T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Battal ŞENER

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU

2023

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Battal ŞENER

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU

İZMİR - 2023

TEZ ONAY SAYFASI

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih
29.05.2023
Battal ŞENER

ÖZET

Doktora Tezi

FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Battal ŞENER

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Günümüzde ulusal ve uluslararası inşaat projelerinde kullanılmak üzere meslek birlikleri tarafından yayınlanmış çok sayıda tip sözleşme bulunmakla birlikte, bu tip sözleşmeler içerisinde en önemlisi ve üzerinde en çok durulması gereken şüphesiz "International Federation of Consulting Engineers" (FIDIC) tarafından hazırlanan tip sözleşmelerdir. Zira iş bu tip sözleşmeler profesyonellerce en çok tercih edilen tip sözleşmeler olma özelliğine sahiptirler. İnşaat yatırımlarına kredi ve finansman sağlayan birçok uluslararası kurum ve kuruluşun FIDIC sözleşmelerinin kullanılmasını bir ön koşul olarak dayatmasının yanı sıra, tarafların da bilinen ve sektörde sıklıkla kullanılan sözleşmeleri tercih etme eğiliminde olmaları, bu durumun en önemli sebepleri arasında gösterilmektedir.

FIDIC sözleşmelerinde taraflar arasında adil ve eşit bir risk dağılımı sağlanabilmesi için son derece ayrıntılı hükümler yer almakta olup, böylece uyuşmazlıkların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak buna rağmen uluslararası inşaat projelerinin kendine has özellikleri ve barındırdıkları büyük riskler sebebiyle çok az bir kısmı herhangi bir uyuşmazlık yaşanmaksızın tamamlanabilmektedir. Herhangi bir uyuşmazlık halinde ise FIDIC sözleşmelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre uyuşmazlığın giderilmesi gerekmektedir.

FIDIC sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak çok aşamalı bir alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması tercih edilmiş olup, nihai

çözüm yöntemi ise uluslararası tahkim olarak belirlenmiştir. Tarafların nihai çözüm yöntemi olan tahkime başvurabilmeleri için kural olarak öncelikle diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tüketmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde başvurunun reddi gerekmektedir. Bu durum, sürecin erken aşamalarında proje katılımcıları tarafından uyuşmazlığın çözülebildiği durumlarda maliyetli ve daha ihtilaflı mekanizmalardan kaçınılmasına olanak tanıdığı için faydalı olmakla birlikte, sürecin gereksiz yere uzamasına sebep olarak, sorunların çözümünü geciktirip maliyetlerin artmasına da sebep olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: FIDIC Sözleşmeleri, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Uluslararası Tahkim.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy (PhD)

Dispute Resolution Methods in International Construction Contracts Under FIDIC Contracts

Battal ŞENER

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

Nowadays, although there are many standard contracts drawn up by professional associations to be used in domestic and international construction projects, the most important of these is undoubtedly the standard contracts prepared by the "International Federation of Consulting Engineers" (FIDIC). Because these are the most preferred standard contracts by professionals. The fact that many international institutions and organizations providing loans and financing to construction investments put forward the use of FIDIC contracts as a prerequisite, as well as the tendency of the parties to prefer contracts that are known and frequently used in the sector, are among the most important reasons for this situation.

FIDIC contracts contain extremely detailed provisions to ensure a fair and equal risk distribution between the parties, and thus, it is aimed to prevent disputes. However, due to the unique characteristics and including great risks of international construction projects, very few of them can be completed without any dispute. In case of any dispute, the dispute should be resolved according to the dispute resolution methods stipulated in the FIDIC contracts.

A multi-stage alternative dispute resolution mechanism has been preferred for the resolution of disputes in FIDIC contracts, and the final resolution method has been determined as international arbitration. For the parties to apply to arbitration, which is the final solution method, in principle, they must first exhaust other dispute resolution methods. Otherwise, the

application must be rejected. While this is beneficial as it allows avoidance of costly and more contentious mechanisms if disputes can be resolved by project participants early in the process, it can also cause unnecessary prolongation of the process, delaying the resolution of disputes and increasing costs.

