümsüzlük halleri şunlardır;

Yokluk: Kurucu unsurların tamam olmaması halinde hukuki işlem varlık kazanamaz ve hukuki ilişki kurulamaz.

Kesin hükümsüzlük (butlan): Kurucu unsurları tamam ancak kamu düzenini ilgilendirecek olan geçerlilik şartları gerçekleşmemiş ise hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür. Butlan, hukuki işlemlerin geçersizliğinde en ağır yaptırımı oluşturur. (Oğuzman,1995)

Bazı durumlarda hukuki işlemin bir kısmını geçersiz diğer bir kısmını geçerli sayılabilir. Buna kısmi butlan denir. (Bu husus Türk BK'nda Mad.20'de belirtilmiştir.)

İptal edilebilirlik: Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, hak sahibi tarafından geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasına iptal denir. Hukuki işlemin tam olarak hükümsüz olması için ihlal edilen geçerlilik şartı ile korunan tarafa bir iptal hakkı tanınmıştır. İptal edilebilir bir sözleşme taşıdığı sakatlık nedeniyle doğrudan doğruya geçersiz sayılmamakta, sadece hak sahibine iradesini bu yönde açıklamak suretiyle sözleşmeyi ortadan kaldırma yetkisi tanınmaktadır. (Tekinay ve diğ. 1993)

Noksanlık: Kurucu unsurları tamam olan bir hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi için bir unsurla tamamlanması gereken hallerde noksanlık söz konusu olur.

2.1.1. Sözleşme Türleri

Hukuki işlemlerin tarafların sayısına göre sınıflandırılabilmesine benzer şekilde sözleşmeler de, farklı kriterler ve nitelikleri göz önüne alındığında çeşitli şekillerde sınıflandırılabilirler. Hukukçular arasında söz konusu sınıflandırmaya dahil olan sözleşme türlerinde farklılıklar olabilmekle beraber, sözleşmeler genel olarak üç başlık altında incelenebilir:

- Hukuk alanına göre sözleşmeler
- Edim ilişkisi (taraflara yüklenen borç) bakımından sözleşmeler
- Kanunla düzenlenmiş olup olmamalarına göre sözleşmeler,

Kanunlarda öngörülen hallerin dışında, sözleşmelerde şekil serbestisinden söz edilebilir. Başka bir ifadeyle, kanun aksine hükmetmemiş ise taraflar diledikleri şekilde sözleşme kurabilirler. Ancak yukarıdaki sınıflandırmada aldığı yerden bağımsız olarak, her sözleşmenin içermesi gereken nitelikler ve unsurlar vardır.

Sözleşmenin başlığı, sözleşmenin tarihi, tarafların isimleri, sözleşmenin konusu, tarafların yükümlülükleri, ve sözleşmeden doğan hakları sözleşmede yer alması gereken asgari unsurlardır. Sözleşmenin ait olduğu hukuk dalının belirlenmesi ve sözleşmenin söz konusu dala ait hukuki çerçevede şekillenmesi (Borçlar Hukuku, Aile Hukuku vb.), kanunda ilgili hususlar olabilmesi bakımından önemlidir. Böyle bir durumda asgari unsurlarla birlikte ilgili kanunun öngördüğü hususlar sözleşmede mutlaka yer almalıdır.

2.1.2 Sözleşmeler Hukukuna Hakim Olan Genel İlkeler

Sözleşmeler günlük yaşamda tarafların aralarındaki hukuki ilişkileri düzenlemekte kullandıkları en önemli araçtır. Farklı düşünce ve fikir yapılarına sahip birden fazla tarafın var olması nedeniyle sözleşmeler, hukuki uyumsuzlukların doğmasına sıklıkla neden olan olaylardır. Başka bir deyişle, aralarındaki hukuki ilişkiyi sözleşme akdederek kuran taraflar arasında uyumsuzluk ortaya çıkması, oldukça olası bir durumdur.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklanan bir uyumsuzluk ortaya çıktığında dikkate alınacak en önemli nokta, sözleşmeler hukukuna hakim olan genel ilkelerdir.

2.1.2.1. Sözleşme Özgürlüğü (Akit Serbestisi) İlkesi

Doktrinde çeşitli tanımları yapılmış olmakla birlikte, hakim görüşe göre, fertlerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü adı verilmektedir. (Eren,1994) T.C. Anayasa'sı 48. maddesi " Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti " üzerinedir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü Anayasa'daki ilgili madde ile temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. İrade özerkliği, fertlerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre bizzat düzenleme yetkisini ifade eder.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında taraflar;

- Diledikleri sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbesttirler.²
- Diledikleri kimseyle sözleşme yapma hakkına sahiptirler.³
- Diledikleri formda (şekilde) sözleşme yapabilirler.⁴

² Sözleşme yapıp yapmamama özgürlüğüne istisnai nitelikte sınırlandırmalar mevcuttur. Sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu durumlarda, taraflar hukuk düzenince hak sahibi sayılan kişiyle hukuk düzenince yapılması öngörülen sözleşmeyi yapmak zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek ve Küçükgüngör (2002)

³ Kanunlarla bu kurala bazı istisnalar eklenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (1994)

⁴ Kanunun öngördüğü istisnalarda, bazı sözleşmelerde şekil şartı mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Borçlar Kanunu Madde 11/II ve 16.

- Diledikleri sözleşme içeriğini ve tipini seçmekte serbesttirler.⁵
- Akdolan sözleşmeyi diledikleri zaman değiştirmek veya ortadan kaldırmakta serbesttirler.⁶

Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre; “ Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara gayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

2.1.2.2. Sözleşmelerde Eşitlik İlkesi

Sözleşmeler hukukuna göre sözleşmenin tarafları kanun karşısında eşit muamele görürler ve Borçlar Kanunu herkese eşit uygulanır. Borçlar hukuku eşitlik ilkesini temel ilkelere biri olarak kabul etmiştir.⁷

2.1.2.3. Sözleşmelerde Nisbilik ve Üçüncü Kişi Aleyhine Borç Kurulamaması İlkesi

Borçlar hukukunda, borç ilişkisi yalnızca alacaklı ve borçlu arasında olabilir. Nisbilik ilkesi dolayısı ile sözleşme taraflarının sözleşmeye dahil olmayan üçüncü bir kişiyi borçlu durumuna düşürmeleri mümkün değildir.⁸

2.1.2.4. Sözleşmelerin Rızailiği İlkesi

Hukukta sözleşmeden doğan borç ilişkisi maddi bir fiilin varlığı gerekmeksizin, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin serbestçe beyan edilmesine dayanır. (Akipek ve Küçükgüngör,2002)⁹

⁵ Sözleşme hükümlerini yalnızca taraflardan birisi belirliyor ise bu tip sözleşmelere iltihaki sözleşmeler adı verilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek ve Küçükgüngör (2002)

⁶ Bu özgürlükten tarafların tamamı yararlanır. Taraflardan tek başına bu hakkı kullanması söz konusu olamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (1994)

⁷ Günümüzde eşitlik ilkesinin uygulanamadığı durumlar ortaya çıkmıştır. Ekonomik ve sosyal yönden güçlenen tarafa karşı zayıf tarafın korunması ihtiyacı doğrultusunda iş kanunları, kira kanunları, tüketici kanunları gerekli düzenlemeleri getirmektedir.

⁸ Kanunda bu ilkeye getirilen bazı istisnalar mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz., Eren (1994), Borçlar Kanunu Madde 111.

⁹ Türk hukukunda bu ilkenin istisnaları mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (1994)

2.1.2.5. Sözleşmelerde Dürüstlük İlkesi

Dürüstlük ilkesi MK Mad. 2' de şu şekilde düzenlenmiştir: “ Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Söz konusu madde ile dürüstlük ilkesi hukukun bütününe hakimdir.

2.1.2.6. Kusurlu Sorumluluk İlkesi

Kusurlu sorumluluk ilkesi BK Mad. 96' da düzenlenmiştir. Buna göre: “ Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararın tanzimine mecburdur.” Ancak, hukukumuzda istisnai nitelikte bazı kusursuz sorumluluk durumlarına da yer verilmiştir.

2.1.2.7. Sözleşmelerde İvazlılık İlkesi

Türk Hukuku'nda sözleşmeler kural olarak ivazlıdır. (Akipek ve Küçükgüngör,2002) Buna göre, sözleşmenin tarafları sözleşmeden hem fayda sağlar, hem de sözleşmeden dolayı borç altına girerler.

Sözleşmeler hukukuna hakim olan genel ilkeler, sözleşme hazırlanması sırasında dikkat edilmesi gereken hukuki tedbirlere esas oluşturur. Ancak, sözleşme hangi şekilde hazırlanırsa hazırlansın, ileride uyuşmazlıkların çıkması tamamen önlenemez. Sözleşme sırasında alınacak hukuki tedbirler en azından uyuşmazlıkların etkin ve kolay çözümüne hizmet verecektir.(Şanlı,2002)

2.2 Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık, iki ya da daha çok tarafın bir konuda farklı yargılara sahip olmasından dolayı ortaya çıkan anlaşmazlık ya da menfaat çatışmasıdır. Çözümlemeyen çatışmalar, uyuşmazlık doğurur.

Kişiler günlük yaşantıda toplumun parçasıdırlar ve sürekli ilişki içindedirler. Kişiler arasındaki ilişkilerde bir hakkın varlığı, kapsamı ya da sonuçları üzerinde anlaşmazlık oluştuğunda uyuşmazlık ortaya çıkar.(Soran,2001) Sözleşmeler gibi uyuşmazlık da birden fazla tarafın var olması durumunda söz konusudur.

Uyuşmazlık kavramı, borç ilişkisi içinde yer alır. Hukukta borç ilişkisi alacaklı ve borçlu arasında mevcut olan hak ve yükümlülüklerin tamamını içerir. Borç ilişkisini doğuran kaynaklar, borçların doğmasına yol açan unsurlardır ve sözleşmeler borç ilişkisini doğuran kaynaklar arasında en geniş uygulama alanına olanıdır. (Akipek ve Küçükgüngör,2002:16)

Aralarındaki hukuki ilişkiyi sözleşme akdederek kuran taraflar arasında mevcut sözleşmeden dolayı uyuşmazlık çıkması halinde, söz konusu uyuşmazlık ya tarafların farklı yorumlarından ya da sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanır. Genel olarak sözleşmeden doğan hukuki uyuşmazlıkların başlıca nedenleri;

- Yasaların yorumlanması,
- Sözleşme hükümlerinin yorumlanması,
- Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,
- Sözleşmeden doğan yükümlülükleri kötü yerine getirilmesi (kötü ifa).

şeklinde sıralanabilir.

Bazı durumlarda ise, taraflar arasındaki sözleşmeye hakem ya da hakimin müdahalesi ihtiyacı ortaya çıkar. Taraflar arasındaki sözleşmeye müdahale üç durumda söz konusu olur:

- Sözleşmede boşluklar bulunması.
- Sözleşmenin yorumlanması ihtiyacı.
- Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması.

Sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından yorumlanması, boşluklarının doldurulması ya da yeni şartlara uyarlanması için öncelikle taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Bu nedenle söz konusu işlemler sözleşmenin kurulup kurulmadığı ile değil, onun içeriği ile ilgilidir. (Eren,1994)

Günümüz ticari ilişkilerinde sözleşmeler genellikle uzun bir zaman dilimi içinde ifa edilmekte çeşitli dış etkenlere maruz kalabilmektedir. Taraflar ileride değişebilecek şartları göz önüne alarak boşluklar bırakmakta ya da sözleşmenin yapısı gereği zamanla söz konusu boşluklar oluşabilmektedir. Ayrıca değişen ekonomik şartlar sözleşmede belirsizlikler doğurabilmektedir. Bütün bu boşluklar ve belirsizlikler

sözleşmenin ifasını güçleştirebilir veya imkansız hale getirebilmektedir. Böyle bir durumda taraflar sorunu aralarında sonuçlandıramıyorlarsa, başvuracakları mahkeme veya ortaklaşa tayin edecekleri hakem, söz konusu boşlukların ve belirsizliklerin giderilmesinde, taraflara yardımcı olabilmektedir. Söz konusu sürecin sonunda hakim veya hakemin kararı bağlayıcıdır.

Uygulamada, sözleşme yapma niyetinde olan tarafların dikkat etmeleri gereken en önemli husus; isteklerini tam olarak yansıtmaları ve ileride ortaya çıkması olası uyuşmazlıkları göz önünde bulundurmalarıdır.

3. HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

Bireyler ya da kurumlar arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların çözümü; hem hukukçuların, hem de toplum bilimcilerin temel çalışma alanlarından biridir. Uyuşmazlıkların çözümü; devletin anayasal nitelikteki üç fonksiyonundan biri olan yargı görevinin yerine getirilebilmesi bakımından, toplumdaki barış ve huzurun sağlanmasında büyük önem taşır.

Hukuki uyuşmazlıkların sadece taraflar arasındaki bireysel sorunlar olmaktan öte, toplumsal birer sorun olarak değerlendirerek sağlıklı bir toplum düzeninin sağlanabilmesi için tarafsızlık, bağımsızlık eşitlik ve adalet çerçevesinde belirli kurallar ve yöntemler içinde çözümlenmesi gerekmektedir. (Özer,2002)

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların uygar bir biçimde çözümü yargı ile mümkün olmaktadır. Her kurum gibi yargı da toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla oluşmuştur. Bu çerçevede uyuşmazlıklar asli olarak genel yargı yolu ile mahkemelerde, istisnai olarak da uyuşmazlığın tarafları arasında gönüllü (isteğe bağlı) tahkim ile çözümlenmektedir.

Bununla birlikte, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde hızlı, sistematik bir yöntemin oluşturulması ve mahkemelerce yerine getirilen yargı fonksiyonuna ilave mekanizmaların geliştirilmesi amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri' ne (ADR) ilişkin uygulamalar önem kazanmaktadır. Ancak, Türk hukukunda uyuşmazlıkların genel yargı yolu ile mahkemelerde çözümlenmesi dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemleri, özellikle de ADR kullanımına ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar oldukça sınırlıdır.

Başlıklar halinde sıralanacak olursa, genel olarak hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesi aşağıdaki yöntemler ile sağlanır.

- 1- Uyuşmazlıkların resmi yargı ile milli mahkemelerde çözümlenmesi
- 2- Uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR) ile çözümlenmesi
- 3- Uyuşmazlıkların gönüllü tahkim yolu ile çözümlenmesi

Bu çalışmada resmi yargıya kısaca değinilecek, ADR yöntemleri ve tahkim daha detaylı ele alınacaktır.

3.1. Uyuşmazlıkların Yargı Yolu İle Mahkemelerde Çözülmesi

Yargının ana işlevi “adaletin gerçekleşmesini” sağlamaktır. T.C. Anayasası’nın 9. maddesinde resmi yargı ile ilgili şu ifade yer almaktadır: “Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” Anayasanın bu temel ilkesi ile yargı yetkisi bağımsız mahkemelere verilmiştir. Bu çerçevede Türk hukuk sistemi her türlü uyuşmazlığın mahkemelerde çözülmesini öngörmektedir. Anayasada mahkemelerin bağımsızlığıyla birlikte hakimlerin de bağımsızlığı vurgulanmış ve hakimlerin bağımsızlığını korumaya yönelik olarak hakimlik teminatına yer verilmiştir.

Mahkemeler devlet adına çalışan kurumlardır; devlet adına uyuşmazlık çözme ve yargılama işlevini yerine getirirler. Bu sebepten ötürü, mahkemelerde hukuki uyuşmazlıkların çözümü sürecinde bürokrasi, yasalar ve devletin koyduğu kurallar hakimdir. Söz konusu yargılama süreci alenidir. Dolayısı ile, uyuşmazlıkların resmi yargı yolu ile çözümünde hakimler, maddi hukuk kurallarına ve usul kurallarına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu durum çoğunlukla sürecin karmaşıklaşmasına ve uzamasına sebep olur.

Türk hukukunda, hukuki uyuşmazlıkların türüne göre yetkili yargı mercii de değişmektedir. Buna göre; özel hukuk ve ceza hukukundan doğan uyuşmazlıklar Adalet Mahkemeleri’nde, kişilerle yönetim arasında kamu yönetimi hukukundan doğan uyuşmazlıklar İdare Mahkemeleri’nde, asker kişiler ile askeri yerler arasında çıkan yönetsel uyuşmazlıklar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nde, seçimlerle ilgili uyuşmazlıklar Yüksek Seçim Kurulu’nda, yasaların anayasaya aykırılıkları Anayasa Mahkemesi’nde karara bağlanmaktadır. (Gözübüyük,1993)

3.2. Uyuşmazlıkların “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri - ADR –“ İle Çözülmesi

Hukuki uyuşmazlıkların genel yargı yolu ile mahkemelerde çözülmesi esas olmakla birlikte, taraflar arasında tahkim, müzakere, arabuluculuk, hakem bilirkişilik gibi yöntemler ile uyuşmazlık çözümü mümkün olabilmektedir.

Adı geçen yöntemlerden otoriter mekanizmalar olan genel yargı ve tahkim dışında kalanlar, birer yargılama yöntemi olmayıp, tamamen ihtiyari ve müeyyidesizdirler. (Balci,1999:23) Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri – Alternative Dispute Resolution - olarak tanımlanan bu uygulamalar, herhangi bir yargılama süreci içermeksizin, genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve çabaları ile uyuşmazlıkların gönüllü olarak çözümlenebilmesini sağlamaktadır. (Şanlı,2002)

Günümüzde devlet mahkemelerinde görülen hukuk davalarının yol açtığı masraflar, bu davalar için harcanan emek ve yargılama süresi oldukça artmıştır. Hukuk davalarının yol açtığı yargılama giderleri ve zaman kaybıyla beraber, yargılama sürecinin taraflar arasındaki ekonomik ve ticari ilişkileri olumsuz etkilemesi sıklıkla rastlanan bir durumdur. ADR yöntemlerinin gelişimini hızlandıran bütün bu sebepler, pek çok ülkede “Yargı Reformu” adı altında söz konusu uygulamaları teşvik edici hukuki düzenlemelerin önünü açmıştır. (Şanlı,2002)

ADR yöntemlerine ilişkin uygulamaların gelişiminde ABD öncü rolü oynamıştır. 1990 yılında yürürlüğe giren Özel Hukuk Reformu Kanunu (Civil Justice Reform Act) ADR uygulamalarının yaygınlaştırılmasını hedeflemiş, bu doğrultuda eyaletlerin pek çoğunda söz konusu yöntemler dava öncesi zorunlu hale gelmiştir. Böylece uyuşmazlıkların çoğu, devlet mahkemelerine başvurmadan çözülebilmektedir. (Şanlı,2002)

Gün geçtikçe popüler hale gelmesine karşılık, ADR yöntemlerine dair ABD ve gelişmiş bazı ülkelerin haricinde, belirlenmiş bağlayıcı kurallar mevcut değildir. Yalnızca tarafların bağlayıcılığı konusunda kararlaştırdıkları çözüm yolu ve kararlar kesin delil niteliği taşımaktadır. (Balci,1999)

Benzer şekilde, Türk Hukuku’nda da ADR uygulamaları bu duruma paralellik göstermektedir. Arabuluculuk, müzakere, hakem bilirkişi vb. yargı dışı uyuşmazlık çözümü uygulamaları, Türk Hukuku’nda oldukça sınırlı biçimde yer bulmaktadır.¹¹

Bu çalışmada, ADR yöntemleri dahilinde , literatürde ve uygulamada en çok kabul gören müzakere, arabuluculuk ve hakem-bilirkişilik ele alınacak, diğer ADR yöntemlerine kısaca değinilecektir.

¹¹ ADR Yöntemleri Türk Hukuku’nda; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri”, Avukatlık Kanunu’nda avukatlara tanınan arabuluculuk yetkisi, 4822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile düzenlenen toplu iş uyuşmazlıklarında resmi arabuluculuk gibi uygulama alanları bulmaktadır.

3.2.1 Müzakere (Negotiation) Yöntemi

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde yargı yolunun uzun sürmesi, maliyetlerin yüksek olması, ilişkilerin olumsuz etkilenmesi gibi hususlar, uyuşmazlığı görüşmeler yolu ile çözmeyi cazip hale getirmektedir.