Keywords: FIDIC Contracts, International Construction Contracts, Alternative Dispute Resolution Methods, International Arbitration.

FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xiv

GİRİŞ 1

BİRİNCİ KISIM
İNŞAAT PROJELERİ VE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1.1. GENEL OLARAK 4
1.2. İNŞAAT PROJELERİ VE RİSK YÖNETİMİ 5
1.2.1. İnşaat Projelerinde Risk Yönetimi 6
1.2.1.1. Risk Kavramı ve Genel Olarak Risk Yönetimi 6
1.2.1.2. Adil ve Eşit Risk Dağılımı 8
1.2.1.3. Risk Dağılımı Konusunda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar 10
1.2.1.3.1. Sözleşme Türü 10
1.2.1.3.2. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk 11
1.2.1.3.3. Ülkenin İçinde Bulunduğu İşletme Riskleri 13
1.2.1.3.4. Taraflar ile Müşavir Mühendisin Tecrübe ve Deneyimi 13
1.2.1.3.5. Finansal Güvenceler 14
1.2.1.3.6. Başlangıç Tarihi 14
1.2.1.3.7. Öngörülemeyen Zemin Koşulları 15
1.2.1.3.8. Tasarım Sorumluluğuna İlişkin Hükümler 16
1.2.1.3.9. İşin Kabulüne İlişkin Hükümler 17
1.2.1.3.10. Süre Uzatımı 17
1.2.1.3.11. Değişiklik/Ek İşler 18

1.2.1.3.12. Fesih, İş Durdurma ve İş Yavaşlatma 18
1.2.1.3.13. İşveren Tarafından Sağlanan Bilgiler 19
1.2.1.3.14. Sözleşmeye Aykırılık Sebebiyle Öngörülen Tazminatın Hukuki Niteliği 20
1.2.1.3.15. Sigorta 23
1.2.1.3.16. Mücbir Sebep/Beklenmedik Hal 24
1.2.1.3.17. Uyuşmazlık Çözüm Yolları 25
1.3. İNŞAAT VE ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ 27
1.3.1. Genel Olarak 27
1.3.2. İnşaat Sözleşmesinin Tarafları 29
1.3.2.1. Genel Olarak 29
1.3.2.2. İş Sahibi 30
1.3.2.3. Yüklenici/Müteahhit 30
1.3.2.4. Müşavir Mühendis/İş sahibi Temsilcisi 31
1.3.3. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri 33
1.3.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir 33
1.3.3.2. İvazlı Bir Sözleşmedir 34
1.3.3.3. Hem Ani Hem de Sürekli Edimli Bir Sözleşmedir 34
1.3.4. İnşaat Sözleşmesinin Ekleri 34
1.3.4.1. Genel Olarak 34
1.3.4.2. Sözleşmenin Genel ve Özel Koşulları 35
1.3.4.3. Teknik Belge ve Çizimler 35
1.3.4.4. Teknik Şartname 35
1.3.4.5. İş Sahibi Gereksinimleri 36
1.3.4.6. Metraj ve Hak Ediş Tabloları 36
1.3.5. İnşaat Sözleşmesi Türleri 37
1.3.5.1. Tedarik Metoduna Göre İnşaat Sözleşmeleri 37
1.3.5.1.1. Geleneksel İnşaat Sözleşmeleri (Standard Building Contracts) 37
1.3.5.1.2. Tasarla-Yap İnşaat Sözleşmeleri (Design and Build Contracts) 38
1.3.5.1.3. İttifak Sözleşmeleri (Alliance Agreements) 40