ADR yöntemlerinden en basiti olan müzakere; bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, tarafların şekli olmayan bir yapı içinde, temsilcilerinin de yardımı ile bir araya gelmeleri ve uyuşmazlığa çözüm aramaları usulüdür. Taraflar kendi istedikleri yürütme kurallarını belirlerler ve sürecin sonucuna kendileri karar verirler. (Soran,2001)

Müzakere sürecinde taraflar arasındaki mevcut sözleşmeler, yükümlülükler, uyuşmazlığın müzakere yolu ile çözülememesi halinde doğabilecek zararlar, hak kaybına neden olabilecek dava için başvuru, zaman aşımı süreleri ve menfaatler dengesi iyi kurulmalıdır. Müzakerelerin zamanında sonuçlanamayacağını gören tarafların uyuşmazlığın çözümü için yargıya gidileceğini öngörmeleri ve müzakere sürecini ayarlamaları gerekir. Bu noktada en önemli sorumluluk hukuk müşavirlerine düşmektedir. Tarafların temsilcileri konumundaki hukuk müşavirlerinin; kanunları, yöntem ve kuralları, temsil ettikleri tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen sözleşme hükümlerini doğru yorumlamaları ve uygulamaları gerekir. İyi bir hukuk müşaviri, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların müzakereler yolu ile erkenden görüp, uyuşmazlığı genel yargıya ya da tahkim yolu ile hakeme yönlendirerek hak kayıplarını önleyebilir ya da daha öncesinde taraflar arasındaki sözleşmeye ileride değinilecek olan arabuluculuk, ön hakemlik, hakem bilirkişilik veya sözleşmeye üçüncü bir kişinin müdahalesi gibi ön tedbirleri ve oluşumları eklemeyi düşünebilir. (Balci,1999)

3.2.1.1 Müzakere Süreci

Diğer ADR yöntemlerinde de görüleceği üzere, müzakere süreci de herhangi bir yargı mekanizması içermez. Bu durum, süreç sonunda uyuşmazlığın çözüme ulaştırılmasının kesin olmadığı anlamına gelir. Ancak, sonuç alınamasa dahi, müzakere süreci; daha kompleks yapıdaki ADR yöntemlerine veya resmi yargıya temel hazırlar.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın müzakere yolu ile çözümlenmesinde, süreç üç aşamada ele alınabilir:

- Hazırlık aşaması
- Müzakere – pazarlık aşaması
- Sonuç

Hazırlık aşamasında taraflar mevcut uyuşmazlık hakkındaki bütün verileri, sözleşme hükümlerini, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini değerlendirip etüt etmelidirler. Tarafların kendilerine avantaj sağlayan noktalarla birlikte, karşı tarafın lehine olan detayların farkına varmaları sağlıklı bir müzakere süreci için gereklidir. Bu noktada mevcut uyuşmazlığın tanımı açık bir şekilde yapılabilmesi, hedeflerin ve müzakere sürecinden beklentilerin altı çizilmelidir. Müzakere; tarafların uzlaşmalarının kesin olmadığı bir yöntem olduğundan, sürecin başarılı olmaması durumunda izlenecek yola doğru karar verilmelidir. Benzer şekilde, taraflar açısından müzakere planı ve nasıl bir strateji (uzlaşmacı, rekabetçi vb.) izleneceği iyi belirlenmelidir.

Hazırlık aşamasının ardından, karşılıklı görüşmeler ve pazarlık süreci başlar. Bu aşamada taraflar; uyuşmazlığın kendileri üzerindeki etkilerini, çözüm yolu için beklenti ve taleplerini karşılıklı olarak ortaya koyarlar. Hazırlık aşamasında belirlenen müzakere planı ve stratejileri çerçevesinde uyuşmazlığın çözümü için belirlenen öneriler karşılıklı olarak sunulur. Bu noktada en önemli husus, tarafların birbirlerinin menfaatlerini ve beklentilerini tartmaları, birbirleri için neyin neden önemli olduğunu bilmeleridir. Verimli bir müzakere süreci, tarafların birbirlerine açık olmaları durumunda mümkündür. (Soran,2001)

Müzakere sürecinin sonuç bölümünde, birbirlerinin ihtiyaç ve taleplerinin gören taraflar, söz konusu karşılıklı talepleri objektif kriterlere göre değerlendirip mevcut uyuşmazlığın çözümü için uzlaşma yolu ararlar. Tarafların uzlaşmaya varamamaları halinde dahi, müzakere sürecindeki karşılıklı edinimler, uyuşmazlığın çözümünde daha sonra izlenecek yöntemlere veri oluşturmaktadır.

3.2.1.2 Verimli Bir Müzakere Sürecinin Gerekleri

Müzakere yöntemi ile uyuşmazlıklara çözüm sürecine hakim olan kesin kurallar olmamakla birlikte, tarafların konuya bakış açılarında ve iletişim kurmalarında bazı hususlara özen göstermeleri, süreci daha verimli hale getirir.

Esneklik ve işbirlikçi yaklaşım tarafların olumlu sonuç alabilmeleri için en önemli noktalardır.

Muhakkak ki, taraflar müzakere öncesinde kendi taleplerini, sınırlarını ve müzakere stratejilerini belirlerler. Ancak çoklukla, uyuşmazlık çözümünü sağlayacak alternatif yollar olabilir. Çözüme ulaşma sürecinde; karşı tarafı dikkatli dinlemeleri, dürüst ve objektif olmaları, detaylara hakim olmaları – ancak problemin bütünü gözden kaçırmamaları - , problemi önem derecesine göre parçalara ayırmaları ve bakış açılarını adalet çerçevesinde şekillendirmeleri uzlaşmacı ve esnek kimlikteki taraflar için çözüme ulaşmayı kolaylaştıracaktır.

3.2.2 Arabuluculuk (Mediation) Yöntemi

Arabuluculuk; tarafsız ve karşılıklı görüşme tekniklerinde eğitilmiş bir kişinin (arabulucu) yardımı ile tarafların gönüllü olarak makul çözüme varmalarını amaçlayan ve bağlayıcı nitelik taşımayan bir yöntemdir. Müzakere yöntemi ile çözüme ulaştırılamayan uyuşmazlıklarda arabuluculuk en uygun çözüm yoludur.

Taraflar; müzakereler sonucunda bir çözüme ulaşamadıkları takdirde, aralarında kendilerini uzlaştırabilecek bir arabulucu üzerinde karar kılabilirler. Arabulucu, tarafların bilgi ve görgüsüne saygı duyduğu uzman bir kişi olmalıdır. Arabulucunun tarafları uzlaştırmak amacıyla dostane bir çözüm yolu olarak önereceği tavsiye kararlarına taraflar uyup uymamakta serbesttirler. Ancak taraflar arasında arabulucu tarafından verilen tavsiye kararının esas davada kullanılamayacağı yönünde bir anlaşma yok ise, söz konusu kararlar uyuşmazlığın yargıya ya da tahkime gitmesi halinde hakimleri veya hakemleri etkileyebilir. (Şanlı,2002)

Verimli bir arabuluculuk süreci tarafların iyi niyeti ve arabulucunun uzmanlığı ile doğru orantılıdır. Müzakere sürecine benzer şekilde, tarafların karşılıklı menfaatlerini birbirine uygun hale getirmeleri ve arabulucunun sağlıklı kararlar alması ile arabuluculuk yönteminden olumlu sonuç alınabilir.

3.2.2.1 Arabuluculuk Süreci

Arabuluculuk sürecinin işleyişi, tarafların ve arabulucunun özelliklerine göre farklılıklar gösterebilir. Genel uygulama; tarafların karşılıklı görüşmeler için bir araya gelmeleri ve arabulucunun taraflar arasında bir iletişim mekanizması oluşturması şeklindedir. Arabulucu; iki taraftan edindiği bilgiler ile taraflar arasındaki zıt görüşleri azaltarak bir diyalog zeminine getirmeye, yeterli düzeyde irdelenmediğini düşündüğü konuları tartışmaya açmaya, tarafların menfaatlerini ortaya koymaya, taleplerini sınırlamaya ve çözüm önerileri getirmeye çalışır. Bütün bu konuların karşılıklı

görüşmeler ile değerlendirilip, bir ilerleme sağlanamadığı takdirde arabulucu taraflar ile ayrı ayrı görüşerek, objektif bir biçimde içinde bulundukları durumu, avantajlarını ve dezavantajlarını, elde edebileceklerini ve kaybedebileceklerini anlatarak farklı öneriler ortaya koyar.(Özer,2002) Bu çerçevede arabuluculuk süreci aşağıdaki aşamalardan oluşur.

- Arabulucu tayin kararı
- Arabulucunun görevlendirilmesi
- Sürecin planlanması ve arabulucunun bilgilendirilmesi
- Arabulucunun eşliğinde karşılıklı görüşmeler
- Arabulucu eşliğinde uzlaşma görüşmeleri

Uyuşmazlık taraflarının arabuluculuk sürecini başlatması, aralarındaki sözleşmede arabuluculuğu öngören hükümlerin yer almasıyla gerçekleşir. Söz konusu hükümler uygulanacak yöntemleri ve arabulucuya ilişkin hususları da öngörebilir. Ancak, sözleşmede arabuluculukla ilgili herhangi bir husus bulunmaması ya da önceden kararlaştırılmaması yöntemin uygulanamayacağı anlamına gelmez. Taraflar, uyuşmazlık çıktıktan sonra aralarında anlaşarak, arabulucu tayini önerebilir. Ticari nitelikli uyuşmazlıklarda ise; taraflardan biri yetkili kuruluşa başvurarak karşı tarafı arabuluculuktan yararlanmak üzere davet etmesini isteyebilir.

Verimli bir arabuluculuk sürecinin en önemli ihtiyacı, tarafların ihtiyacına uygun ve üzerinde anlaştıkları, uzman bir tarafsız kişinin arabulucu olarak belirlenmesidir. Taraflar, karşılıklı öneriler ile söz konusu üçüncü kişiyi kendileri belirleyebilecekleri gibi, yetkili kuruluşlara yaptıkları başvuru sonucunda önerilen arabulucu listeleri üzerinden seçim yapabilirler.

Uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlandırılabilmesi ve süreç yönetiminden doğan aksaklıkların en aza indirgenebilmesi için arabuluculuk sürecinin planlanması ve tarafların organize edilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde; süreç başlamadan önce arabulucunun tarafların talep ve iddialarını anlayabilmesi için her türlü veriyi edinmesi gerekir. Görüşmeler başlamadan önce, arabulucu taraflardan ayrı ayrı bilgi isteyebilir. Aksi bildirilmedikçe, arabulucu söz konusu belge, bilgi ve iletişimleri gizli tutar.(Özer,2002)

Arabuluculuk görüşmeleri tarafların tamamının katıldığı otumlardan ve arabulucunun taraflarla ayrı ayrı görüştüğü otumlardan oluşur. Tarafların tamamının katıldığı otumlarda taraflar, karşılıklı sunumlar ile sorumluluklarını, zararlarını ve taleplerini ortaya koyarlar. Bu sunumlar arabulucuya ve karşı tarafa yöneliktir. Arabulucu oturunun çerçevesini belirleyerek etkin katılımı sağlar. Arabulucunun taraflarla özel olarak yaptığı görüşmeler ise gizlilik unsuru taşıdığından taraflar daha açık ve dürüst olabilirler. Arabulucu bu görüşmeleri ancak tarafların izin vermesi durumunda açıklanabilir. Birebir görüşmelerde arabulucu uyuşmazlığın taraflar açısından objektif olarak incelenmesine ve güçlü ve zayıf yanlarını anlamalarına yardımcı olur. Ardı ardına yapılacak bir dizi birebir görüşme ile arabulucu tarafları ortak bir paydada birleştirmeyi hedefler.

Arabuluculuk görüşmeleri tarafların karşılıklı olarak kabul edilir bir anlaşmaya varmaları ile ya da tarafların görüşmelerden bir sonuç alınamayacağını kararlaştırmaları ile sonuçlanır. Benzer şekilde, taraflardan biri ya da arabulucu çekilene kadar görüşmeler devam eder. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin anlaşmaya varılması ve bunun doküman haline getirilip imza altına alınması halinde söz konusu sonuç tarafları bağlayıcıdır.

3.2.2.2 Verimli Bir Arabuluculuk Sürecinin Gerekleri

Arabuluculuk yöntemi bağlayıcı bir karar verme gücüne sahip olmamakla birlikte, arabulucunun ortak bir çözümü zorlaması ve tarafların kendi çözüm yollarını bulmalarına yardım etmesi ile diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılmaktadır. Süreçte uzlaştırma çabası esas olduğundan, bir tarafın kaybedip, diğer tarafın kazandığı menfaatler çatışması yerine iki tarafın da tatmin olduğu çözüm arayışları yer almalıdır.

Hakem ya da hakim kimliğinden farklı olarak arabulucu; taraflar arasında iletişimin sağlanmasında aktif rol üstlenmelidir.

Arabuluculuk yönteminde herhangi bir yargı süreci içermeyen, özel toplantılar ile karşılıklı görüşmelerin ilerlemesi sağlandığından taraflar görüşmelerde aktif rol alırlar. Bu nedenle özel ihtiyaç ve taleplerine bağlı olarak alternatif çözüm önerileri ortaya çıkabilir. Ayrıca tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucu, uyuşmazlık konusunu objektif olarak değerlendirebilmeli, tarafların kendi kendilerine öngöremedikleri alternatif çözümler konusunda yardımcı olmalıdır.

Arbuluculuk sürecinde uyuşmazlığın dostane bir biçimde çözümlenmesi arayışı sebebi ile taraflar arasındaki ticari ilişkiler zarar görmeden devam edebilir. Taraflar görüşmeler süresince (sonuç alınamayıp gerekli olması halinde) resmi yargı ya da tahkimde nelere dikkat etmeleri gerektiğini görürler.

Arbuluculuk yönteminde diğer yargılama süreçlerinden daha kısa sürede sonuç almak mümkündür. Uyuşmazlığın meydana çıkmasının hemen ardından süreç başlatılabileceği için hem uygulama süresi kısa, hem de maliyetler düşüktür. Ancak tarafların arbuluculuk yöntemini birbirlerinin kozlarını görmek amacıyla kullanmaları uyuşmazlık çözümünü engeller, çünkü sürecin işleyişi ve sonucu tarafların kontrolünde, gizli olmalıdır.

Günümüzde, ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların arbuluculuk yöntemine ilişkin bazı endişeleri mevcuttur. Söz konusu önyargılar şu şekilde sıralanabilir:

- Tarafların arbuluculuğu, resmi yargı veya tahkim uygulamasını yavaşlatan bir ön adım olarak görmesi.
- Taraflardan birinin arbuluculuk teklifinde bulunması halinde, karşı tarafça yargılama sürecinden çekindiklerinin düşünülmesi.
- Arbulucunun makul olmayan ve yüksek maliyetli bir uzlaşma teklifi getirebileceği düşüncesi.
- Mevcut hukuk sisteminde ADR yöntemlerinin yaygın olmaması.

Yukarıdaki hususlarda uyuşmazlık taraflarının ve hukuk danışmanlarının bilgilendirilmesi, verimli bir arbuluculuk süreci için yerinde olacaktır. Çünkü;

- Pek usulden olmamakla beraber, arbuluculuk süreci tahkim ya da resmi yargı ile eşzamanlı olarak yürütülebilir.
- Arbulucu; kişisel tecrübesi, eğitimi ve tarafsızlığı göz önüne alınarak tarafların karşılıklı onayı ile belirlenmektedir.
- Arbulucunun bağlayıcı olmayan tavsiye kararlarının uygulanabilirliği tamamen uyuşmazlık taraflarının isteğine bağlıdır.

3.2.3 Hakem-Bilirkişilik (Technical Expertise) Yöntemi

Aralarındaki ilişkiyi sözleşme akdederek kuran taraflar arasında ortaya çıkan “teknik” nitelikteki her uyuşmazlık sözleşmenin ifasını sekteye uğratar ve uyuşmazlığın hakem kararı veya mahkemede çözümlenmesine kadar sözleşmenin işleyişi durabilir. Bu türden ara teknik sorunların sözleşmenin tam olarak ifasını olumsuz yönde etkilemesini engellemek için hakem bilirkişiler atanmaktadır. Hakem-bilirkişi; sözleşmeden kaynaklanan teknik sorunların çözüme kavuşturulması için taraflarca yetkili kılınan uzman kişidir. Taraflar arasında, hakem-bilirkişinin kararlarının bağlayıcılığı öngörülmüş ise, uyulmasa dahi bu kararlar mahkemede veya tahkimde kesin delil niteliği taşır.¹²

Hakem-bilirkişi kararları, hakem kararları gibi nihai nitelik taşımazlar. Söz konusu kararlar, belirli teknik konulara çözüm önerir ve uyuşmazlığın bir bölümüne ilişkindir. Bu çerçevede hakem-bilirkişilik, resmi yargıda veya tahkimde teknik konuların aydınlanmasında kaybedilen zamanın telafisi bakımından uluslararası uyuşmazlıklarda da çok sık başvurulana yararlı bir yöntemdir.(Şanlı,2002-Balcı,1999)

3.2.4 ADR Yöntemleri Çerçevesinde Yer Alan Diğer Uygulamalar

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların dostane yollar ile çözümünü amaçlayan ADR uygulamaları yalnızca adı geçen dört yöntem ile sınırlı değildir.

Uygulamada kullanılan ADR yöntemlerinden bazılarına aşağıda kısaca yer verilmiştir.

- Ön Hakemlik (Pre-Arbitral Referee Procedure) : Taraflar arasındaki sözleşmenin ifasında ortaya çıkan ve acilen çözümlenmesi gereken uyuşmazlıkların giderilmesinde ön hakemlik kullanılabilir. Ön hakem; uyuşmazlık çıktığı anda müdahale etmekte ve uyuşmazlık büyümeden karar vermektedir. Kararları geçicidir.
- Kısa Yargılama (Mini Trial) : Bu yöntemde, tarafların üst düzey temsilcileri ve bunların belirlediği tarafsız, uzman bir üçüncü kişiden (başkan) oluşan heyet uyuşmazlık konusunu birinci elden tartışır. Bu yöntemin esas amacı, uyuşmazlığın mahkemeye gitmesi halinde nasıl bir karar çıkacağı hakkında önceden fikir sahibi olmaktır. Bu yöntem ABD ve Fransa’da yaygın olarak kullanılmaktadır. (Goldsmith,1995:5)

¹² Taraflar arasında hakem-bilirkişinin kararlarının bağlayıcılığı yönünde bir anlaşma ya da sözleşme hükmü yok ise hakem-bilirkişinin konumu arabulucu olur.

- Tarafsız Uyuşmazlık Değerlendirmesi (Early Neutral Case Evaluation) : Bu yöntemde, tarafların belirlediği tarafsız üçüncü kişi tarafların durumlarını değerlendirir. Bunu yaparken tarafların yaptıkları açıklamaları ve verdikleri bilgileri kullanır. Tarafların karşılıklı hazır bulunduğu müzakere veya yargılama süreçleri bu yöntemde yer almaz.
- Kısa (Seri) Jüri Yargılaması (Summary Jury Trial) : ABD’ de uygulanan bu yöntemde, taraflar uyuşmazlıkla ilgili iddialarını, tezlerini ve delillerini resmi kimlik taşımayan bir jüriye sunarlar. Oldukça kısa bir sürede çıkan jürinin kararı, diğer ADR yöntemlerinde olduğu gibi bağlayıcı değildir.
- Aracısız Görüşme (Direct Mediation): Genellikle ticari nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan bu yöntemde, tarafların üst düzey yöneticileri tarafsız üçüncü kişileri tayin etmeden karşılıklı görüşmeler vasıtası ile çözüm yolu ararlar.

Günümüzde, özellikle ticari nitelikteki uyuşmazlıkların çözümüne hizmet veren ve birbirinden farklı nitelikler taşıyan çok çeşitli ADR uygulamaları kullanılmaktadır. Tipik farklılıklar göstermekle beraber, dünya üzerinde kullanılan ADR uygulamalarının tamamı tarafsız üçüncü kişilerin ya da karşılıklı görüşmelerin yardımı ile uyuşmazlıkların dostane çözümünü amaçlamaktadır. Söz konusu yöntemlerin bir kısmı doğrudan yasalarla düzenlenip, resmi yargının bir parçası olarak işletilmekte, bir kısmı ise tamamen taraflar arasındaki anlaşmaya bağlıdır.(Şanlı,2002)

3.2.5 ADR Yöntemlerinin Uygunluğu

Uygulamada ADR yöntemleri, her durumda en uygun uyuşmazlık çözüm mekanizması değildir. Taraflar, aralarındaki hukuki ilişkinin niteliklerini belirli kriterler çerçevesinde değerlendirerek ADR yöntemlerinin mevcut uyuşmazlığın çözümü için uygun olup olmadığını analiz etmelidirler. Söz konusu analiz; ADR yöntemleri, tahkim ve resmi yargının değerlendirilmesidir. Bu noktada en büyük sorumluluk uyuşmazlık taraflarının temsilcileri ya da danışmanları konumundaki hukuk müşavirlerine düşmektedir.