1.3.5.2. Ücret Türüne Göre İnşaat Sözleşmeleri 41
1.3.5.2.1. Sabit Fiyatlı/Götürü Usulü İnşaat Sözleşmeleri (Fixed-Price or Lump Sum Contracts) 41
1.3.5.2.2. Birim/Parça Başı İnşaat Sözleşmeleri (Re-measurement Contracts) 42
1.3.5.2.3. Maliyet+Kâr İnşaat Sözleşmeleri (Cost-plus Contracts) 43
1.3.5.3. Tip Sözleşmeler (Standard Form Contracts) 44
1.3.5.3.1. Genel Olarak 44
1.3.5.3.2. Tip Sözleşmelerin Kullanılmasının Faydaları 45
1.3.5.4. İnşaat Proje Sözleşmesine Bağlı Yan Sözleşme Türleri 47
1.3.5.4.1. Danışmanlık Hizmet Sözleşmeleri (Consultancy Services Contracts) 47
1.3.5.4.2. Proje Yönetimi Sözleşmeleri (Project Management Contracts) 47
1.3.5.4.3. Yap-İşlet-Devret İnşaat Sözleşmeleri (YİD) (Build, Operate, Transfer Contracts (BOT)) 48
1.3.6. İnşaat Sözleşmelerinde Güvence (Teminat) 49
1.3.6.1. Genel Olarak 49
1.3.6.2. Güvence Şekilleri 50
1.3.6.2.1. Asli Nitelikteki Güvenceler 51
1.3.6.2.2. Feri Nitelikteki Güvenceler 54
1.3.6.3. Güvencenin Temini 55
1.3.6.4. Uluslararası İnşaat Projelerinde Kullanılan Güvence Türleri 56
1.3.6.4.1. İhale Teminatı ya da Geçici Teminatlar 56
1.3.6.4.2. Avans Teminatı 57
1.3.6.4.3. Kesin Teminat (Performance Security) 58
1.3.6.4.4. Ana Şirket Garantisi (Parent Company Guarantee) 59
1.3.6.4.5. Alıkoyma Garantisi 60
1.3.6.4.6. Ödeme Garantisi 60
1.3.6.5. İnşaat Sözleşmelerinde Kullanılan Teminatlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü 61

İKİNCİ KISIM
FIDIC SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1. FIDIC SÖZLEŞMELERİ 63
2.1.1. Genel Olarak 63
2.1.2. Tarihçe 65
2.1.3. Gökkuşağı Serisi (FIDIC Rainbow Suite of Contracts) 66
2.1.3.1. Kırmızı Kitap 69
2.1.3.2. Sarı Kitap 70
2.1.3.3. Gümüş Kitap 71
2.2. FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ 74
2.2.1. Genel Olarak 74
2.2.2. Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri 75
2.2.2.1. Genel Olarak 75
2.2.2.2. Süre Uzatım Talepleri (Extension of Time - EOT) 76
2.2.2.2.1. Genel Olarak 76
2.2.2.2.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Süre Uzatımı 79
2.2.2.2.2.1. Genel Olarak 79
2.2.2.2.2.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Öngörülen Süre Uzatımı Sebepleri 80
2.2.2.2.2.3. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Süre Uzatımı İçin Uygulanması Gerekli Usul 82
2.2.2.3. Zarar ve Giderler 89
2.2.2.3.1. Genel Olarak 89
2.2.2.3.2. Gecikme Tazminatı 90
2.2.2.3.3. Hızlandırma Tazminatı (Acceleration) 93
2.2.2.3.4. Kar Kaybına Dayalı Tazminat Talepleri 94
2.2.2.3.5. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Yüklenicinin Uğramış Olduğu Zararlar ile Yapmış Olduğu Ek Giderlerin Tazmini 95
2.2.2.3.5.1. Genel Olarak 95