Aralarında uyuşmazlık söz konusu olan taraflar, ADR yöntemlerinin kullanılmasına karar vermeden önce tahkim veya devlet mahkemelerinde açılacak davaların olası neticelerini öngörerek karşılaştırabilmelidirler. Bu karşılaştırmayı yapabilmek, başka bir deyişle yargılama ya da ADR yöntemlerinden birini seçebilmek için mevcut sözleşme hükümlerinin (Özellikle sözleşmenin ifa ve sorumluluklara ilişkin

hükümlerinin), ilgili yasa ve hukuki düzenlemelerin, uyuşmazlık için başvurulacak mahkeme masraflarının ve harcanacak zamanın doğru analiz edilmesi gerekir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ADR yöntemleri bütün uyuşmazlık örnekleri için uygun çözüm yolu değildir. Bir mahkeme kararına veya idari bir karara ihtiyaç duyan uyuşmazlıklar için ADR yöntemlerinin kullanılması mümkün değildir.(Soran,2001)

Uygulamada, ADR yöntemlerini kullanmak için uyuşmazlık niteliklerini tanımlayan ya da sınırlayan kesin ve belirli kriterler listesi yoktur. Ancak, hukuki açıdan kişilerin sahip oldukları bazı haklar üzerinde serbestçe tasarruf etmeleri mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu haklar üzerinde müzakereler söz konusu olamaz. Başka bir deyişle, uyuşmazlık konusu olan hakla ilgili bir hukuki tasarruf yalnızca mahkeme kararı ile geçerli olarak yapılabilirdi, bu hakka ilişkin uyuşmazlığın ADR yöntemleri ile giderilmesi olanaksızdır.

3.2.6 ADR Yöntemlerinin Ortak Özellikleri, Yararları ve Sakıncaları

Çalışmanın bu bölümüne kadar yapılan tanımlardan ve açıklamalardan yararlanarak, ADR yöntemlerinin ortak özelliklerini aşağıdaki çerçevede özetlenebilir:

- Uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla ADR yöntemlerine başvurmak taraflar açısından tamamen isteğe bağlı yani ihtiyaridir.
- ADR uygulamaları sonucunda alınan kararlar, taraflarca aksi belirtilmemiş ise bağlayıcı değildir.
- ADR yöntemlerinin uygulanması tarafların mahkemeye ya da tahkime gitme haklarını ellerinden almaz.

Daha ayrıntılı bir değerlendirme için, ADR yöntemlerinin avantajları şöyle sıralanabilir.

- Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü temeline dayanan ADR yöntemleri yargı süreçlerine nispeten daha basit yapılara sahiptirler.
- Ticari nitelikli uyuşmazlıklarda taraflar arasındaki iş ilişkilerinin zedelenmeden devam edebilmesini sağlar.

- Uyuşmazlığın çözümü, yargı mekanizması içeren tahkim ve devlet mahkemelerine göre daha kısa sürede sağlanır.
- ADR yöntemleri ile uyuşmazlığın çözümü, tahkim ve devlet mahkemelerine göre daha düşük maliyetlidir.
- ADR süreçleri taraflar (ve tarafsız üçüncü kişi) arasında işler. Bu nedenle gizlilik unsuru hakimdir.
- ADR yöntemleri ile bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybettiği yargısal çözümlerin aksine iki tarafın da kazançlı çıktığı alternatif çözümler doğabilir.

Benzer şekilde ADR yöntemlerinin dezavantajları aşağıdaki gibi özetlenebilir.

- ADR yönteminin seçilmesinin ve sürecin niteliğinin ihtiyari olması taraflarca çıkar sağlamak amacıyla kötüye kullanılabilir.
- Uzlaşmacı kimlikte olmayan tarafların yürüttüğü bir ADR sürecinde, iletişim tıkanır ve süreç zaman kaybı haline gelir.
- ADR yöntemleri bütün uyuşmazlık örneklerine uygulanamaz.
- Süreç sonucunda ortaya çıkan anlaşmaya taraflardan birinin uymaması halinde bir yaptırım söz konusu değildir. Bu durum tarafların daha rahat hareket etmesine neden olabilir.
- Sürece tarafların katılımının aktif olması her zaman olumlu sonuç vermeyebilir. Kararların devlet mahkemelerindeki gibi emsale dayanmaması, ADR yöntemlerinde belirsizlik unsurunun ortaya çıkmasına neden olur.

3.3 Tahkim (Arbitration)

Önceki bölümlerde de ifade edildiği gibi, uyuşmazlıkların çözümünde izlenebilecek üç yöntem vardır: Resmi yargı, uyuşmazlıkların dostane bir biçimde çözümü ve hakem yargılaması. Hakem yargılaması (tahkim) ve devlet mahkemeleri; genel anlamda resmi uyuşmazlık çözüm yollarıdır.

Tahkim kavramı doktrinde uzmanlarca çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır.

Tahkim;

- Kanunun yasaklamadığı konularda, taraflar arasında doğmuş veya doğması muhtemel anlaşmazlığın bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca, devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığı ile çözülmesidir. (Yeğengil,1974)

- Tarafların, aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir anlaşmazlığın hallini, bir veya birkaç kişiye bırakarak anlaşmazlığın onlar tarafından karara bağlanmasıdır. (Kalpsüz,1996)

- Taraflar arasında doğmuş veya ileride doğabilecek olan belirli hukuki uyuşmazlıkların, devlet mahkemelerinin dışında, genellikle taraflarca belirlenen ve adına hakem denilen tarafsız özel kişiler eliyle nihai olarak karara bağlanmasıdır. (Şanlı,1996)

Günümüzde tahkim, özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde geniş uygulama alanı bulan bir yargılama yöntemidir.

3.3.1 Tahkim Süreci

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim prosedürünün uygulanması, taraflar arasındaki hukuki ilişkide tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının yer alması ile mümkündür. Tahkim sözleşmesi veya şartı, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran sözleşmenin yanında yer alır ve bu sözleşmeden doğan ya da ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözüm yolunu gösterir.

Tahkim süreci; tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi sözleşme akdederek kurmalarından, hakem kararının taraflarca yerine getirilmesine kadar olan zaman dilimini kapsar. Bu çerçevede incelendiğinde tahkim süreci, birbiri ile bağlantılı sözleşme ilişkilerini içerir. Söz konusu sözleşmeler aşağıdaki sıra ile kurulurlar.

1. Esas sözleşme
2. Tahkim şartı
3. Tahkim sözleşmesi

Esas sözleşme, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kurulduğu ana sözleşmedir. Tahkim şartı (arbitration clause); tarafların ileride aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların hakemler yolu ile çözülmesi hususunu aralarındaki sözleşmeye dahil etmeleridir. Tahkim şartı, tarafların aralarında bağımsız bir sözleşme akdederek kuruluyor ise buna tahkim sözleşmesi denir. Anlaşmazlık ortaya çıktığında tarafların anlaşarak söz konusu uyuşmazlığı hakemlere bırakmaları ise tahkim şartı değil, tahkim anlaşmasıdır.

Hakem sözleşmesi ise, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği sözleşmedir.

Bu noktada, tahkim şartı ya da tahkim sözleşmesinin niteliklerinden bahsetmek yerinde olacaktır:

- Tahkim sözleşmesi, belirli bir hukuki ilişkinin sınırları içinde yer almalı ve söz konusu hukuki ilişkiden dolayı gelecekte çıkabilecek uyuşmazlıkları kapsamalıdır. Başka bir ifade ile; tahkim sözleşmesi belirli bir uyuşmazlığa yönelik olmalıdır. Tarafların, aralarında çıkabilecek bütün uyuşmazlıkların hakem yolu ile çözüleceğine ilişkin anlaşma, belirli bir uyuşmazlığa özgüleştirilmiş olmaması nedeni ile geçersizdir. Uygulamada istisna sözleşmesi, satış sözleşmesi gibi maddi hukuk sözleşmelerinde yer alan tahkim şartları, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceğine dair ifadeler ile yerine getirilir.
- Tahkim sözleşmesinin şekline yönelik, birçok ülkenin hukukunda tahkim şartının veya sözleşmesinin yazılı olarak yapılması esası benimsenmiştir. Türk hukukunda HUMK' nun 517. maddesi tahkimin yazılı olarak kararlaştırılmasını öngörür.
- Tahkim sözleşmesinden, tarafların uyuşmazlığın çözümünü devlet mahkemeleri yerine hakemlere bıraktıkları açık, seçik ve tereddüde meydan vermeyecek şekilde anlaşılmadığı takdirde, uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözülmesi gerektiğini kabul etme zorunluluğu vardır.
- Tahkim sözleşmesi, genellikle, esas sözleşmenin bozulması durumunda son bulmaz. Bu durum; tahkim hükmünün bağımsızlığı, ayrılığı ya da bölünmüşlüğü olarak adlandırılır. Böylece, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk, esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklı olabilir. Bu, tarafların anlaşmasından veya uygulanacak hukukun işlemesinden kaynaklanabilir. (Gould ve Huleatt,1996:13)

Tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı; esas sözleşme geçerliliğini yitirse dahi, tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığı tahkim ile çözme niyetlerine yardımcı olmaktadır. (Gould ve Huleatt,1996)

- Tahkim sözleşmesi veya şartı, sözleşmeler hakkındaki genel hükümlerde belirtilen sınırlamalara tabidir. İhtiyari tahkim, genel olarak özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, taraflar arasında imzalanan tahkim sözleşmesi veya asıl sözleşme içinde yer alan tahkim şartına dayanır. Tahkim sözleşmesi veya şartı tarafları bağlayan, içerisindeki hükümlerde taraflara, aralarındaki ihtilafın çözümünde uygulanmasını istedikleri usul kurallarından hakemlerin seçimine kadar pek çok alanda geniş bir serbesti tanıyan bir düzenlemeye sahiptir.

Yukarıda belirtilen sözleşmeler zinciri ile birlikte, genel olarak tahkim sürecinin işletilmesi aşağıdaki aşamalar ile özetlenebilir.

1. Taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi belirleyen esas sözleşmenin kurulması
2. Esas sözleşmeye dahil olan tahkim şartı ya da müstakil tahkim sözleşmesi
3. Taraflar arasında uyuşmazlığın ortaya çıkması
3. Hakemlerin belirlenmesi
4. Hakem yargılaması
5. Hakem kararı
6. Hakem kararının kesinleşmesi
7. Hakem kararının taraflarca uygulanması

Türk hukukunda tahkim uygulamasını ve tahkim sürecinde izlenecek adımları 1086 sayılı HUMK düzenlemektedir. Yukarıdakine benzer şekilde, HUMK 515-536. maddelerde düzenlenen tahkim sürecinin işleyişi aşağıdaki gibi özetlenebilir.

Tahkim süreci, tarafların aralarındaki hukuki uyuşmazlık için tahkim sözleşmesi yaparak veya yapılan bir sözleşmeye tahkim şartı koyarak tahkim yoluna gitmeleri ile başlamaktadır.(HUMK Mad. 516 : “İki taraf aralarındaki nizaı hal için hakem tayin edebilirler. Tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi her hangi bir

mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizain hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolunabilir.”)

Taraflar arasındaki sözleşmede aksi belirtilmemiş ise hakemler üç kişiden oluşur. (HUMK Mad. 520)

Taraflar arasındaki sözleşmede aksi belirtilmemiş ise, tahkikatın şeklini ve süresini hakemler tayin ederler. Hakemler, ilk toplantılarından itibaren 6 ay içerisinde karar vermek zorunda olmakla birlikte bu süre iki tarafın açık ve yazılı onayıyla veya hakim kararıyla uzatılabilmektedir. (HUMK Madde 529)

Hakemlerin oy çokluğuyla verdiği kararlar geçerlidir. Karar, hakemler tarafından yetkili mahkeme kalemine iletilir ve söz konusu kararı taraflara mahkeme tebliğ eder. (HUMK Mad 531, 532)

Hakem kararlarına karşı temyiz ve iadei muhakeme yolu açıktır. Hakem kararı temyiz müddeti olan 15 gün geçtikten sonra mahkeme reisi veya hakim tarafından tasdik olunmakta ve böylece icra kabiliyeti kazanmaktadır. (HUMK Mad. 533, 534, 536)

Tahkim sürecinin sonu; yukarıda değinilen sözleşmeler zincirinden tarafların hakem kararlarına uyacaklarına dair irade beyanıdır. Burada asıl olan haksız çıkan tarafın yükümlülüklerini hiç bir cebre dayanmadan yerine getirmesidir. Ancak bazı durumlarda haksız çıkan taraf ifadan kaçınırsa, tahkimi düzenleyen otorite, cebri icra yolu ile bunu gerçekleştirmektedir. Tahkimin en önemli özelliklerinden biri olan kararların bağlayıcılığı, onu uzlaştırma ya da arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayırmaktadır. (Balcı, 1999)

3.3.2 Tahkim Türleri

Tahkim türleri farklı kriterlere göre çeşitli şekillerde sınıflara ayrılabilir. Buna göre söz konusu sınıflandırma aşağıdaki şekilde yapılabilir. (Soran,2001)

3.3.2.1 Tarafların Tahkime Başvurma İradelerine Göre

Tahkim; taraflarının başvurusunun gönüllü ya da mecburi olmasına göre iki grup altında incelenebilir.

Zorunlu tahkim : İhtilafın çözülmesi için hakeme başvurmak mecburiyetinin kanundan doğduğu ve kanunun bu ihtilaflarda kimlerin veya hangi kurumların hakem

olacağını, hakemlerin görevlerini ve yetkilerini belirlediği tahkim türüdür. Bu türün başlıca özelliği adından da anlaşılabilir gibi, uyuşmazlığın çözümünde tahkim müessesesine müracaatın zorunlu olmasıdır. Zorunlu tahkime ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların doğrudan mahkemede dava açmaları mümkün değildir.

Gönüllü tahkim : Tarafların, kanunun yasaklamadığı konularda, serbest iradeleriyle aralarında anlaşarak ihtilaflarını kendi tayin edecekleri hakemlere götürebildikleri tahkim türüdür. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünün tarafların isteğine bağlı olması durumunda gönüllü tahkim söz konusudur.

3.3.2.2. Tahkim Konusu Olan Uyuşmazlığın Niteliği Bakımından

Tahkim; dava konusu olan uyuşmazlığın niteliği açısından ikiye ayrılır.

Alelade tahkim : Taraflar arasındaki uyuşmazlığın ticari nitelik taşıması halinde uygulanacak tahkim türüdür.

Ticari tahkim : Tacirler arasında, ticari nitelik taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik uygulanan tahkim türüdür.

3.3.2.3. Tahkimin Yabancılik Unsuru İçerip İçermemesine Göre

Tahkim uygulamasında yerli tahkim, uluslararası tahkim ayrımını yapmak mümkündür.

Yerli (iç) tahkim : Herhangi bir ülkenin kanunlarında yer alan kurallara göre uygulanan tahkim türüdür. Yerli tahkim kavramından bahsedebilmek için göz önünde bulundurulacak kriterlere dair farklı görüşler de mevcuttur. (Soran,2001) Bunlar;

- Asıl sözleşmeyi meydana getiren unsurların tek bir ülkeye dahil olması,
- Tahkim uygulamasının tek bir ülke sınırları içinde süregelmesi,
- Tahkim uygulamasının tek bir ülkenin hukuk sistemine göre yapılması,

şeklinde sıralanabilir.

Uluslararası tahkim : Bu kavram, yabancılik unsuru içeren ticari ve ekonomik ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bütün tahkim türlerini kapsar. (Şanlı,2002:217) Genel olarak, taraflardan birinin, hakemlerden birinin veya

yargılama yerinin yurt dışından olması halinde, uluslararası tahkimden bahsedilebilir. (Keser Berber, 1999)

1985 Yılında kabul edilen UNCITRAL Kanun Örneği Art. 1 Abs. 3 'e göre hakem yargılamasının uluslararası nitelikte olması aşağıdaki durumlarda söz konusudur:

1. Bir tahkim sözleşmesinin taraflarının, iş yerlerinin, anlaşmanın akdedildiği tarihte ayrı devletlerde olması halinde,
2. Aşağıdaki yerlerden birinin taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması halinde,
 - 2.1. Tahkim sözleşmesinde veya ona dayanarak belirlenmiş olan hallerde tahkim yeri,
 - 2.2. Ticari ilişkilerden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerlerden biri veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yer.

3.3.2.4. Aralarında Uyuşmazlık Söz Konusu olan Tarafların Sayısına Göre

Tahkim, iki ya da daha fazla taraf arasındaki uyuşmazlıklarda cereyan edebilir.

İki taraflı tahkim : Tahkim uygulamasının, hukuki ilişkinin ve uyuşmazlığın iki tarafını oluşturan kimseler arasında gerçekleşmesidir.

Çok taraflı tahkim : Ekonomik ve ticari ilişkilerde birbiri ile bağlantılı sözleşmeler zincirinden kaynaklanan çıkar ilişkilerinde; tahkim sözleşmesinin tarafları arasındaki anlaşmazlıkların hakem yargılaması sürecinde ilgili üçüncü kişilerin yargılamaya katılması, çok taraflı tahkim başlığı altında incelenir. Çok taraflı tahkim konusunda yabancı doktrinde de farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Buna göre çok taraflı tahkim; “Bir veya diğer tarafta birden çok kimsenin yer aldığı bir hakem yargılamasıdır.” şeklinde tanımlanırken, diğer bir tanım ise “Ortak bir sözleşmeye veya (hukuki bir bağlılık olmaksızın) ortak bir amaca istinaden bir ya da birden çok kimsenin yer aldığı tahkim türü” şeklindedir. Genel olarak bir uyuşmazlık iki taraf arasındadır ve hakem kurulunun vereceği karar iki tarafı ilgilendirir. Fakat bazı satış sözleşmelerinde (lisans ve dağıtım sözleşmelerinde, yatırım sözleşmelerinde, istisna akitlerinde), sözleşmenin ifası ile ilgili olarak ikiden fazla taraf sorumluluk taşıyabilir. (Keser Berber,1999)

3.3.2.5 Tahkimin Belirli Bir Kurumun Teminat Ve Kontrolü Altında, Onun Kurallarına Göre Uygulanıp Uygulanmamasına Göre

Taraflar; tahkimin yöntemini, yerini, hakemleri vb. kendileri belirleyebileceği gibi, tahkime destek veren kuruluşlara başvurabilirler. Bu açıdan tahkim, ikiye ayrılır.

Kurumsal Tahkim : Tarafların tahkimi, önceden mevcut olan ve tahkimi organize eden belirli bir kurumun kurallarına ve idari denetimine tabi kılınmaları durumunda bu tür tahkime “kurumsal tahkim” veya “müesseseseleşmiş tahkim” denmektedir. Bu tahkimde, tahkimi organize eden kurum, tahkimin usulü, işleyişini düzenleyen, önceden hazırlanmış bir dizi kurallara sahiptir. Esas itibarıyla taraf iradelerince düzenlenmeyen hususlar, kurumun bu kurallarınca düzenlenir. Ayrıca bu kurum, tahkimin daha iyi işleyebilmesi için, idari ve teknik hizmetler sunar. Tahkimin bu türünde usul, esas ve idari bakımdan, önceden hazırlanmış kurallara göre tahkimi organize eden, daimi bir kurumun aracılığı söz konusudur. (Şanlı, 2002)

Ad Hoc Tahkim : Taraflar tahkimin daha çok kendi denetimlerinde cereyan etmesini istemeleri halinde; hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimde uygulanmasını istedikleri maddi hukuku doğrudan doğruya kendileri tayin ederler veya bu konuda hakemlere yetki verirler. Tahkimin en basit şeklini teşkil eden bu tip hakemlikte tahkim mahkemesi, tarafların anlaşması üzerine ve sadece taraflar arasındaki somut olay için geçici olarak teşekkül ettiğinden bu tür tahkime “Ad hoc” (geçici, arızı) tahkim denmektedir. (Şanlı,1986)

3.3.2.6 Tahkimi Destekleyen Kuruluşlardan Örnekler

Tahkim uygulaması günümüzde, özellikle uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıklarda hızla yayılmaktadır. Yine, bu alanda, dünya genelinde faaliyet gösteren çok sayıda tahkim kurumu bulunmakla beraber, söz konusu kurumların tamamına değinmek bu çalışma dahilinde mümkün değildir.

Aşağıda, yaygın kullanıma sahip kurumsal tahkim merkezlerinden birkaç örnek kısaca tanıtılmıştır.

Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (ICC Arbitration Court) : 1919 ‘da Paris’te kurulan Uluslararası Ticaret Odası bünyesinde, oluşturulmuştur. Kurum; Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde öngörülen tahkim prosedürlerini düzenlemekte, uyuşmazlık taraflarının öngörmeleri halinde hakem heyetini belirlemektedir. (Şanlı, 2002)

Mevcut tahkim kurumlarının en geniş çapta faaliyet göstereni ve en eskisidir.

Amerika Tahkim Kurumu (American Arbitration Association) : Ulusal ve Uluslararası hakem yargılamaları için iki tahkim tüzüğü bulunan AAA; hem ulusal nitelikteki, hem de New York'ta bulunan Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi ile Uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların çözümünde faaliyet göstermektedir.

Uluslararası tahkimi geliştirmeye yönelik çalışmalar da yapan kuruma üye, çok sayıda Avrupa ülkesi bulunmaktadır. (Şanlı, 2002 – Keser Berber 1999)

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration) :

LCIA, genel olarak uluslararası uyuşmazlıklarda faaliyet gösteren bir tahkim kuruluşudur. Kurum bünyesinde yürürlükte olan tahkim kuralları Kıta Avrupası ve Anglo Sakson tahkim hukuklarının sentezi niteliğindedir. Kurum, İngiltere dışındaki yargılamalarda, ilgili ülkenin tahkim kurumlarıyla işbirliği yapmaktadır. Son yıllarda, çok sayıda ülkeden LCIA 'a, uluslararası uyuşmazlık vakaları intikal etmektedir. (Şanlı, 2002 – Keser Berber 1999)

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanun Modeli (Model Law on International Commercial Arbitration of United Commision for International Trade Law – UNCITRAL) : Birleşmiş Milletler tarafından 31.12.1985 Tarihinde kabul edilen UNCITRAL Kanun Örneği, uluslararası tahkim konusunda devletlerin hukuki düzenlemelerine yönelik bir tekliftir.

Türkiye' de kurumsal tahkim hizmeti, genel olarak ticaret ve sanayi odaları bünyelerinde görülmektedir. İstanbul Ticaret Odası (İTO) ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye'de tahkimi kurumsallaştıran ve sık başvurulmuş kurumlardır.

3.3.3 Uyuşmazlığın Tahkim Yolu İle Çözümünün Kararlaştırılmasında Ve Sürecin Yürütülmesinde Tarafların Dikkat Etmeleri Gereken Hususlar

Diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi, tahkim kararının alınmasında ve sürecin işletilmesinde en büyük görev ve sorumluluk, tarafların temsilcileri konumundaki hukuk müşavirlerine düşmektedir. Bu süreçte görev alan hukukçular açısından asıl olan, tahkim hukukuna hakim olmaktır. Başka bir deyişle, tahkim sözleşmesinin hazırlanmasında ve yargılama sürecinde, tahkim hukukunu iyi bilen hukukçular görev almalıdır. Özellikle uluslararası tahkim alanında; tarafların tahkim

ehliyetini belirleyecek hukuk, tahkim sözleşmesinde uygulanacak hukuk, tahkim davasında uygulanacak usul hukuku, uyuşmazlığın kendisine uygulanacak maddi hukuk, hakem kararının tenfizinde uygulanacak hukuk olmak üzere farklı hukuk sistemleri söz konusu olmaktadır.

Tarafların hukuk müşavirleri sürecin başlangıcında;

- Uyuşmazlığın tahkime götürülmesinin uygun olup olmadığını (Tahkimin uygunluğu Bölüm 3.3.4'de incelenecektir)

- Tahkim sözleşmesinin kapsamını ve tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku

- Özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar için tahkim yeri hukukunu ve tahkimin dilini

- Uygulanacak kurumsal tahkim ya da ad hoc tahkim kurallarını

iyi analiz etmeli ve değerlendirmelidir.

Benzer şekilde, sürecin işletilmesinde göz önüne alınacak hususlar aşağıdaki gibi özetlenebilir. (Emek,1999)

- Tahkim sözleşmesinin geçerliliği

- Tahkim yargılamasının uygun başlangıç zamanı

- Hakem tayini, hakemlerin bağımsızlığı, hakemlerin sorumluluklarını ihlal etmeleri halinde izlenecek yöntem

- Davanın ele alınış şekli, iddia ve delil yöntemleri

- Davanın süresi ve hakem kararının niteliği

Tahkim uygulamasının son aşaması hakem kararı ve kararın taraflarca uygulanmasıdır. Burada en önemli sorun, hakem kararının bağlayıcılığının değerlendirilmesi ve kaybeden tarafın kararı uygulamaktan kaçınması halinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle uluslararası nitelikteki tahkim uygulamalarında hakem kararının alındığı ülke ile kararın uygulanacağı ülkenin hukuk sistemlerindeki farklılıklar, hakem kararlarının uygulanmasına yönelik usul tartışmalarını beraberinde getirmektedir. “Uluslararası hakem kararlarının tanınması ve yerine getirilmesi” ve kaybeden tarafın izleyeceği itiraz mekanizmaları, bu çalışmanın

kapsamında olmamakla birlikte uygulamada ve literatürde oldukça geniş inceleme alanına sahiptir.

3.3.4 Tahkimin Uygunluğu

Önceki bölümlerde de belirtildiği gibi, günümüzde tahkim yargılaması, özellikle uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların çözümünde sıkça başvurulmuş bir yöntemdir. Tahkimin kullanım yaygınlığına daha belirgin bir açıklama olarak şu bilgi yararlı olacaktır:

“ Bugün dünyanın gelişmiş ve demokrasileri olan ülkelerinde, tahkim; uyuşmazlıkların önemli bir çözüm metodu olarak kullanılmaktadır. Örneğin; ABD’de uyuşmazlıkların %60’dan fazlası resmi yargıya gitmeksizin tahkim ve uzlaştırma usulleri ile çözümlenmektedir. Diğer gelişmiş Avrupa ülkelerinde de durum buna yakındır. ¹³ Benzer şekilde ABD’de toplu iş uyuşmazlıklarının büyük kısmı tahkim yoluyla çözümlenmektedir.

ADR yöntemlerinde olduğu gibi, tahkim yargılamasında da uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünün uygunluğu sağlanmalıdır. Genel olarak, uyuşmazlık taraflarca serbestçe, anlaşarak ve devlet mahkemesine gitmeden çözülebiliyor ise tahkimin uygunluğundan bahsedilebilir. Söz konusu uyuşmazlık bir hakkın özüne ve kapsamına ilişkin olabileceği gibi o hakkın niteliğine ve sonuçlarına yönelik de olabilir.

Türk hukukunda tahkimin uygunluk sınırları HUMK ‘nın 518. maddesinde “ Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez. “ ifadesi ile yukarıdakine benzer şekilde belirlenmiştir. Bununla birlikte sadece çekişmeli yargıya giren hukuki uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaktadır. Cezai veya idari yargıda tahkim uygun değildir.

İdari yargıda tahkime yer verilmemekle beraber, uygulamada, idari sözleşmelere bazen tahkim şartı da konulmakta ve bu idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için idari mahkemeler yerine hakem yargılamasına başvurulmaktadır.

¹³ Prof. Dr. Cemal Şanlı’nın, Balcı (1999)’ da yer alan tahkim yazısından alınmıştır.

Tarafların iradesi dışında olan, üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edilemeyecek uyuşmazlıklarda, örneğin; boşanma davaları, çekişmesiz yargı işleri, iflas davaları, kamu düzeni ile ilgili davalarda tahkim uygun değildir. Bununla birlikte, menkul ve gayrimenkul mal davaları ile iş uyuşmazlıkları hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir. (Emek,1999)

3.3.5 Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları

Yargı unsuru içermesine karşın, başvurunun ihtiyari olması sebebiyle devlet mahkemelerinden farklı nitelikte olan tahkimin yararlarını ve sakıncaları, yine devlet mahkemeleri ile kıyaslanarak yapılabilir.

Uyuşmazlıkların tahkime başvurarak çözülmesinin yararlarını ve sakıncalarını, bütün uyuşmazlık türlerini kapsayan bir genelleme yaparak açıklamak, sağlıklı bir değerlendirme olmayacaktır. Bunun yerine, uyuşmazlığın niteliklerini göz önüne alıp, söz konusu uyuşmazlığın çözümü için tahkime gitmenin yararları ve sakıncaları üzerinde durmak yerinde olur. Öyle ki, tahkimin avantajı olarak değerlendirilebilecek bazı unsurlar, çeşitli uyuşmazlıklarda dezavantaj olarak ortaya çıkabilmektedir.

Genel olarak, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün dostane, güvenilir, gizli, süratli ve kolay olduğundan bahsedilebilir. (Balci,1999) Bu çerçevede; uyuşmazlıkların çözümü için tahkime müracaatın yararları aşağıdaki gibi özetlenebilir.

Tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümünde genel itibariyle, taraflar hakemlerin tayinini aralarında anlaşarak gerçekleştirmektedirler. Hakemler, devlet mahkemelerinden farklı olarak maddi hukuk kurallarının ötesinde, uyuşmazlığın niteliğine uygun kurallar çerçevesinde yargılama sürecini yerine getirirler. Tahkim sürecini işletmek için, ilgili uyuşmazlığa özel olarak bir araya gelen hakem heyeti bu sebeple, söz konusu yargılama sürecini daha dikkatli yürütebilme ve devlet mahkemelerine oranla daha fazla zaman ayırabilme imkanına sahiptir.

Uyuşmazlığın çözümü için atanan hakemler genellikle konunun uzmanı ve tarafların üzerinde uzlaştığı kişilerdir. Yukarıda da değinildiği gibi, hakemlerin uyuşmazlık dosyasına yeterince zaman ve dikkat ayırabilmeleri, tahkimin devlet mahkemelerine oranla daha kısa sürede sonuçlanmasına imkan tanır.

Tahkim, özel ve tarafların isteği ölçüsünde gizli bir süreçtir. Devlet mahkemelerinde yargılamanın aleni olmasının aksine, tahkim süreci kamuoyuna kapalıdır ve taraflar istemediği takdirde uyuşmazlıkla ilgili dokümanlar ve belgeler gizlidir.

Tahkimin yararları olarak değerlendirilebilecek yukarıdaki açıklamalar oldukça genel niteliktedir. Ancak değerlendirme kapsamı uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklara indirildiğinde, tahkime başvurma avantajları daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların en uygun çözüm yolunun tahkim olduğu söylenebilir. Bu tipteki uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözülmesi halinde, hakimlerin bağlı oldukları devletin sosyal, siyasal ve ekonomik düzenlemelerinin etkisi altında olmaları ve bürokratik bir yapı çerçevesinde hareket etmeleri süreci uzatmakta ve maliyetini artırmaktadır. Hakem yargılaması, bu yönü ile devlet mahkemelerine oranla daha düşük maliyetli, kararlarının icrası daha kolay ve yaygındır. (Şanlı,2002)

Yukarıda belirtilen yararlarının yanında, hakem yargılamasının bazı uygulama zorlukları ve sakıncaları da bulunmaktadır. Buna göre tahkimin dezavantajları aşağıdaki gibi özetlenebilir.

Tahkime başvurmak, bütün uyuşmazlık türleri için mümkün değildir.

Tahkim sürecinin her durumda devlet mahkemelerinden daha kısa sürede karar ile sonuçlanacağı kesin olarak söylenemez. Bazı uyuşmazlıklarda devlet mahkemelerinde karar daha çabuk alınabilir. Bu durum, hakem ile hakim arasındaki yetki farkından kaynaklanabilmektedir. (Emek, 1999)

Birden fazla davalının ya da davacının bulunduğu uyuşmazlıklarda, tahkime gidildiğinde, tarafların rızası olmadan davaları birleştirmek mümkün değildir. (Emek, 1999) Çok taraflı tahkim sorunu olarak nitelendirilen bu durum uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında zaman kaybına neden olabilmektedir. (Keser Berber, 1999)

4. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ VE UYUŞMAZLIK

Bu bölümde inşaat sözleşmesinin hukuki yapısı ve özellikleri açıklanacak, taraflar arasındaki uyuşmazlık kaynakları ve söz konusu uyuşmazlıkların niteliklerinden bahsedilecektir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve temel oluşturması için, inşaat sözleşmeleri ve inşaat uyuşmazlıklarından önce, inşaat sektörü ve inşaat üretiminin karakteristiklerinden belirsizlik ve risk unsurlarına değinilecektir.

4.1. İnşaat Sektörü ve İnşaat Üretiminde “Belirsizlik ve Risk”

İnşaat sektörü; ilişki içinde olduğu ve girdi sağladığı diğer sektörleri de içine alarak, ekonomiye katkısı nedeniyle, ulusal ve uluslararası ticarete büyük paya sahiptir. Söz konusu pay yalnızca yüksek yatırım değerinin değil, aynı zamanda istihdam yoğunluğunun bir göstergesidir.

Sektörün kapsamı, ekonominin inşaat ile ilgili tüm ihtiyacını karşılayan faaliyetlerin tamamını içine alır. Ülkeler bazında değerlendirme yapılacak olursa; sistem, inşaatı fiilen gerçekleştiren inşaat firmalarını, tasarım firmalarını, malzeme endüstrisini, yardımcı kamu, finans vb. kuruluşlarını kapsar. (Sorguç, 1993)

İnşaat sektörü, inşaat üretimi sürecinin karmaşık yapısı sebebi ile çeşitli karakteristiklere sahiptir. Farklı uzmanlık alanlarında hizmet veren, birbirinden bağımsız alt sektörlerin ilişki içinde olduğu, dolayısı ile heterojen bir yapıya sahip, yer aldığı ülkenin siyasi, ekonomik ve hukuki düzenlemeleri ile doğrudan ilişkili, coğrafi farklılıkların üretim yoğunluğunu ve şeklini etkileyen bir yapıya sahip olması sektörü farklı kılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, inşaat sektörünün parçalı yapısı inşaat üretiminin niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Yapı meydana getirme sürecinin diğer üretim biçimlerinden farklılığı, yapım yönetimi alanındaki birçok inceleme konusuna doğrudan ya da dolaylı yoldan temel oluşturmuştur. Bu çerçevede, inşaat üretiminin karakteristik özellikleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Açıkta üretim: Genel olarak inşaat üretimi açıkta yapılır. Bu durum üretim sürecinin dış etkenlerden etkilenmesine sebep olur. Üretim şekli; iklim koşulları ve topoğrafik özellikler ile doğrudan ilişkilidir. (Sorguç, 1993)

Tek defalık (proje tipi) üretim: İnşaat üretimi sürecinin sonunda ortaya çıkan ürün sabittir. Üretim yerinin değişkenliği farklı iç ve dış etkenleri beraberinde getirmekte ve bu durum, ürünün tek defalık özelliğini oluşturmaktadır. (Ballard ve Howell, 1998)

Geçici ve çoklu organizasyon yapısı: İnşaat üretimi sürecinde, yapıyı meydana getirmek için farklı kimliklerdeki katılımcılar (mimar, mühendis, yüklenici, altyüklenici, malzeme tedarikçileri vs.) tek defalık bir organizasyon içinde yer alırlar. Benzer şekilde, süreç içerisindeki aktiviteler de birbirinden bağımsız ancak belirli bir sıra ile gerçekleştirilir.

Yukarıda değinilen bütün yapısal karakteristikleri, inşaat üretimi sürecinin iki önemli unsurunu açığa çıkarır: Belirsizlik ve risk.

Belirsizlik unsuru, inşaat üretiminin sonucunda ortaya çıkacak yapının sabit olması ve sürecin söz konusu yerde işlemlerinden kaynaklanır. Üretim sahası bulunduğu yerin coğrafi ve topoğrafik koşullarının etkisi altındadır. İklim, arazi yapısı, meteoroloji, ulaşım olanakları vb. bütün fiziksel dış etkenler ve üretimin yapıldığı yerin kültür yapısı, nüfus dağılımı her projede farklıdır ve üretim metodlarını değiştiren parametrelerdir. Teknoloji ve süreç seçiminde söz konusu etkenler önemli yer tutar. (Sorguç, 1993)

Risk unsuru, yatırım kararının alınmasından yapının ortaya çıkmasına kadar inşaat üretimi sürecinin her aşamasında mevcuttur. Genel olarak; keşif tahmini, süre tahmini, üretim modeli seçimi ve yatırım finansmanı risk unsuru taşır.

Üretim öncesi tahminlerdeki risk unsuru yukarıda da değinilen belirsizliklerden kaynaklanır. Bu çerçevede, seri üretim ya da imalat endüstrisinden farklı olarak yatırımcı ya da üretimi gerçekleştiren firma, iklim ve coğrafya gibi fiziksel etkenlerin yanında kamu kuruluşları ve yerel siyasi düzenlemeler gibi yan faktörlerin etkisi altındadır.

Sıklıkla emek yoğun teknoloji kullanılarak gerçekleştirilen inşaat projelerinde, üretimin yapılacağı yerdeki istihdam potansiyeli, devlet politikalarındaki değişiklikler gibi üreticinin kontrolü dışındaki unsurlar başlangıçta öngörülen maliyetleri ve süreyi

artırabilir. (Gould ve Joyce, 2000) Beklenen kar oranını düşürecek olan söz konusu gelişmeler, süre ve maliyet tahminindeki risk katsayısını artırmaktadır. Ancak, açık rekabet mekanizmasının bulunmadığı inşaat sektöründe, üretimi gerçekleştirecek olan firma, tahmini maliyetini risk unsurlarından fedakarlık ederek düşürebilir. Söz konusu inşaat firması; fiyatını başlangıçta belirlediği işi, bir istisna akdi çerçevesinde öngörülen süre ve maliyetler içinde tamamlamak durumundadır.(Sorguç, 1993) Böyle bir süreçte, istisna akdinin tarafları arasında yukarıda değinilen belirsizlik ve risk kökenli uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır.

4.2. İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmesi; iş görme sözleşmelerinden “istisna (eser) sözleşmesi” kapsamında yer almaktadır. Türk hukukunda istisna sözleşmeleri BK Mad. 355-371’de düzenlenmiştir. Aşağıda istisna sözleşmesinin tanımı ve unsurları açıklanmıştır.

4.2.1. İnşaat Sözleşmesinin Üst Türü : İstisna Sözleşmesi

B.K. Mad. 355’e göre istisna sözleşmesi; “İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” şeklinde tariflenmiştir.

Yukarıdaki tanımda “şey” kelimesi, yalnızca maddi varlıkları içermemekte, “eser” kavramını ifade temektedir. Yine, “imal” kelimesi; yeni bir eserin meydana getirilmesinin yanında, değiştirilmesi, onarılması veya ortadan kaldırılmasını da kapsamaktadır. (Aral, 2003 – Akipek ve Küçükgüngör, 2002)

İstisna sözleşmesinin hukuki özellikleri aşağıda sıralanmıştır.

- İstisna sözleşmesi kanunda düzenlenmiş bir sözleşmedir.
- İstisna sözleşmesi “tam iki tarafa borç yükleyen” bir sözleşmedir. Dolayısıyla, taraflardan müteahhidin bir eser meydana getirme, iş sahibinin de ücret ödeme edimlerini borçlandığı ivazlı bir sözleşmedir.
- İstisna sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan rızai bir sözleşmedir.

- Kanunda öngörülen haller haricinde, istisna sözleşmesinde şekil serbestisi söz konusudur. Dolayısıyla taraflar diledikleri formda sözleşme kurabilirler.

4.2.2. İstisna Sözleşmesinin Unsurları

İstisna sözleşmesinde iki temel unsur söz konusudur.

1. Müteahhidin bir eser meydana getirmesi,

2. İş sahibinin ücret ödemesi.

İstisna sözleşmesinde müteahhidin eser meydana getirme borcu, maddi veya maddi olmayan belirli bir işi yerine getirme anlamı taşır. Ancak burada, hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme borcunun aksine, müteahhidin eser meydana getirme borcu edim fiili değil, edim sonucudur. (Aral, 2003) Meydana getirme (imal) kavramı da, yukarıda belirtildiği gibi; yeni bir eserin meydana getirilmesinin yanında, değiştirilmesi, onarılması veya ortadan kaldırılmasını kapsamaktadır.

İstisna sözleşmesinin diğer temel unsuru; müteahhidin meydana getireceği esere karşılık, iş sahibinin bir ücret ödemeyi taahhüt etmesidir. Bir eser meydana getirmenin karşılığında ücret taahhüdü söz konusu değilse, istisna sözleşmesinden bahsedilemez. BK Mad. 366'da yer alan "Evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir." ifadesi çerçevesinde, ücret miktarının önceden kesin olarak belirlenmesi zorunlu değildir.

İstisna sözleşmesi kapsamında inşaat sözleşmesinin konusu; genellikle taşınmaz eser olan "inşa eseri", başka bir ifadeyle inşaattır.

Yapı kavramı, İmar Kanunu'nun 5. maddesinde; karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi veya özel, yeraltı veya yerüstü inşaatı ile bunların ilave değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ya da hareketli tesisler olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede, mevcut bir yapıyı yıkma, ortadan kaldırma işi de inşaat kapsamına girer.

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir ücret karşılığında yukarıdaki kapsam çerçevesinde bir inşa eseri meydana getirmeyi taahhüt eder. Tarafların (iş sahibi ve yüklenici) özel ya da tüzel kişi olmaları mümkündür. Pratikte genellikle, inşaat sözleşmesinin tarafları çeşitli şirketler ya da ortaklıklar biçiminde tüzel kişilerdir. Şekil serbestisi söz konusu olmakla beraber, inşaat sözleşmesinin yazılı olarak kurulması yararlıdır.

İnşaat sektöründe, özellikle proje ve yapım yönetimi alanında; inşaat sözleşmesi türleri genellikle aşağıdaki başlıklar altında incelenmektedir.