2.2.2.3.5.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Yüklenicinin Uğramış Olduğu Zararlar ile Yapmış Olduğu Ek Giderlerin Tazmini İçin Uygulanması Gerekli Usul 98
2.2.2.4 Öngörülemeyen Fiziksel Koşullar 102
2.2.2.4.1. Genel Olarak 102
2.2.2.4.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Öngörülemeyen Fiziksel Koşullar 105
2.2.2.5. İşin Alt Yükleniciye Devri 106
2.2.2.5.1. Genel Olarak 106
2.2.2.5.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İşin Alt Yükleniciye Devri 110
2.2.2.6. Değişiklikler ve Düzeltmeler (Variations and Adjustments) 113
2.2.2.6.1. Genel Olarak 113
2.2.2.6.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İnşaat Projelerinde Yapılan Değişiklikler Sebebiyle Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri 115
2.2.2.7. Beklenmeyen Haller 122
2.2.2.7.1. Genel Olarak 122
2.2.2.7.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Beklenmeyen Haller (Exceptional Events) 123
2.2.2.7.3. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Beklenmeyen Hale İlişkin Uygulanması Gerekli Usul 125
2.2.2.8. Ödeme 127
2.2.2.8.1. Genel Olarak 127
2.2.2.8.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Ödeme 128
2.2.2.9. Vergi ve Harçların Ödenmesi ile İzin ve Ruhsatların Temini 130
2.2.2.9.1. Genel Olarak 130
2.2.2.9.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Vergi ve Harçların Ödenmesi ile İzin ve Ruhsatların Teminine İlişkin Sorumluluk 130
2.2.2.10. Sözleşmenin İfasının Geçici Olarak Durdurulması 132
2.2.2.11. Sözleşmenin Feshi 133

2.2.2.11.1. Genel Olarak 133
2.2.2.11.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Yüklenici Tarafından İş Sözleşmesinin Feshi 134
2.2.2.11.3. Fesih Sebepleri 135
2.2.2.11.3.1. Genel Olarak 135
2.2.2.11.3.2. Süreli Fesih Sebepleri 136
2.2.2.11.3.2.1. Genel Olarak 136
2.2.2.11.3.2.2. İş Sahibinin Mali Gücünün Varlığını İspat Edememesi 136
2.2.2.11.3.2.3. Hakkediş Belgesinin Süresinde Düzenlenmemesi 137
2.2.2.11.3.2.4. Hakkediş Ödemesinin Zamanında Yapılmaması 138
2.2.2.11.3.2.5. Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Kararın/Anlaşmanın Yerine Getirilmemesi 139
2.2.2.11.3.2.6. İş Sahibinin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülüklerine Önemli Derecede Aykırı Davranması 139
2.2.2.11.3.2.7. Başlangıç Tarihinin Süresi İçerisinde Yükleniciye Bildirilmemesi 140
2.2.2.11.3.2.8. İş Sahibinin Sözleşmeyi İmzalamaktan İmtina Etmesi 141
2.2.2.11.3.3. Derhal Fesih Sebepleri 142
2.2.2.11.3.3.1. Genel Olarak 142
2.2.2.11.3.3.2. İş Sahibinin Sözleşmeyi Başkasına Devretmesi 142
2.2.2.11.3.3.3. Askı Süresinin Uzamasından İşin Tamamen Etkilenmesi 143
2.2.2.11.3.3.4. İş Sahibinin İflas Etmesi, Borçlarını Ödeyemeyecek Duruma Düşmesi, Tasfiye Edilmesi 144

2.2.2.11.3.3.5. İş Sahibinin Hileli İşlemlerde Bulunması 144
2.2.2.11.4. Sözleşmenin Feshi Halinde Yüklenicinin Yükümlülükleri ve Ödeme 145
2.2.3. İş Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri 146
2.2.3.1. Genel Olarak 146
2.2.3.2. Zarar ve Giderler 146
2.2.3.2.1. Genel Olarak 146
2.2.3.2.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İş Sahibinin Gecikmeden Kaynaklı Zararlarının Tazmini 149
2.2.3.3. İşin Denetlenmesi 151
2.2.3.3.1. Genel Olarak 151
2.2.3.3.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İş Sahibinin İşi Denetlemesi 152
2.2.3.3.2.1. Devralma Belgesi Düzenleninceye Kadarki Süreçte İşin Denetlenmesi 152
2.2.3.3.2.2. Devralma Belgesi Düzenlendikten Sonraki Süreçte İşin Denetlenmesi 155
2.2.3.4. Mevzuat Değişikliklerinden Kaynaklı Bedelde İndirim Yapılması 160
2.2.3.5. Beklenmedik Haller (Exceptional Events) 164
2.2.3.6. İşin Geçici Olarak Durdurulması 166
2.2.3.7. Fesih 169
2.2.3.7.1. Genel Olarak 169
2.2.3.7.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İş Sahibinin Sözleşmeyi Fesih Hakkı 170
2.2.4. Karşılıklı Temerrüt Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri 173
2.2.4.1. Genel Olarak 173
2.2.4.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Karşılıklı Temerrüt 178