- Birim fiyat (Unit price) esasına dayalı sözleşmeler
- Götürü bedel (Lump-sum) esasına dayalı sözleşmeler
- Maliyet artı kar (Cost-plus) sözleşmeleri

İnşaat sözleşmelerine yönelik bu tarzda bir sınıflandırma, yukarıda da belirtildiği gibi, pratikte ve yapım yönetimi literatüründe yaygındır. Öyle ki, söz konusu sözleşme türleri, istisna sözleşmesinde iş sahibinin asli edim yükümü olan ücret unsurunun farklı biçimlerdeki görünüşüdür. Örneğin birim fiyat esasına dayalı sözleşmelerde taraflar, eserin meydana getirilebilmesi için gerekli birimlerin sabit fiyatları üzerinde anlaşma sağlarlar.

Genel olarak inşaat sözleşmelerinin içeriği, genel hükümler ve özel hükümlerden oluşur. (Gould ve Joyce, 2000) Genel hükümler, tarafların yasal sorumluluklarını, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ve haklarını içerir. Özel hükümler ise, projenin tek defalılığından doğan, başka bir ifadeyle projeye özel hükümlerdir. Bu çerçevede genel hükümler, benzer yapıdaki inşaat farklı projelerine uygulanabilir. Dolayısıyla, standartlaştırılması mümkündür. Günümüzde, oldukça yaygın kullanılan FIDIC, AIA vb. sözleşme tipleri, söz konusu genel hükümlerin standart hale getirildiği sözleşme formlarıdır.

Tipik bir inşaat projesi, genellikle aşağıdaki unsurları içerir.

1. Taraflar : Sözleşmenin tarafları açık bir biçimde belirtilir.
2. Sözleşmenin konusu : İş sahibi ve yüklenicinin anlaştığı, sözleşmenin konusunu teşkil eden işin tanımı açık bir biçimde yapılır.
3. Süre : Sözleşmenin tarihi, işin teslim tarihi belirlenir.
4. İşin miktarı (keşif) : Ücret unsuru (birim fiyat, götürü bedel, maliyet artı kar vb.) ve ücrete tabi olan imalat miktarı öngörülür.
5. Ödemeler : İş sahibinin ödemeleri ne şekilde yapacağı belirlenir.
6. Cezalar : Tarafların üzerinde anlaştıkları cezalar belirlenir. (örn. Yüklenicinin mücbir sebepler haricinde, ödemekle yükümlü olduğu gecikme cezaları)

7. Sartlar : Sözleşme süresince tarafların yükümlülükleri, işin yürütülmesi ile ilgili tarafların üzerinde anlaşma sağladığı her türlü detay maddeler halinde açık bir biçimde belirtilir.

8. Uyuşmazlıkların çözümü : Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların ne şekilde çözüleceği belirlenir. (örn. tahkim, mahkemeler)

9. Sözleşme ekleri : Sözleşmenin konusu kapsamında yer alan her türlü şartname, teknik dokümanlar, tasarım dokümanları vs. sözleşmeye eklenir.

Yukarıdaki unsurlar uygulamada farklı isimlerde, çeşitli biçimlerde görülebilmekle beraber, genel olara tipik bir inşaat sözleşmesinin temel bileşenlerini oluşturur. Ancak Bölüm 2. de belirtildiği gibi, sözleşme yapma niyetinde olan tarafların dikkat etmeleri gereken en önemli husus, ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları göz önüne alarak, isteklerini açık ve detaylı bir biçimde ifade etmeleridir.

4.3. İnşaat Sözleşmesinde Uyuşmazlık

İnşaat üretimi sürecinde; aralarındaki ilişkileri sözleşme veya sözleşmeler ile kuran katılımcılar arasında uyuşmazlık çıkmasının tamamen engellenmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle uyuşmazlık vakaları kaçınılmazdır ve her uyuşmazlık, süre ya da maliyet artışı anlamına gelir.

4.3.1. Çatışma ve Uyuşmazlık

Literatürde inşaat sözleşmelerindeki uyuşmazlıklar üzerine yapılan çalışmaların büyük bir bölümünde uyuşmazlık ve çatışma (conflict) kavramları birlikte incelenmiştir. Çatışma ve uyuşmazlık, farklı iki kavram olmakla beraber aynı süreç içerisinde yer alırlar ve kaynakları paralellik gösterir.

Uyuşmazlık gibi, çatışma kavramı da; inşaat üretimi sürecinin kaçınılmaz unsurlarındandır. Tarafların yorum veya menfaat farklılıklarından ortaya çıkan çatışma bir proje yönetimi sorunudur ve yönetim mekanizmaları kullanılarak bertaraf edilebilir. Bu açıdan, bazı durumlarda, çözüme kavuşturulan çatışmanın rekabet unsuru üzerinde olumlu etkileri olduğu söylenebilir. (Fenn ve diğ., 1997)

İnşaat üretimi sürecindeki dış etkenlerden kaynaklanan değişiklik ya da revizyon ihtiyaçları tarafların menfaatlerini etkiliyor ise hak talepleri (claim) ortaya çıkar.

Çözümüne kavuşturulamayan hak talepleri ve çatışma vakaları, temel nitelikteki uyuşmazlık kaynaklarıdır. (Fenn ve diğ., 1997 - Kumaraswamy, 1998)

Çatışmadan farklı olarak uyuşmazlık, yalnız yargı yoluyla veya üçüncü kişilerin müdahalesiyle çözümlenebilmekte ve üretim sürecinin sektöre uğramasına sebep olmaktadır. Çatışmanın aksine, uyuşmazlığın inşaat üretimine olumlu bir katkısı söz konusu değildir.

Bu çalışmada çatışma; uyuşmazlık ve uyuşmazlık kaynaklarına dahil edilmiş ya da uyuşmazlığın ilk aşaması olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla, çatışma sebepleri uyuşmazlık sebeplerinin dahilinde değerlendirilmiştir.

4.3.2 İnşaat Sektöründe Uyuşmazlık Sebepleri

İnşaat projelerinde başta, iş sahibi, genel yüklenici, alt yükleniciler ve malzeme tedarikçileri olmak üzere çok sayıda katılımcı yer alır. Eğer; alt yüklenici genel yükleniciden talep ettiği ödemeyi alamazsa alt yüklenici ile genel yüklenici arasında, genel yüklenici hakedişini iş sahibinden alamazsa genel yüklenici ile iş sahibi arasında uyuşmazlık doğar. Benzer şekilde; iş sahibinin, üretimin kalitesinden doğan şikayetlerini genel yükleniciye yansıtması, söz konusu iki taraf arasında uyuşmazlığa neden olur. Bu basit örnekler, inşaat üretimi sürecinde karşılaşılan uyuşmazlık sebeplerinin yalnızca iki tanesidir.

İnşaat sektöründe uyuşmazlık sebepleri ve uyuşmazlık çözüm yolları üzerine çok sayıda araştırma yapılmış, uyuşmazlık kaynakları ampirik yöntemlerle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sözleşme unsuru; söz konusu çalışmaların tamamında farklı etkililiklerde olsa da uyuşmazlık sebepleri arasında yer almaktadır. Benzer şekilde katılımcıların kültür farklılıkları, projelerin uluslararası nitelikleri, teknik karakteristikleri, fiziksel dış etkenler ve katılımcıların iletişim eksikliği gibi sebepler bir çok araştırmanın ortak sonuçlarındandır. Uyuşmazlık sebepleri üzerine araştırmaların başlıcalarının ampirik sonuçlarına aşağıda değinilmiştir.

Daoud ve Azzam (1999), Ortadoğu perspektifinde bir çalışma yapıp, uyuşmazlıkların bölgesel sebeplerini ele almışlardır. Uluslararası projelerde, Ortadoğu çerçevesinde inşaat uyuşmazlıkları; sözleşme, yerel politika, hukuk ve bölge kültürü etrafında şekillenmiştir.

Fransız - Alman hukuk sistemini esas alan Ortadoğu ülkelerinde, uluslararası nitelikteki inşaat projelerinde İngiliz hukuk sistemini esas alan FIDIC sözleşme tipleri

kullanılmaktadır. Bu durum sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında, yerel hukuki düzenlemeler ile FIDIC hükümleri arasındaki farklılıkların zaman zaman ortaya çıkmasına, dolayısıyla uyuşmazlığa sebep olmaktadır. Tahmin edileceği üzere, söz konusu uyuşmazlıklar iş sahibi ile yüklenici arasında ortaya çıkmakta ve genellikle iş sahibinin risklerinin azaltan, buna paralel olarak yüklenicinin risklerini artıran sözleşme hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu sözleşme hükümleri, iş sahibinin menfaatlerini daha çok gözeten ve onun önerisiyle sözleşmede yer alan hususlardır. Bu çerçevede; keşif artışı, gecikmelere uygulanan cezalar ve sabit yüklenici hakedişi ödemeleri karşısında ülke enflasyonunun artması sıklıkla rastlanan uyuşmazlık nedenleridir. (Daoud ve Azzam, 1999)

Ortadoğu ülkelerindeki diğer uyuşmazlık kaynakları; eğitim yetersizliğinden ve dil engelinden dolayı sözleşme yükümlülüklerinin yanlış yorumlanması, sözleşme dokümanlarının eksik hazırlanması, ülkenin hukuki düzenlemelerinin sıklıkla değişmesi, Ortadoğu ülkelerinin kültür yapısına ülkede iş yapan batılı firmaların uyum sağlayamaması şeklinde sıralanmaktadır. Söz konusu sebeplerden kaynaklanan uyuşmazlıklar çoğunlukla devlet mahkemelerine intikal etmekte ve ciddi maliyet ve zaman kayıplarına neden olmaktadır. (Daoud ve Azzam, 1999)

Bristow ve Vasilopoulous (1995) uyuşmazlık sebeplerini beş ana başlık altında toplamaktadır. Bu çerçevede inşaat uyuşmazlıkları; katılımcıların gerçekçi olmayan talep ve beklentilerinden, eksik ya da anlaşılır olmayan sözleşme dokümanlarından, katılımcıların arasındaki iletişim eksikliğinden, takım ruhu eksikliğinden, beklenmeyen dış etkenler veya değişiklikler karşısında katılımcıların uzlaşmacı olmayan agresif tutumlarından kaynaklanmaktadır. (Kumaraswamy, 1998)

Conlin ve diğ. (1996), İngiltere'deki inşaat uyuşmazlıkları üzerine yaptıkları alan araştırmasında, uyuşmazlıkların; yüklenici ödemeleri, performans, süre aşımı, özensizlik, kalite eksikliği ve yönetim merkezli çözüme kavuşturulamayan çatışmalardan kaynaklandığını ortaya koymuşlardır. Ancak dikkat çeken nokta; söz konusu uyuşmazlık kaynakları ile proje teslim sistemleri¹⁴ arasındaki ilişkidir. Buna göre; ödemeler ile ilgili uyuşmazlıklar geleneksel proje teslim sisteminde, kalite ile ilgili uyuşmazlıklar tasarım – yapım sisteminde daha sık görülmektedir. (Kumaraswamy, 1998)

¹⁷ Proje teslim sistemleri bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gould ve Joyce (2000)

Proje teslim sisteminin etkisine benzer biçimde, tarafların kullandıkları sözleşme tipleri ve formları da uyuşmazlıklar üzerinde etkilidir. Öyle ki, bazı standart sözleşme tiplerinde uyuşmazlık vakalarına daha sık rastlanmaktadır. (Fenn ve diğ., 1997)

Bölüm 4.3.1’de de değinildiği üzere, tarafların üzerinde uzlaşamadıkları hak talepleri uyuşmazlıkları doğurmaktadır. Üretimi aksatan, süre ve maliyet artışına yol açan uzlaşılabilen hak talepleri; proje teslim süresi, ekipman maliyetleri, finansman olanakları, karlılık, ve çalışmanın verimi ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıklar; üretimin hızı, iklim, saha ve zemin koşulları ya da sözleşmede öngörülenden daha yüksek miktardaki imalattan (keşif artışı) kaynaklanmaktadır. Diekmann ve Nelson (1985), söz konusu hak talebi sebeplerine paralel sonuçlar elde etmekle beraber, uygulama sırasında ortaya çıkan tasarım hatalarının önemine dikkat çekmişlerdir. (Kumaraswamy, 1998)

Diekman ve Girard (1995) uyuşmazlık sebeplerini; proje, insan ve süreç faktörlerinin etkisi altında, üç kategoriye ayırmıştır. Burada uyuşmazlıklar üzerinde etkili olan proje karakteristikleri, projenin teknik kapsamı dahilindeki bütün unsurları içerir. Projenin tipi, büyüklüğü, karmaşıklığı, dahil olduğu inşaat alanı (endüstri yapısı, konut vb.), inşaat sahasının nitelikleri, fiziksel çevre faktörleri söz konusu teknik kapsamın unsurlarıdır. Süreç karakteristikleri ise, planlama ve yapım aşamasındaki çalışmaları içerir. Tasarım ve süresel planlar, maliyet tahminleri, keşif çalışmaları, sözleşme hazırlıkları, sözleşme dokümanları, risk analizleri süreç unsurları kapsamındadır. İnsan faktörü ise; genel anlamda mal sahibi ile yüklenicinin niteliklerinden ve birbirleri ile ilişkilerinden ortaya çıkar. Tarafların tecrübeleri, yönetim bilgileri, iletişim ve rekabet yetenekleri, motivasyonları insan faktörünün bileşenleridir. Uyuşmazlık kaynakları öncelikle insan faktörleri etkisi altında, sonra sırasıyla süreç ve proje karakteristiklerine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. (Diekmann ve Girard, 1995)

İnşaat uyuşmazlıkları üzerine literatürdeki diğer araştırmaların sonuçları da yukarıda yer verilen uyuşmazlık kaynaklarına paralellik göstermektedir. Yapım yönetimi alanında uyuşmazlık kaynaklarına yönelik çalışmaların özeti niteliğinde bir değerlendirme Tablo 4.1.’de verilmiştir.

Tablo 4.1. İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Kaynakları. (Kumaraswamy, 1996)

ÇALIŞMA	UYUŞMAZLIK KAYNAKLARI
Bristow ve Vasilopoulous (1995)	Gerçekçi Olmayan Beklentiler, Sözleşme Dokümanları, İletişim, Takım Ruhunun Eksikliği, Değişiklikler.
Conlin ve diğ. (1996)	Ödeme, Performans, Gecikme, İhmal, Kalite, Yönetim.
Diekmann ve diğ. (1994)	İnsan, Süreç, Ürün.
Heath ve diğ. (1994)	Sözleşme Maddeleri, Ödeme, Değişiklikler, Süre, Enformasyon.
Hewit (1991)	Keşif Artması, Değişiklik Durumları, Gecikme, Üretimi Hızlandırma
Kumaraswamy (1996)	Temel Nedenler, Yardımcı Nedenler.
Rhys Jones (1994)	Yönetim, Kültür, İletişim, Tasarım, Ekonomi, İhale Baskıları, Hukuk, Gerçekçi Olmayan Beklentiler, Sözleşmeler, İş Gücü.
Semple ve diğ. (1994)	Hızlandırma, Ulaşım, İklim, Değişiklikler.
Sykes (1996)	Yanlış Anlamalar, Tahmin Edilemeyen Gelişmeler.

Bu çerçevede, çatışmalar, hak talepleri ve uyuşmazlıklar üzerinde etkili olan unsurlar aşağıdaki biçimde özetlenebilir.

Sözleşme: Kullanılan sözleşme tipi ve şekli, sözleşme dokümanları, tarafların yükümlülüklerini belirleyen sözleşme hükümleri, süre ve maliyet keşifleri.

Proje karakteristikleri: Gerçekleştirilen inşaat üretiminin türü, projenin karmaşıklığı, seçilen üretim modelleri ve kullanılan teknolojiler, inşaat üretiminin yapılacağı yerin doğal ve yapay çevre koşulları , projenin uluslararası niteliği, seçilen proje teslim sistemi.

İnsan faktörü ve organizasyon yapısı: Katılımcıların kültür farklılıkları, takım ruhu, yönetim bilgileri, çatışma ya da hak talebi durumlarına bakış açıları (uzlaşmacı ya da rekabetçi), organizasyon içi iletişim, teknik yeterlilik (eğitim, formasyon), proje sürecinden beklentiler.

Dış etkenler: Piyasa koşulları , siyasi, hukuki ve ekonomik koşullar.

Söz konusu bütün bu faktörler ile ilişkili beklenmeyen değişiklikler, hatalar, iş sahibi talepleri, yorum ve menfaat farklılıkları, iletişim kopukluğu ya da yanlış anlaşılımlar; çözüme kavuşturulamadığı takdirde uyuşmazlık doğurur. Kumaraswamy (1998), tarafların süre maliyet açısından uyuşmazlıkla sonuçlanan hak talebi vakalarının aşağıda sıralanan (sık rastlanandan az rastlanana) sebeplerden ortaya çıktığını belirtmiştir.

1. Tasarım hataları, eksiklikleri
2. İnşaat sahasının fiziksel koşulları (Planlama aşamasında yapılan saha analizinin hatalı ya da eksik olması)
3. Tarafların birbirlerini engelleyici müdahaleleri
4. Üretimin gecikmesi
5. Tasarım bilgilerinin ve dokümanlarının gecikmesi
6. Sözleşme dokümanlarının karışıklığı ya da eksikliği
7. Yer tesliminin geç yapılması
8. Üretimde değişiklik talepleri, keşif artışı

9. Yüklenici demelerinde hata ya da değişiklik

Yukarıdaki sebeplerden dolayı ortaya çıkan hak talepleri ve uyuşmazlıklar, yalnızca iş sahibi ve yüklenicinin değil, sürece dahil olan diğer katılımcıların da sorunudur.

Çözüme kavuşturulamayıp uyuşmazlık halini alan çatışma ve hak taleplerinin sebebi ne olursa olsun, kökeninde insan faktörü yatar. Proje katılımcılarının özellikleri, çoğu zaman uyuşmazlıkların esas sebebi olmamakla beraber, çatışmanın uyuşmazlık halini almasında ve uyuşmazlığın çözümünde etkilidir. (Diekmann ve Girard, 1995)

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken detay, uyuşmazlığın bir hukuk sorunu olduğudur. İnşaat üretimi süreci, sektör dahilindeki uzmanlıkların ve proje yönetimi mekanizmalarının etkisi altında işlemekle beraber, uyuşmazlıkların öngörülmesi ya da çözümlenmesi süreçleri hukuk müşavirlerinin katılımıyla gerçekleşir. Başka bir ifadeyle, inşaat üretiminde sözleşme hazırlığı sürecine hukukçuların dahil olması, uyuşmazlıkların önceden tahmin edilebilmesine yardımcı olacaktır. Uyuşmazlık sebepleri olarak yukarıda değinilen bütün unsurlar; sektörün kapsamındaki, birçoğu belirsizlikten doğan teknik konular olmakla beraber, deneyimli hukukçuların danışmanlığı altında hazırlanacak inşaat sözleşmelerinde, öngörülebilen uyuşmazlık risklerinin hukuk müşavirlerince bertaraf edilmesiyle inşaat sürecinde karşılaşılabilecek uyuşmazlıkların azaltılması mümkündür.

5. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Bu bölümde, üçüncü bölümde hukuki temelde ele alınan uyuşmazlık çözüm yöntemleri, inşaat sözleşmeleri çerçevesinde incelenecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, proje sürecinde menfaat çatışmalarının, uyuşmazlığa nasıl dönüştüğü üzerinde durulmuştur.

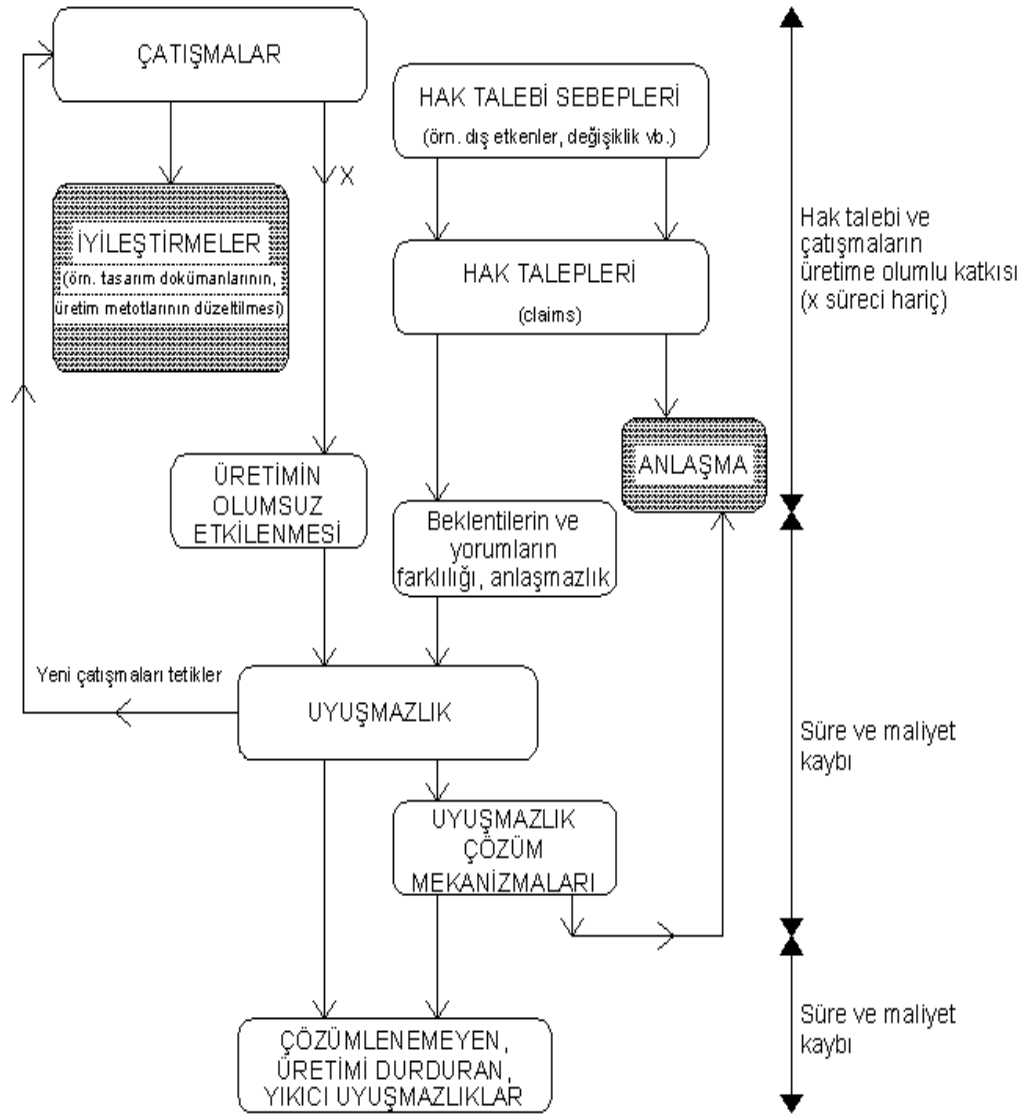
5.1. İnşaat Projelerinde Uyuşmazlık Süreci: Hak Talebi, Çatışma, Uyuşmazlık ve Çözüm

Bölüm 4.3.'de belirtildiği üzere uyuşmazlıklar inşaat üretiminin tamamen engellenmesi mümkün olmayan unsurlarıdır. Genellikle belirsizlik ve dış etkilere kaynaklanan hak talepleri üzerinde anlaşılabilirse çatışmalar, çatışmalar çözüme kavuşturulamazsa zarar verici uyuşmazlıklar doğar.

İnşaat üretimi süreci içinde; hak talepleri, çatışmalar, uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların çözümü bir döngü halinde yer alırlar. Söz konusu unsurların aralarındaki ilişkiler Şekil 5.1.' gösterilmiştir.

Buna göre; hak talepleri ve çatışmalar, üretim sürecinde gerekli düzenlemeler, iyileştirmeler ve karşılıklı anlayış çerçevesinde tarafların anlaşmasıyla sonuçlanıyorsa, üretime olumlu etkilerden söz edilebilir. Söz konusu önlem ve iyileştirmeler; yapım yönetimi alanındaki sözleşme yönetimi, çatışma yönetimi vb. mekanizmaların kapsamına girer ve doğru uygulandığında verimli sonuçlar elde edilir.

Ancak; anlaşma sağlanamaması halinde sıkıntı veren uyuşmazlıklar doğar ve uyuşmazlıklar, yeni çatışmaların ortaya çıkmasını hızlandırır. Çatışmaların uyuşmazlıklar haline gelmesi ve uyuşmazlıkların çözümü süreçlerinin üretime olumlu katkıları söz konusu değildir. Söz konusu süreçlerin her ikisi de zaman ve maliyet kaybına neden olur.



Şekil 5.1. İnşaat Üretiminde Uyuşmazlık Süreci. (Kumaraswamy, 1998)

Günümüzde, büyük hacimdeki, karmaşık yapıdaki ve özellikle uluslararası nitelikteki inşaat projelerinde en büyük sıkıntılar; belirsizliklerin taraflar arasında uyuşmazlık halini almasından, uyuşmazlık çözümü sürecinin inşaat üretimini durdurmasından ve dolayısıyla maliyet kayıplarının oluşmasından kaynaklanmaktadır. Bu noktada gösterilebilecek çarpıcı bir örnek Amerikan inşaat sektörüdür. 1980 – 1990 yılları arasında Amerika’daki inşaat projelerinde uyuşmazlıkların yol açtığı yargı masrafları söz konusu projelerin toplam maliyetlerinin %20’sine ulaşmaktadır. Bu durum, “Anlaşma ile başlayan, inşaat üretimi ile devam eden ve anlaşmazlıkla sonuçlanan” ironik bir inşaat üretimi modelinden bahsedilmesine neden olmuştur. (Kumaraswamy,1998)

İnşaat projelerinde tarafların birincil hedefi, projenin öngörülen süre ve maliyet sınırları içinde tamamlanmasıdır. Uyuşmazlıkların inşaat üretimi sürecinde ortaya çıkmasının tamamen engellenmesi mümkün olmadığına göre, çalışmalar ve düzenlemeler maliyet ve süre kayıplarının minimuma indirilebilmesini amaçlamaktadır. Söz konusu çalışmalar; sözleşme hazırlığı, inşaat süreci ve uyuşmazlık çözümü süreçlerinin içinde yer alan ve adı geçen maliyet kayıplarını önlemeye yönelik müdahalelerdir.

Sözleşme hazırlığı ve imzalanması; uyuşmazlıkların neden olacağı maliyet ve süre kayıplarının engellenebileceği, minimuma indirilebileceği ya da başka bir ifadeyle belirsizliklerin öngörülüp gerekli önlemlerin alınabileceği anahtar nitelikteki süreçtir. Üretimin katılımcıları olan taraflar; ilişkilerini ve karşılıklı yükümlülüklerini aralarında kuracakları sözleşmeler ile belirlemektedir. Bu çerçevede; sektörün en karakteristik özelliği olan belirsizlikler, sözleşme aşamasında öngörülüp çözümleri ile birlikte sözleşmede yer aldığı ölçüde azaltılabilir.

Bölüm 4.3.2.'de yer verilen, inşaat uyuşmazlıklarının nedenleri üzerine yapılmış çalışmaların hepsinde, sözleşme unsuru yer almaktadır. İyi bir inşaat sözleşmesi, belirsizliklerin dahil edildiği, uyuşmazlıkların öngörülerek minimuma indirildiği sözleşme olarak değerlendirilirse; bu nitelikteki bir sözleşmenin hazırlanması, deneyimli hukukçuların danışmanlığı ile mümkündür. Ancak, söz konusu hazırlık sürecine; bu çalışmada değinilen sözleşmeler hukukunun temel kavramlarına ve istisna sözleşmesine hakim sektör profesyonellerinin katılması, ortaya daha verimli bir sözleşmenin çıkmasını sağlar.

Uyuşmazlıkların yol açtığı maliyet kayıplarını engelleyici müdahalelerin sözleşme hazırlığından sonraki aşaması, üretim sürecindeki yapım yönetimi mekanizmalarıdır. Sözleşme yönetimi, çatışma yönetimi vb. yapım yönetimi alanları; üretim sürecinde uyuşmazlıkların engellenmesi ve çözümlenmesi amacıyla yapılan çalışmaların bütününe kapsar. Söz konusu yönetsel önlemler, günümüz inşaat üretiminde gün geçtikçe önem kazanmakta ve sürecin vazgeçilmez bileşenleri haline gelmektedir. Özellikle karmaşık yapıdaki, yüksek bütçeli inşaat projelerinde sözleşme taraflarının kendi organizasyonlarına "claim engineer", "claim danışmanı" vb. sektör profesyonellerini günümüzde sıklıkla dahil etmeleri, uyuşmazlıkların sebep olduğu maliyetlerin iş sahibi ve yüklenici açısından öneminin somut bir göstergesidir.

Uyuşmazlık çözümü süreci; çatışmanın uyuşmazlık halini alması ile başlar, uyuşmazlık çözüm yolunun belirlenmesi, uygulanması, neticelendirilmesi ile son

bulur. Bölüm 3.'de genel hukuk çerçevesinde açıklanan uyuşmazlık çözüm yolları; inşaat sektöründe yapım yönetimi alanında ciddi bir tartışma konusudur. Devlet mahkemeleri, hakem yargılaması, ADR yöntemleri gibi resmi ya da dostane uyuşmazlık çözüm yollarının inşaat sektörü çerçevesinde değerlendirilmesi, inşaat uyuşmazlıklarının karakteristiklerine göre uygunluklarının belirlenmesi, maliyet artışlarının engellenmesi açısından yapım yönetiminin önemli bir uygulama alanını teşkil eder.

5.2. İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlıkların Çözümü

İnşaat uyuşmazlıkları, geleneksel olarak devlet mahkemelerinde yargı yolu ile, hakem yargılaması ile (tahkim) ve ADR yöntemleri kullanılarak çözülmektedir. ADR yöntemleri çerçevesinde çok sayıda uygulama kullanılmakla birlikte, bu çalışmada inşaat uyuşmazlıklarında en sık başvuru müzakere ve arabuluculuk ele alınmıştır. Bütün hukuki uyuşmazlıklarda olduğu gibi, inşaat uyuşmazlıklarında da problem, hangi yöntemin en verimli sonuç vereceğidir.

İnşaat uyuşmazlıklarında tarafların beklentisi, yalnızca ucuz ve süratli çözüm değildir. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak ideal yöntem, tarafların ortak beklentilerini karşılayan yöntemdir. Uyuşmazlığın nitelikleri ve tarafların, projenin bir defalığından doğan spesifik öncelikleri, uygun çözüm yönteminin her uyuşmazlık vakası için farklı olabilmesi anlamına gelir. Bu nedenle, uyuşmazlık çözüm yöntemini doğru tespit edebilmek için, yöntemin karakteristik özelliklerini inşaat sektörü bağlamında ele almak yerinde olacaktır.

Literatürde, inşaat uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılacak yöntemin seçimine yönelik çalışmalarda, değişken koşullar karşısında, çeşitli yöntemlerin uygunluğundan bahsedilmiştir. Cheung ve Suen (2002), uyuşmazlık taraflarının çözüm sürecinden beklentilerini (örn. gizlilik, katılımın ihtiyari olması vb.), bir kriterler listesi haline getirerek, çözüm yöntemin belirlenmesine yardımcı bir model ortaya koymuşlardır. Benzer şekilde Cheung (2002), taraflar arasındaki sözleşmeleri çeşitli niteliklerine göre gruplandırarak, her grup için farklı çözüm yöntemlerinin uygunluğunu öngörmüştür.

5.2.1. İnşaat Uyuşmazlıklarının Yargı Yolu ile Mahkemelerde Çözülmesi

İnşaat uyuşmazlıklarının çözüm yöntemleri, yargı unsuru içerip içermemesine göre sınıflandırılırlarsa; devlet mahkemeleri ile çözüm, tahkim ile birlikte yargı unsuru

içeren formal çözüm yollarından geleneksel olanıdır. Taraflar; diğer uyuşmazlık çözüm yollarından birini öngörmediklerinde, diğer uyuşmazlık çözüm yollarından biri üzerinde uzlaşamadıklarında ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarından sonuç alamadıklarında uyuşmazlığın sonuçlandırılması için mahkemeye başvururlar. Günümüzde mahkemeler, inşaat uyuşmazlıklarında halen sık başvurulacak çözüm yollarından biridir.

Sıkça kullanılmakla birlikte; mahkemelerin inşaat uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmasının uygunluğu, getirileri ve tarafların sonuçtan memnuniyetleri tartışma konusudur. Bazı durumlarda uyuşmazlığı mahkemeye gitmeden çözmek, mahkeme sürecinden ve sonucundan daha maliyetli olabilmekle beraber, bu konuda yaygın görüş; devlet mahkemelerine başvurmanın, inşaat uyuşmazlıklarının çözümü için verimli yöntem olmadığı şeklindedir. (Cheung ve Suen, 2002 – Harmon, 2003) Bu noktada esas kriterler tarafların süre, maliyet ve gizlilik kaygılarıdır.

İnşaat projelerinde taraflar açısından uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlandırılması büyük önem taşır. Ancak, devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların sonuçlandırılması; yasalar, usuller ve prosedürlerin tam olarak uygulandığı bir süreçte uzun zaman alabilmektedir. Öyle ki, bazı hallerde; kazanan taraf uzun yargılama süreci sonunda gizli kaybeden konumuna düşmektedir.

Uzun yargılama süresi, masrafları da beraberinde getirmektedir. Burada sıklıkla düşülen yanılgı, söz konusu maliyetin mahkeme masrafları ile sınırlı olduğu düşüncesidir. Ancak mahkeme sürecinde tarafların karşı karşıya olduğu esas maliyetler; “gizli maliyetler” olarak nitelendirilen, iş gücü kaybı, dokümantasyon hazırlığı, firma nakit akışı dengesinin bozulmasından kaynaklanan maddi kayıplar, mahkeme sürecine konsantre olmaktan dolayı değerlendirilemeyen yeni proje fırsatları vb. biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Devlet mahkemelerinde görülen davaların aleni olmasından dolayı, firmaların sektörde edineceği negatif imaj da tarafların bu yolla uyuşmazlık çözümüne temkinli yaklaşmalarına sebep olmaktadır.

Aralarında uyuşmazlık çıkan tarafların mahkemeye başvurarak çözüm aramaları, karşı tarafa otoriter ve yasal bir yaptırım uygulama isteğinin sonucudur. Başka bir deyişle, taraflar arasında dostane çözüm söz konusu olmayıp, kazan-kaybet mekanizması işlemektedir. İnşaat firmalarının birbirleriyle uzun süreli ticari ilişkiler içinde oldukları ve sıklıkla birden fazla projede bir araya geldikleri düşünülürse, mahkeme ile çözümlenen bir uyuşmazlığın inşaat firmaları arasındaki ticari ilişkileri zedelemesi hatta ortadan kaldırması olasılığı yüksektir.

Kompleks, uluslararası nitelik taşıyan, büyük bütçeli inşaat projelerinde çok sayıda taraf, binlerce aktivite, on binlerce doküman vardır. Söz konusu inşaat projelerinde, taraflar arasında oluşan uyuşmazlıkların devlet mahkemelerine yönlendirilmesi halinde, projenin kendisine benzeyen, karmaşık ve uzun zaman alan mahkeme süreçleri ortaya çıkar. Bu bakış açısı; yukarıda açıklanan ve inşaat uyuşmazlıklarına devlet mahkemelerinde çözüm aramanın doğru yöntem olmadığını ortaya koyan sebeplerin, aslında inşaat üretiminin niteliklerinden kaynaklandığını göstermektedir. Çünkü; inşaat projelerinde de, taraflar arasında yasaların yorumlanmasından, uygulanmasından ya da hukuki bir düzenlemeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çıkması mümkündür. Teknik nitelik taşımayan bu tipteki hukuki uyuşmazlıkların mahkemelerce çözümünün en uygun yöntem olduğu kesindir.

Sonuçta, inşaat uyuşmazlıklarının devlet mahkemelerince çözümünden bahsederken, uyuşmazlığın niteliğini (teknik ya da hukuki) göz ardı etmek eksik bir değerlendirme yapılmasına neden olacaktır. Projenin karmaşık unsurlar içeren niteliklerinden ve belirsizliklerden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için öncelikle diğer yöntemlere başvurmak, bununla birlikte yasal bir temele dayanan, bilirkişilik mekanizmasına ihtiyaç duymayan inşaat uyuşmazlıklarını mahkemelere yönlendirmek daha yerinde bir yaklaşımdır.

5.2.2. İnşaat Uyuşmazlıklarının ADR Yöntemleri İle Çözümü

ADR yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde; resmi olmayan, yargı unsuru içermeyen, “kazan – kaybet” işleyişinden çok tarafların uyuşmazlığı dostane bir biçimde neticelendirmesini amaçlayan, bağlayıcılığı tarafların isteğine bağlı olan uygulamaların bütünüdür. Söz konusu yöntemlerde, tarafsız üçüncü kişilerin sürece dahil olması mümkün olduğu gibi (örn. arabuluculuk), taraflar karşılıklı görüşmeler yolu ile üçüncü kişilere gerek duymadan da (örn. müzakere) çözüm arayabilirler. ADR yöntemlerinin kullanılması; devlet mahkemelerinin aksine, esnek, düşük maliyetli ve kısa sürede çözüm ihtiyacından ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

İnşaat uyuşmazlıklarında ADR yöntemlerinin kullanılması, yukarıda değinilen ihtiyaçlara paralellik göstermektedir. Devlet mahkemelerine ve hakem yargılamasına göre daha süratli ve ucuz çözüm imkanına sahip ADR yöntemleri, günümüzde inşaat sektöründe sıklıkla kullanılmakta, özellikle AB ülkeleri ve ABD’ de devlet mahkemelerine alternatif olabilecek derecede yaygın hale gelmiştir.

ADR yöntemleri kapsamında birçok uygulama kullanılmakla beraber, inşaat sektöründe öne çıkan iki yöntem, müzakere ve arabuluculuktur. Özellikle arabuluculuk, 1985 yılından günümüze, inşaat uyuşmazlıklarında yaygın biçimde kullanılmakta, birçok ülkede hukuki düzenlemelerle teşvik edilmektedir.(Harmon, 2003) Bu çerçevede, sektörde kullanımı en hızlı yayılan ADR yöntemi olan arabuluculuk; inşaat uyuşmazlıklarında uzmanlaşmış hukukçular ve inşaat firmaları tarafından verimli bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu değerlendirme, son yıllarda arabuluculuk yolu ile firmalar arasındaki ticari ilişkileri ve iletişimi zedelemeyen çözümlenen uyuşmazlık vakalarının bir sonucudur.¹⁸ (Stipanowich, 1997)

Son yirmi yılda hızla yayılmakla beraber, ADR uygulamalarının inşaat sektöründe kullanılmasının gelişimini tamamladığı söylenemez. Bunun başlıca sebebi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin informal yapısıdır. Resmi uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan tahkim ve devlet mahkemeleri taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çözüm yolu olarak somut biçimde yer alırken, ADR yöntemleri genellikle uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tarafların üzerinde uzlaşmaları ile, ya da tahkim veya mahkeme ile eş zamanlı, hakimin öngörmesiyle uygulanır. Dolayısıyla; günümüzde inşaat sektöründe kullanılan standart sözleşme tiplerinde, genellikle “uyuşmazlığın arabuluculukla giderilmesi” ya da “tarafların müzakere yapmaları” gibi ADR yöntemlerinin kullanımına yönelik düzenlemeler yer almamaktadır. Bu durum, inşaat firmaları ve hukukçuların ADR yöntemlerine temkinli yaklaşımlarına neden olabilmektedir. (Stipanowich, 1997)

ADR yöntemlerinin inşaat sektöründe kullanımının hızla yayılması, söz konusu yöntemlerin genel olarak inşaat uyuşmazlıklarının çözümünde verimli olmasının bir sonucudur. Bölüm 3.2.7.’ de de belirtildiği gibi, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde ADR yöntemlerinin tercih edilmesinin başlıca nedeni ucuz ve süratli çözüm imkanıdır. Bununla birlikte, sonuçların tarafları bağlayıcı nitelik taşıması hatta süreç sonunda uyuşmazlığın çözümünün kesin olmaması ADR yöntemlerinin başlıca sakıncalarıdır.

İnşaat uyuşmazlıklarının çözümünde ADR yöntemlerinin kullanılması halinde hangi kriterler önemlidir? Bu sorunun yanıtının yukarıda adı geçen ve ADR yöntemlerinin başlıca yarar ve sakıncalarını oluşturan birkaç unsurla sınırlı olmadığı kesindir. Başka bir ifadeyle, inşaat uyuşmazlıklarına yönelik bir değerlendirme için sektörün karakteristiklerini ve uyuşmazlığın niteliğini dikkate almak yerinde olacaktır. Bu çerçevede incelendiğinde, koşullar kriterlerin etki niteliğini değiştirebilmektedir. Öyle

ki; genel anlamda ADR yöntemlerinin avantajları olarak değerlendirilen birtakım hususlar dezavantaj, sakıncaları olarak değerlendirilenler ise tercih nedeni halini alabilmektedir.

Tipik bir inşaat projesinde, aralarında uyuşmazlık çıkma olasılığı en yüksek olan katılımcılar, iş sahibi, genel yüklenici ve alt yüklenicilerdir. Bu çerçevede uyuşmazlıklar genellikle; iş sahibi ile genel yüklenici veya genel yüklenici ile alt yüklenici arasında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu gruplar, aralarındaki ilişkileri istisna sözleşmeleri ile kuran proje katılımcılarıdır. İlk bakışta; hedef ve beklentiler, projenin öngörülen süre ve maliyetler içinde tamamlanıp kar etmek gibi görünse de, katılımcıların en az bu unsurlar kadar önem verdiği uzun dönem kaygıları mevcuttur. Bu kaygılar genel anlamda; sektördeki olumlu firma imajı, kalıcılık ve uzun dönem fırsatların değerlendirilmesidir. Taraflar arasındaki mevcut uyuşmazlıkların ADR yöntemleri ile çözümü söz konusu ise, ADR yöntemlerinin karakteristiklerinin yukarıda adı geçen hedef ve beklentilerle ne derece uyduğu önemlidir. Aşağıda, bu karakteristiklerin başlıcaları incelenecektir.

Süre ve maliyet birbirini tamamlayan ve taraflar açısından büyük önem taşıyan unsurlardır, çünkü kısa sürede çözüm düşük maliyet anlamına gelmektedir. Bu noktada düşük maliyet, yalnızca uyuşmazlık çözüm sürecinin maliyetini değil, kısa sürede çözümlenen bir uyuşmazlığın engelliyeceği, projedeki büyük çaplı maliyet kayıplarını ifade etmektedir. Zira; inşaat projelerinde uyuşmazlık çözüm sürecinin, üretimi engellemesi halinde ortaya çıkacak maliyet artışları, çoğu zaman uyuşmazlık konusunun maddi boyutunu aşmaktadır. Cheung ve diğ. (2002), inşaat uyuşmazlıklarının ucuz ve süratli çözümü için, ADR yöntemlerinin uygunluğundan, aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi halinde söz edilebileceğini öngörmüşlerdir.

- Uyuşmazlığın ortaya çıkmasının ardından vakit kaybetmeden çözüm sürecine başlamak.
- Eğer uyuşmazlığın niteliği bilirkişilik ya da uzun süreli yerinde keşif veya tanı ihtiyacı olmadan çözülmeye uygunsa; gereksiz prosedürlerden kaçınıp, kayıt altına alınmış dokümanların ağırlıklı olarak kullanıldığı bir süreç işletmek.
- Eğer uyuşmazlığın niteliği uygunsa; tarafların temsilcileri yerine sürece kendilerinin aktif olarak katılıp karşılıklı görüşmeleri gerçekleştirmeleri.

ADR süreçlerinin tarafların anlaşmaları halinde kamuya kapalı olmaları, inşaat firmaları için oldukça caziptir. Süreç içerisindeki dokümantasyonun aleni olması

firmalar için rahatsızlık yaratabilmekte, hatta uzun dönem fırsatlarını sekteye uğratabilmektedir. Öyle ki; kayıt altına alınmış bir uyuşmazlık vakasına taraf olmak (örn. mahkeme ile neticelendirilmiş bir iş sahibi yüklenici uyuşmazlığı), firma açısından olumsuz bir imaj oluşturmakta, kimi zaman diğer fırsatlarına dezavantaj teşkil edebilmektedir. Günümüzde; bazı ihale tiplerinde değerlendirme, yalnızca fiyat ve teknik kriterlere göre değil, firma kimliği, yeterlilik gibi soyut ve göreceli bir takım hususların değişken olarak dahil edildiği yöntemlerle yapılmaktadır. Bu tarzdaki bir değerlendirmede, söz konusu kriterin olumsuz nitelik taşıması firmanın rekabet gücünü azaltmakta, başka bir ifadeyle firmanın toplam ihale notu düşmektedir.

İnşaat uyuşmazlıklarının çözüm sürecinde, tarafların önemli kaygılarından biri de, iyi ilişkiler çerçevesinde güvenilir ve adil çözüme ulaşmaktır. İnşaat sektöründe, firmalar arası ticari ilişkilerin genellikle tek bir proje ile sınırlı olmayıp, uzun süreli olması, uyuşmazlık halinde dostane çözüm ihtiyacını doğurur. ADR yöntemleri, uyuşmazlıkların kazan-kazan mantığı ile dostane çözümünü amaçlayan uygulamalar olmakla beraber, sonucun tarafları tatmin edici, güvenilir ve adil olması yine tarafların inisiyatifine bağlıdır. Buna göre;

- ADR Yöntemleri ile uyuşmazlık çözümünün gönüllü olması,
- Tarafların motivasyonları ve birbirlerine olan güvenleri,
- Kazan-kazan mantığı çerçevesinde esnek ve yaratıcı çözüm önerileri,
- Sonuçların bağlayıcılığı ve uygulanması
- Üçüncü kişilerin dahil olduğu ADR uygulamalarında (örn. arabuluculuk), üçüncü kişinin kimliği, tarafsızlığı ve inşaat konusundaki birikimi

tarafların süreçten memnun ayrılmaları için anahtar nitelikteki unsurlardır.

Önceki bölümlerde de değinildiği üzere, uyuşmazlıkların çözümü mahkemelerde ya da tahkim yolu sağlanmaktadır. Bu çerçevede ADR uygulamaları, hem katılımın hem de sonuçların yerine getirilmesinin tarafların isteğine bağlı olduğu süreçlerdir. Dolayısıyla; taraflardan birinin uzlaşmacı tutum sergilememesi, karşılıklı görüşmeleri sona erdirmesi ya da üzerinde uzlaşılan kararlara uymaması, yapıcı sonuçlar beklenen ADR süreçlerini zaman kaybı haline getirir. Ayrıca, arabuluculuk gibi tarafsız üçüncü kişilerin dahil olduğu ADR uygulamalarında, söz konusu kişinin üstlendiği sorumluluk, sürecin verimliliği açısından oldukça önemlidir. Arabulucu veya bilirkişinin asli görevi uyuşmazlığa hüküm getirmek değil, tarafların duruma

birbirlerinin bakış açılarından bakmasını sağlamaktır. Arabulucu; inşaat bilgisiyle ve tecrübesiyle uyuşmazlık konusunun detaylarını, mahkemeye intikal etmesi halinde olası sonuçlarını taraflara bildirerek, uzlaşmacı çözüm çerçevesinde taraflara telkin ve tavsiyelerde bulunan kişidir. Dolayısıyla, süre, maliyet, gereksiz prosedürlerden kaçınma, karşılıklı görüşmelerdeki uzlaşmacı ortam gibi ADR unsurlarında, tarafların motivasyonu kadar arabulucunun becerisi de etkilidir.

İnşaat uyuşmazlıklarında ADR yöntemlerinin karakteristik özelliklerine ilişkin literatürde yer alan çalışmaların sonuçları da, yukarıda açıklanan faktörlere paralellik göstermektedir. Bu çerçevede, ADR yöntemlerinin özellikleri, farklı bakış açılarından çeşitli başlıklar altında (örn. süre ve maliyet, tarafların sürece etkileri vb.) incelenmiştir. Cheung ve diğ. (2002)'nin, söz konusu araştırmalarda yer alan özellikleri beş grup altında özetlediği çalışma Tablo 5.1.'de gösterilmiştir.

Tablo 5.1. ADR Uygulamalarının Başlıca Kriterleri. (Cheung ve diğ., 2002)

Esas Unsurlar	Yardımcı Unsurlar
Uygulamanın genel yapısına yönelik kriterler	Gönüllü katılım Tarafların süreçteki etkinliği Esneklik Formalite Gizlilik
Üçüncü kişinin rolü	Tarafsızlık Tarafları sürece motive etme İnşaat tecrübesi
Çözüm	Kazan-kazan bakış açısı Adalet Yaratıcı çözüm
Kazançlar	Maliyet tasarrufu Süre tasarrufu

Tablo 5.1.' e göre, ADR yöntemleri ile inşaat uyuşmazlıklarının çözümü; sürecin genel yapısı, tarafsız üçüncü kişilerin süreçteki rolü, uyuşmazlığın çözümü ve tarafların kazançları itibariyle devlet mahkemeleri ve tahkimden ayrılmaktadır.

5.2.3 İnşaat Uyuşmazlıklarının Hakem Yargılaması (Tahkim) İle Çözümü

Genel olarak, aralarında uyuşmazlık çıkan sözleşme tarafları devlet mahkemelerine başvururlar. Ancak, özel hukukta belirli şartların yerine getirilmesiyle, tarafların uyuşmazlığı kendilerinin oluşturacakları mahkemelerde çözmeleri mümkündür.

Tahkim ya da hakem yargılaması olarak adlandırılan bu yöntem günümüzde, özellikle ticari nitelikli uyuşmazlıklarda sıklıkla kullanılmaktadır.

Yargı unsuru içeren bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim, resmi yapısı ve sonuçlarının bağlayıcı olması ile devlet mahkemelerine benzerlik göstermekte, bu çerçevede devlet mahkemelerine alternatif nitelikte bir kullanım yaygınlığı sergilemektedir. İnşaat sektöründe tahkimin kullanılması da bu duruma benzer bir gelişim göstererek, devlet mahkemelerine alternatif bir seçenek olarak günümüzde oldukça popüler hale gelmiştir. (Kangari, 1995)

Arbuluculuk, müzakere gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin aksine, tahkimin standart inşaat sözleşme tiplerinde yer alması, sektörde kullanımının yaygınlaşmasının önemli nedenlerindendir. Örneğin; AIA (American Institute of Architects) standart sözleşme formlarında, uyuşmazlıkların giderilmesine yönelik tahkim uygulaması 1915'den itibaren yer almaktadır. (Harmon, 2003) Benzer uygulamaya FIDIC sözleşmelerinde de yer verilmiştir. Söz konusu tip sözleşmelerin, özellikle uluslararası nitelikteki inşaat projelerinde yaygın biçimde kullanımı göz önüne alındığında, tahkim uygulamasının inşaat sektöründeki önemi ortaya çıkmaktadır.

Tahkim uygulamasının Türkiye'deki inşaat uyuşmazlıklarında kullanılması da son yıllarda hızlı bir artış göstermiştir. Özellikle 1991 yılında yürürlüğe sokulan New York Sözleşmesi ve Cenevre Sözleşmesi, Türkiye'nin, dünyada tahkime yönelik düzenlemelere ayak uydurma çabasının sonuçlarıdır. Ayrıca, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Kuralları'na göre tahkim yolu ile çözülen uyuşmazlık vakaları sayısı son yıllarda artmaktadır. Üstelik, söz konusu tahkim örnekleri yalnızca uluslararası nitelikteki inşaat projeleriyle sınırlı değildir. Bugün, bir inşaat projesi dahilindeki tarafların (örn. iş sahibi ve yüklenici) aynı ülkeden olmaları, aralarındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim kuruluşlarınca çözülebilmesine engel değildir. Öyle ki, taraflardan birinin devlet kuruluşu olduğu haller de görülmektedir.

İnşaat uyuşmazlıklarında tahkime başvurmak yukarıda da değinildiği üzere yaygın bir uygulama olmakla beraber, verimliliği tartışma konusudur. Genel yapısı itibariyle devlet mahkemelerine oranla kamuya kapalı ve gizli bir süreç olması, inşaat sektöründe tercih edilme sebebi olmakla beraber, süratli ve ucuz çözüm hususlarında son yıllarda karşıt görüşler ortaya çıkmıştır. (Harmon, 2003)

Yukarıda da değinildiği üzere, tahkim devlet mahkemelerine alternatif olabilecek bir çözüm yöntemidir. Bu çerçevede, inşaat sektörüne yönelik bir değerlendirme;

tahkimin devlet mahkemelerinden farklı niteliklerini göz önüne alarak yapılmalıdır. Mahkemeler ile tahkimin başlıca benzer noktaları;

- Resmi uygulamalar olmaları
- Taraflar arasındaki sözleşmede yer almaları
- Sürecin üçüncü kişilerin (hakim veya hakem) kontrolünde olması
- Yargı unsuru içermeleri
- Kararların bağlayıcı nitelikte olması
- Tarafların kazan-kaybet mantığı çerçevesinde karşı karşıya gelmeleri

şeklinde özetlenebilir. Genel yapıları benzerlik taşıdığı halde; inşaat sektöründe firmaların mahkeme yerine tahkime gitmeleri hangi yararları sağlayabilir? Bu sorunun yanıtı olabilecek hususlardan süre ve maliyet tasarrufu, göreceli ve yukarıda da değinildiği gibi karışık görüşlere açıktır. Ancak; gizlilik unsuru, yöntemin ve hakemlerin taraflarca belirlenmesi olanağı gibi özellikleri, tahkimi sektörde cazip hale getirmektedir. Özellikle “hakem” kavramının işlevi ve sürece etkisi sonuçların tatmin edici olabilmesi açısından önemlidir.

Tahkim uygulamasında hakem ya da hakemler taraflarca belirlenir ve ADR yöntemlerinden farklı olarak bir yargılama çerçevesinde sürecin yürütücüsüdürler. Kararları yasal temele dayanır ve tarafları bağlayıcıdır. Bu durum inşaat uyuşmazlıkları göz önüne alındığında aşağıdaki sonuçları doğurur:

Hakemler genellikle, inşaat sektöründe tecrübeli sektör profesyonelleri ya da benzer konularda uzmanlaşmış hukukçulardan oluşur. Dolayısıyla, uyuşmazlık vakasını, sektöre ait bilgi ve tecrübeleriyle doğru bir biçimde analiz edebilirler. Çoğu zaman bilirkişilik işlemine ihtiyaç duyulmaz. Tahkim sürecinde; kanıtların sunulması, dokümanların bir araya getirilmesi gibi işlemlerin devlet mahkemelerine oranla daha az prosedür içermesi ve söz konusu işlerin hakemlerin kontrolünde yürütülmesi de toplam süreyi azaltır. Hakemlerin zaman kaybına neden olan gereksiz işlemleri engellemeleri ve tarafları yönlendirmeleriyle süratli bir yargılama süreci gerçekleşebilir. Özellikle, uyuşmazlık konusunun tespiti ve keşfi, hakemlerin sektörü tanıyan kişiler olması sebebiyle kısa sürede sonuçlanır.

Hakem tayini, kararları ve kararların taraflarca uygulanması, inşaat uyuşmazlıklarında dikkate değer diğer önemli noktalardır. Hakemlerin inşaat sektöründe tecrübeli kişiler olmaları bir yana, söz konusu kişilerin belirlenmesinde uyuşmazlık taraflarının söz sahibi olmaları yararlı bir özelliktir. Taraflar, aralarındaki sözleşmede yer alan tahkim şartının niteliğine göre, hakemleri bizzat kendileri belirleyebilirler. Tahkim uygulamasının, tahkime destek veren resmi kuruluşlardan biri tarafından gerçekleştirilmesi öngörülse dahi, tarafların hakem tayininde söz hakkı bulunmaktadır. Bu durum, hakem kararlarının yasalar çerçevesindeki bağlayıcı niteliğiyle birleştirildiğinde, inşaat uyuşmazlıklarında tarafların iki önemli kaygısı bertaraf edilmiş olur: Üçüncü kişilerin güvenilirliği ve kararların yerine getirilmesi. (Cheung ve Suen, 2002) Yukarıdaki hususlar ışığında, tahkim uygulamasından verimli sonuç alınmasının, ADR yöntemlerinden farklı olarak uyuşmazlık taraflarından çok, hakemlerin elinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası nitelikteki inşaat projelerinde meydana gelen uyuşmazlıklarda, çözümde uygulanacak hukuk, yer, dil, kararların uygulanması vb. sorunların sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Günümüzde, gerek uluslararası sözleşmeler, gerekse tahkimi düzenleyen resmi kuruluşlar ile tahkimi yaygınlaştırma ve çeşitli uygulama sorunlarını gidermeye yönelik çalışmalar, birçok ülke tarafından yürütülmektedir. Ayrıca, genel uygulama esaslarının yanında, inşaat uyuşmazlıklarında tahkim kullanımının iyileştirilmesine yönelik düzenlemeler de, başta ABD olmak üzere hız kazanmıştır. (Stipanowich, 1996) Örneğin, AAA; 1996'da yürürlüğe soktuğu kurallar ile, inşaat uyuşmazlıklarında tahkim sürecini hızlandırmayı öngörmektedir. Uyuşmazlık konusu olan miktarın büyüklüğüne göre(50.000 \$'dan az, 1.000.000 \$'dan yüksek vb.), "Fast track rules" ve "Large, complex case rules" olarak düzenlenen söz konusu kurallar; tahkim başvurusu, hakem tayini, dokümantasyon, kararlara itiraz, delillerin toplanması ve keşif süreçlerinde zaman kayıplarını azaltarak maliyeti düşürmeyi amaçlamaktadır. İnşaat uyuşmazlıklarının çözümünde sıklıkla rastlanılan gereksiz prosedürlerin yol açtığı zaman ve maliyet kayıplarının önlenmesi açısından, söz konusu düzenlemeler verimli sonuçlar vermektedir.

İnşaat uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan tahkim uygulamalarında süre ve maliyeti azaltmaya yönelik müdahaleler, yalnızca tahkim süreci içinde yer alan iyileştirmelerle sınırlı değildir. Daha önceki bölümlerde de değinildiği üzere, uyuşmazlıklar, inşaat projelerinin bütünü içinde önlenmesi tamamen mümkün olmayan vakalardır. Delillerin değerlendirilmesi ve keşif süreçlerinin, özellikle devlet

mahkemeleri ve tahkim gibi resmi uyuşmazlık çözüm uygulamalarında uzun zaman alması aşağıdaki olguları önemli kılmaktadır.

İnşaat projesi, yatırım kararının alınmasıyla başlar. Yatırım kararının alınmasından itibaren, proje sürecindeki başta taraflar arasındaki istisna sözleşmesinin hükümleri olmak üzere, her çeşit detay, uyuşmazlık çözümünde direkt ya da dolaylı yoldan etkilidir. Özellikle kayıt altına alınan evraklar, tahkim uygulamasında en önemli delil örnekleridir. Kangari (1995), inşaat projelerindeki evrak kayıt işlemlerinin tahkim sürecinin verimliliği üzerindeki önemine dikkat çekmiştir. Örneğin, gecikmeler veya süre uzatımından kaynaklanan inşaat uyuşmazlıklarında sistemli bir biçimde kayıt altına alınan;

- Orijinal iş programı (başlangıçta öngörülen program),
- Gerçekleşen iş programı (as-built schedule),
- Yükleniciden ya iş sahibinden kaynaklanan her türlü gecikmenin belirtildiği iş programı revizyonları vb.

Dokümanları; tahkim sürecinde hakemlerin sağlıklı karar almalarına yardımcı olacaktır. Delil toplanması ve keşif prosedürlerinin devlet mahkemelerine göre daha esnek yapıda olduğu tahkim süreçlerinde; sistematik, sıralı ve detaylı evrak kayıtlarına sahip olan tarafların avantajlı konumda olacakları kesindir. (Kangari, 1995)

5.2.4. İnşaat Uyuşmazlıklarının Çözümünde Kullanılan Diğer Uygulamalar

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında; resmi, uygulamalar mahkemeler ve tahkimle sınırlı olmakla beraber, alternatif yöntemler yalnızca bu bölümde açıklanan müzakere ve arabuluculukla sınırlı değildir. Günümüzde inşaat uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik çeşitli uygulamalar kullanılmaktadır. Söz konusu yöntemlerin bir kısmına (kısa yargılama, ön hakemlik vb.) Bölüm 3.' de değinilmiştir.

1970' li yılların başından itibaren özellikle ABD' de kullanılmaya başlayan uyuşmazlık değerlendirme kurulları (Dispute review boards), genellikle ADR yöntemleri dahilinde değerlendirilen ve inşaat uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulan bir yöntemdir. Genel anlamda DRB, tarafların aralarında anlaşarak görevlendirdikleri tarafsız kişilerden oluşan bir kuruldur. Kurulun görevi, üretim süreci boyunca periyodik ziyaretlerle proje hakkında bilgi sahibi olarak, herhangi bir

uyuşmazlık halinde taraflara yapıcı müdahalelerde bulunmaktır. Kurul aynı zamanda, tarafların aralarındaki sözleşme ve uygulama sürecinde kayıt altına alınan dokümanlar hakkında da bilgi sahibidir. Diğer ADR yöntemlerinden farklı olarak, uyuşmazlık değerlendirme kurulları, genellikle uyuşmazlık çıkmadan önce, sözleşme aşamasında yetkilendirilirler. Bu nedenle daha formal bir yapıya sahiptir. Esas itibariyle; DRB, partnerning vb. uygulamalar, uyuşmazlık çözüm yöntemi kimliğinden çok, uyuşmazlığı önleyici nitelik taşırlar. (Harmon, 2003)

Yine ABD kökenli bir yöntem olan “Tavsiye niteliğindeki hakem yargılaması” (Advisory Arbitration), uyuşmazlık taraflarının tipik bir hakem yargılaması çerçevesinde karşı karşıya geldiği bir uygulamadır. Ancak tahkimden farkı; kararların bağlayıcı nitelikte değil, tavsiye niteliğinde olmasıdır. Bu tipteki bir uygulama, taraflara; resmi yargıya gitmeleri halinde hangi muhtemel sonuçların doğabileceği hakkında fikir verebilir. Benzer şekilde taraflar, söz konusu sonuçları göz önüne alarak, verimli bir müzakere süreci başlatabilirler.

Bu çalışmanın kapsamını aşmakla beraber, inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ ne götürülmesi, resmi nitelikte uyuşmazlık çözümünü sağlayabilen bir diğer yaklaşımdır. İnşaat sözleşmesinin taraflarının; özel ya da tüzel kişiler olmaları, hatta taraflardan birinin devlet kuruluşu olması dahi, uyuşmazlık halinde AİHM’ ne başvurmaya engel teşkil etmez. Burada asıl olan, başvuru konusunun ve başvuru şeklinin ilgili hukuki düzenlemelere uygun olmasıdır. (Alparslan ve Dülger, 2004)

5.2.5. İnşaat Uyuşmazlıklarının zmnde Devlet Mahkemeleri, Tahkim ve ADR Yöntemlerinin Karşılaştırmalı Değerlendirmesi

Çalışmanın bu bölümüne kadar incelenen sözleşme, uyuşmazlık ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri; öncelikle hukuk alanında genel yapıları itibariyle, ardından inşaat sektörü çerçevesinde ele alınmıştır.

Belirsizlik ve risk unsurunun hakim olduğu inşaat sektöründe, bir proje bünyesinde toplanan ve aralarındaki ilişkileri sözleşmelerle kuran katılımcılar arasında uyuşmazlıklar çıkmasının bütünüyle engellenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, uyuşmazlıkları engelleyici müdahalelerin yanında, uyuşmazlık çözümünde kullanılacak yöntem ve stratejiler de büyük önem kazanmaktadır.

İnşaat sözleşmesinin taraflarının, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü sürecinde öncelikli beklentileri ve kaygıları nelerdir? Bu sorunun yanıtı kapsamındaki her türlü

unsur, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözümede kullanacakları yöntemin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Süre ve maliyet her koşulda önemli kriterler olmakla beraber; tarafların, farklı çerçevelerde çok çeşitli çıkar kaygıları mevcuttur. Taraflar, uyuşmazlık çözüm yöntemini belirlerken, söz konusu öncelikli çıkarlarının yanında, uyuşmazlığın türünü ve niteliklerini de göz önüne almalıdırlar.

Eğer, inşaat sektöründe proje tipi üretim söz konusu olmasaydı; üretim metotları, organizasyon yapıları, tarafların beklentileri vb. değişken kriterler her koşulda aynı kalsaydı ideal bir uyuşmazlık çözüm yönteminden bahsedilebilirdi. Ancak uygulamada her koşulda en verimli sonucu veren tek bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasından bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla taraflar, içinde bulundukları koşulların tamamını - uyuşmazlığın nitelikleriyle birlikte - göz önüne alarak; devlet mahkemeleri, tahkim ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini seçmek durumundadırlar.

Tablo 5.2., Tablo 5.3., ve Tablo 5.4.'de, tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemini belirlerken dikkate almaları gereken kriterlerin; devlet mahkemeleri, tahkim ve ADR yöntemlerinde hangi nitelikte olduğunun karşılaştırmalı değerlendirmesi verilmiştir. Karşılaştırma yapılırken, bu çalışma kapsamında açıklanan uyuşmazlık çözüm yollarının, yine çalışma kapsamında değinilen karakteristikleri özetlenmiştir. Bu çerçevede, inşaat uyuşmazlıklarının çözüm yönteminin seçiminde, tarafların göz önüne almaları gereken kriterlerin;

- Süre, maliyet ve kullanım yaygınlığına göre genel kriterler
- Uygulama ve sürecin yapısına yönelik kriterler
- Tarafların süreçteki rolü ve süreç sonrasına yönelik kriterler

başlıkları altında sınıflandırılması uygun görülmüştür. Değerlendirme yapılırken, ADR yöntemleri adı altında, uygulamada en çok kullanılan müzakere ve arabuluculuk göz önüne alınmıştır. Tablodaki kriterler bütün yöntemler açısından (devlet mahkemeleri, tahkim, ADR yöntemleri) genellemeler yapılmak suretiyle değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, varılan sonuçların istisnai durumları söz konusu olabilir. Örneğin, bir mahkeme davasına taraf olmak inşaat firmalarının kurum imajı üzerinde genellikle olumsuz etki yaratmakla beraber, her zaman söz konusu etkiyi oluşturmayabilir.

Tablo 5.2. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Genel Yapıları

SÜRE, MALİYET VE KULLANIM YAYGINLIĞINA YÖNELİK GENEL KRİTERLER	DEVLET MAHKEMELERİ	TAHKİM	ADR YÖNTEMLERİ
Toplam süre	Genellikle uzun	Mahkemelere oranla kısa	Kısa
Sürecin uzama riski	Yüksek	Mahkemelere oranla düşük	Karşılıklı görüşmelerde iletişimin tıkanması halinde yüksek
Kurum masrafları, harçlar	Düşük	Yüksek	Düşük
Uyuşmazlık çözümü sürecinin toplam maliyeti	Yüksek	Mahkemelere oranla düşük	Düşük
Masrafları karşılayacak olan taraf	Genellikle davayı kaybeden taraf	Genellikle davayı kaybeden taraf.	Genellikle her iki taraf
Bürokrasi, formal yapı ve prosedürlerin yoğunluğu	Yüksek	Mahkemelere oranla düşük	Çok düşük
Kurumsal destek imkanı (Hizmet veren resmi kuruluşlar)		Yüksek	Sınırlı
Kullanım Yaygınlığı	Yüksek	Yüksek	Resmi uygulamalara oranla düşük, ancak hızla artmakta
Uyuşmazlığın niteliğine göre uygunluk şartı (Her türlü hukuki uyuşmazlıkta başvurulabilir mi?)	Sınırsız. Genel olarak hukuki uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülmesi esastır.	Sınırlı. Yalnızca çekişmeli yargıya giren uyuşmazlıklar	Sınırlı. Yalnızca çekişmeli yargıya giren uyuşmazlıklar
Standart inşaat sözleşmelerinde, destekleyici düzenlemeler	Yaygın	Yaygın	Sınırlı

Tablo 5.3. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Sürecin İşleyişi

UYGULAMA VE SÜRECİN YAPISINA VE YÖNTEMİNE YÖNELİK KRİTERLER	DEVLET MAHKEMELERİ	TAHKİM	ADR YÖNTEMLERİ
Uygulamanın kullanılmasına karar verilmesi aşaması, yöntemi	Uyuşmazlık çıkmadan önce, sözleşme aşamasında	Uyuşmazlık çıkmadan önce, sözleşmeye dahil edilecek tahkim şartı ile	Genellikle, uyuşmazlığın meydana gelmesinin ardından, tarafların aralarında anlaşması ile
Tarafların, süreç içinde kullanılacak usul ve yönetime müdahale hakkı	Yok	Sınırlı. Usul ve yöntem hakemlerin inisiyatifinde	Var. Usul ve yöntem tamamen tarafların inisiyatifinde
Otorite, süreci kontrol eden, yöneten kişi	Hakim	Hakem - Hakem heyeti	Asli olarak taraflar, tarafsız üçüncü kişinin katkısı ile.
Tarafsız üçüncü kişiyi (Hakim, hakem, arabulucu vb.) belirleme olanağı	Yok	Var. Ancak, tahkim kurumlarının birinden yararlanılması halinde bu olarak sınırlı	Var
Tarafsız üçüncü kişinin formasyonu	Devlet görevlisi, hukukçu	Genellikle sektörde tecrübeli yöneticiler ya da hukukçular	Genellikle sektörde tecrübeli yöneticiler ya da hukukçular
Tarafsız üçüncü kişinin inşaat sektörüne yönelik bilgisi ve deneyimi	Yok	Genellikle yüksek.	Yüksek
Bilirkişiye başvurma ihtiyacı	Genellikle yüksek	Genellikle düşük	Düşük
Karar mercii	Hakim, Jüri	Hakem - Hakem heyeti	Taraflar
Kararların taraflar açısından bağlayıcılığı	Bağlayıcı	Bağlayıcı	İsteğe bağlı
Tarafların kararlara itiraz hakkı	Var	Sınırlı	
Uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak dil	Genellikle mahkemenin kullandığı dil	Hakem heyetinin belirlediği ortak bir dil	Tarafların kararlaştırdığı ortak bir dil

Tablo 5.4. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Tarafların Sürece Katkıları

TARAFLARIN SÜREÇTEKİ ROLÜ, BEKLENTİLERİ VE SÜREÇ SONRASINA YÖNELİK KRİTERLER	DEVLET MAHKEMELERİ	TAHKİM	ADR YÖNTEMLERİ
Sürecin yürütülmesinde esneklik, tarafların katılımı	Mümkün değil	Sınırlı. Hakemlerin inisiyatifinde	Yüksek
Yaratıcı çözüm seçenekleri	Yok	Sınırlı. Hakemlerin inisiyatifinde	Yüksek
Uyuşmazlık çözüm sürecinin devam eden inşaat üretimi üzerindeki etkisi, iş gücü kaybı, üretimin aksaması	Genellikle olumsuz. Uyuşmazlığın niteliğine göre üretim aksayabilir ya da durabilir	Genellikle olumsuz. Uyuşmazlığın niteliğine göre üretim aksayabilir ya da durabilir	Uyuşmazlığın niteliğine bağlı. Ancak, sürece katılım ve hazırlık için gereken iş gücü nispeten düşük
Gizlilik	Aleni. Süreç kamuya açıktır.	Tarafların anlaşması halinde kamuya kapalı.	Gizli
Uyuşmazlığın sonuçlandırılmasının kesinliği	Kesin	Kesin	Kesin değil. Tarafların uzlaşmaması halinde uyuşmazlık yargıya gider.
Kazan-kazan mantığı ile sonuca ulaşma olanağı	Yok	Yok	Mümkün
Süreç boyunca tarafların birbirlerine bakış açıları, motivasyonu	Rekabetçi, karşı karşıya	Rekabetçi, karşı karşıya	Genellikle dostane ve karşılıklı güven çerçevesinde
Süreç sonrası tarafların ticari ilişkilerini dostane bir biçimde sürdürebilme şansı	Düşük. Yargı süreci genellikle taraflar arasındaki uzun dönem ilişkileri zedeler.	Düşük. Yaratıcı çözümlerin hakemlerin inisiyatifinde olması nedeniyle mahkemelere oranla yüksek	Yüksek.
Sürece dahil olmalarının, tarafların ticari itibarı ve firma imajı üzerindeki etkisi	Genellikle olumsuz	Genellikle olumsuz	Genellikle etkili değil
Hukuk müşavirlerinin süreçteki etkinliği	Yüksek	Yüksek, ancak mahkemelere oranla düşük	Genellikle düşük seviyede
Tarafların memnuniyeti	?	?	Uzlaşma halinde yüksek.

Elbette; pratikte inşaat uyuşmazlıklarının taraflarının, bu çalışmada değinilen kriterlerin haricinde, çok çeşitli çıkar unsurlarını da dikkate aldıkları kesindir. Literatürde, yapım yönetimi alanında inşaat uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik çalışmalarda da, çeşitli sınıflandırmalar altında çok sayıda kritere değinilmiştir. Söz konusu çalışmalar, inşaat uyuşmazlıklarında en verimli çözüm yönteminin; uyuşmazlık vakasının kendine özgü nitelikleri ile yukarıda değinilen kriterlerin, beklentilere verdiği yanıt çerçevesinde belirlenebileceği sonucunu öngörmüşlerdir. Dolayısıyla akademik çalışmalar; en uygun uyuşmazlık çözüm yöntemini tanımlamak yerine, yöntemin seçiminde kullanılacak modeller veya tavsiyeler üzerine yoğunluk kazanmaktadır.

6. SONUÇ VE ÖNERİLER

Bu çalışmada; inşaat projeleri dahilinde sıklıkla meydana gelen uyuşmazlıkların, en az kayıpla aşılabilmesi için, tarafların dikkat etmeleri gereken noktalar üzerinde durulmuştur.

Uyuşmazlık halini alan çatışmaların, inşaat üretimine olumlu bir katkısı söz konusu değildir. Dolayısıyla; proje sürecinin başlangıcından, uyuşmazlığın kesin olarak çözümlenmesine kadar, çeşitli hukuki ya da yönetsel mekanizmalar, uyuşmazlıkların yaratacağı yıkıcı etkileri azaltmada büyük önem kazanmaktadır. Bu çerçevede, tarafların özen göstermeleri ya da bilgi sahibi olmaları gereken çeşitli konular ön plana çıkmaktadır.

İnşaat üretiminde taraflar, aralarındaki ilişkileri inşaat sözleşmeleri ile kurarlar. Tarafların; sözleşme kavramı, inşaat sözleşmesinin yapısı ve uygulamaları hakkında bilgi sahibi olmaları iyi bir sözleşme hazırlamalarında yararlı olacaktır. İyi bir inşaat sözleşmesi ise; tarafların belirsizlikleri, riskleri olabildiğince öngörüp isteklerini tam olarak yansıtmalarıyla ortaya çıkar. Dolayısıyla, inşaat uyuşmazlıklarının sakıncalarını azaltmaya yönelik ilk müdahaleler, sözleşme aşamasında gerçekleşir. Söz konusu müdahaleler uzman hukukçular tarafından hazırlanacak sözleşmeler ile mümkündür.

Üretim sürecinde uygulanacak çeşitli yönetsel mekanizmalar, iyileştirmeler sözleşmenin ifasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesinde önemlidir. Bu çalışmanın kapsamında olmamakla beraber; yapım yönetimi alanında yapılan sözleşme yönetimi, envanter yönetimi, çatışma yönetimi vb. sistemlerin doğru uygulandığında verimli sonuçlar alınacağı kesindir.

İnşaat uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda; doğru çözüm yönteminin seçimi, yıkıcı sonuçların asgariye indirilebilmesi açısından anahtar niteliktedir. İnşaat sözleşmesinin taraflarının, uyuşmazlık sürecinden minimum zararla çıkabilmelerinin en önemli koşulu olan uygun çözüm yöntemi, tarafların;

1. Uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında bilgi sahibi olmaları,

2. Kendilerinin ve karşı tarafın çıkar ve önceliklerini doğru ve eksiksiz analiz etmeleri,

durumunda mümkündür. Günümüzde, uyuşmazlıklar yalnızca mahkemeler yolu ile çözümlenmemekte; hakem yargılaması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında farklı mekanizmalar da kullanılmaktadır. İnşaat sektörünün de önemli bir yer teşkil ettiği günümüz ticari ilişkilerinde, mahkemelerin uyuşmazlık çözümünde “son seçenek” haline gelmesi giderek yaygınlaşan bir bakış açısıdır. Taraflar, ancak kendi çıkarlarıyla örtüşen çözüm yöntemine başvurmaları halinde verimli sonuç alabilirler. Bu çalışmanın son bölümünde yer verilen tablolar; yapım yönetimi alanında faaliyet gösteren sektör profesyonellerine, uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel yapıları ve inşaat uyuşmazlıklarındaki görünüşleri hakkında temel fikirler vermektedir.

Son olarak, gözden kaçırılmaması gereken nokta; inşaat uyuşmazlıklarının çözümünün, yapım yönetiminin önemli ilgi alanlarından biri olduğu kadar, bir hukuk konusu olduğudur. Bu çerçevede; yapım yönetimi alanındaki araştırmalar, konunun gerçek otoriteleri olan hukukçuların çalışmalarına “veri” teşkil etmelidir. Yukarıda adı geçen bütün süreçlerde; taraflar arasındaki sözleşmenin hazırlığında, uyuşmazlık çözüm yönteminin belirlenmesinde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin yürütülmesinde hukuk müşavirlerine büyük sorumluluk düşmektedir.

KAYNAKLAR

- Akipek, Ş., Küçükgüngör, E.,** 2002. Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Alparslan, Ş., Dülger, V.,** 2004. İnşaat Sözleşmeleri ve AİHM Kararları, İNTES İnşaat Sanayii, Mart/Nisan, 82, s. 28-35
- Aral, F.,** 2003. Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınevi, 2003
- Ataay, A.,** 1981. Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 3. Bası, İstanbul
- Balcı, M.,** 1999. İhtilafların Çözüm Yolları Ve Tahkim, Danışman Yayınları, 1. Baskı, İstanbul
- Ballard, G. and Howell, G.,** 1998. What Kind of Production is Construction, *Proceedings IGLC*, Guaruja
- Bristow, D. J., Vasilopoulous, R.,** 1995. The New CCDC 2; Facilitating Dispute Resolution Of Construction Projects, *Construction Law Journal*, 11, pp. 95-117
- Cheung, Sai-On.,** 2002. Mapping Dispute Resolution Mechanism With Construction Contract Types, *Cost Engineering*, August
- Cheung, Sai-On., Suen, H, C, H., Lam, Tsun-lp.,** 2002. Fundamentals of Alternative Dispute Resolution in Construction, *Journal of Construction Engineering and Management*, Sept/Oct, pp. 409-417
- Cheung, Sai-On., Suen, H, C.,** 2002. A Multi-Attribute Utility Model For Dispute Resolution Strategy Selection, *Construction Management and Economics*, 20, pp. 557-568
- Daoud, E, K, O., Azzam, O, M.,** 1999. Sources of Disputes in Construction Contracts in the Middle East, *Technology, Law and Insurance*, 4, pp. 87-93
- Diekmann, J, E., Girard, M, J.,** 1995. Are Contract Disputes Predictable?, *Journal of Construction Engineering and Management*, December, pp. 355-363
- Diekmann, J, E., Nelson, M, C.,** 1985. Construction Claims: Frequency and Severity, *Journal of Construction Engineering and Management*, 111(1), pp. 74-81
- Emek, U.,** 1999. Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, D.P.T. İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara
- Eren, F.,** 1994. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1., Beşinci Bası, İstanbul

- Fenn, P., Lowe, D., Speck, C.,** 1997. Conflict and Dispute in Construction, *Construction Management and Economics*, 15, pp. 513-518
- Goldsmith, J. C.,** 1995. Report By The Working Group On The Means Of ADR, Paris
- Gould, F., Joyce, N.,** 2000. Construction Project Management, Prentice-Hall Inc., New Jersey
- Gould, N., Huleatt – James, M.,** 1996. International Commercial Arbitration: A Handbook, LLP Limited Publications, London, New York, Hong Kong
- Gözübüyük, Ş.,** 1993. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara
- Harmon, M, J, K.,** 2003. Resolution of Construction Disputes : A review of Current Methodologies, *Leadership and Management in Engineering*, October, pp. 187-201
- Kalpsüz, T.,** 1996. İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara
- Kangari, R.,** 1995. Construction Documentation in Arbitration, *Journal of Construction Engineering and Management*, June, pp.201-208
- Keser Berber, L.,** 1999. Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, Alfa Yayınları, İstanbul
- Kumaraswamy, M, M.,** 1996. Conflict, Claims and Disputes in Construction, *Engineering and Architectural Management*, E&FN Spon, London
- Kumaraswamy, M, M.,** 1998. Consequences of Construction Conflict: A Hong Kong Perspective, *Journal of Management in Engineering*, May/June, pp. 66-74
- Oğuzman, M Kemal., Öz, T.,** 1995. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul
- Özer, A.,** 2002. Aracı Kuruluşlar İle Yatırımcılar Arasında Sermaye Piyasası Faaliyetlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arbuluculuk Yöntemi, S.P.K Aracılık Faaliyetleri Dairesi Yeterlik Etüdü, Ankara
- Semple, C., Hartman, F,T., Jergeas, G.,** 1994. Construction Claims and Disputes: Causes and Cost/Time Overruns, *Journal of Construction Engineering and Management*, 120(4), pp. 785-795
- Soran, Ö.,** 2002. İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözüm Yolları/Tahkim, İ.T.Ü. Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi
- Sorguç, D.,** 1993. Yapı İşletmesi Ders Notu, İ.T.Ü. Rektörlüğü, İstanbul
- Stipanowich, T.,** 1997. At the Cutting Edge: Conflict Avoidance and Resolution in the US Construction Industry, *Construction Management and Economics*, 15, pp. 505-512

- Şanlı, C.**, 1986. Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara
- Şanlı, C.**, 1996. Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul
- Şanlı, C.**, 2002. Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınevi, İkinci Bası, İstanbul
- Tekinay, S., Akman, Ş., Burcuoğlu, H., Altop, A.**, 1993. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Yedinci Baskı, İstanbul
- Yeğengil, R.**, 1974. Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul

ÖZGEÇMİŞ

Doğan TÜRK, 1980 yılında İzmir’de doğdu. 1986’da İzmir’in Aliağa ilçesinde ilk öğrenimine başladı. 1997 yılında Aliağa Lisesi’nden mezun oldu ve 1997’de İ.T.Ü. İnşaat Fakültesi, İnşaat Mühendisliği Bölümü’ne girdi. 2002’de lisans eğitimini tamamladı ve aynı yıl İ.T.Ü. Fen Bilimleri Enstitüsü, Mimarlık Anabilim Dalı, Proje ve Yapım Yönetimi Programı’nda yüksek lisansa başladı.