ÜÇÜNCÜ KISIM
FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

3.1. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ 180
3.1.1. Genel Olarak 180
3.1.2. Ulusal Mahkemeler 182
3.1.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri 183
3.1.3.1. Genel Olarak 183
3.1.3.2. Müzakere (Negotiation) Yöntemi 184
3.1.3.3. Teknik Bilirkişilik-Uzman Atama (Expert Determination) Yöntemi 185
3.1.3.4. Tarafsız Üçüncü Kişinin Müdahalesi (Neutral Evaluation) Yöntemi 187
3.1.3.5. Arabuluculuk (Mediation) Yöntemi 188
3.1.3.6. Uzlaşma (Conciliation) Yöntemi 190
3.1.3.7. Arabulucu-Hakem (Med-Arb) Yöntemi 191
3.1.3.8. Mini-Trials 192
3.1.3.9. Uyuşmazlık Kurulları 193
3.1.3.9.1. Genel Olarak 193
3.1.3.9.2. Kurul Üyelerinin Belirlenmesi 196
3.1.3.9.3. Uyuşmazlık Kurulu Türleri 198
3.1.3.10. Tahkim 200
3.1.3.10.1. Genel Olarak 200
3.1.3.10.2. Tahkim Sözleşmesi 206
3.1.3.10.3. ICC Tahkim Kuralları Kapsamında Tahkim Heyetinin Yargı Yetkisine Yönelik Yapılan İtirazların Değerlendirilmesi 210
3.1.3.10.4. Tahkim Yeri 212
3.1.3.10.5. Tahkim Dili 213
3.1.3.10.6. Hakem Kurulunun Oluşturulması 214

3.1.3.10.7. Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi 217
3.1.3.10.8. Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Usul Kurallarının Belirlenmesi 218
3.1.3.10.9. Tarafların Eşitliği 219
3.1.3.10.10. Ortak Girişimlerle Alakalı Olarak Tahkim Yargılamasında Karşılaşılabilecek Muhtemel Sorunlar 220
3.2. FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ 224
3.2.1. Genel Olarak 224
3.2.2. Tarafların Anlaşması ya da Mühendisin Kararı 227
3.2.2.1. Genel Olarak 227
3.2.2.2. Mühendisin Hukuki Niteliği ve Atanması 228
3.2.2.3. Mühendisin Görev ve Sorumlukları 232
3.2.2.4. Uyuşmazlıkların Tarafların Anlaşmasıyla ya da Mühendisin Kararıyla Sonuçlandırılması 235
3.2.2.5. Taraflarca Varılan Anlaşmanın ya da Mühendis Kararının Yerine Getirilmemesi 244
3.2.3. Uyuşmazlığın, Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulu (Dispute Avoidance/Adjudication Board – DAAB) Tarafından Sonuçlandırılması 249
3.2.3.1. Genel Olarak 249
3.2.3.2. DAAB'ın Hukuki Niteliği 250
3.2.3.3. DAAB'ın Oluşumu 252
3.2.3.4. DAAB'ın Görev ve Sorumlulukları 255
3.2.3.4.1. Genel Olarak 255
3.2.3.4.2. Görüş Bildirme 255
3.2.3.4.3. Uyuşmazlıkların Çözümü 257
3.2.3.5. DAAB/DAB Kararlarının Yerine Getirilmesi 266
3.2.3.5.1. Bağlayıcı Nitelikte Olup da Henüz Kesinleşmemiş DAAB/DAB Kararlarının Yerine Getirilmesi 266

3.2.3.5.2. 1999 Tarihli FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Bağlayıcı Nitelikte Olup da Henüz Kesinleşmemiş DAB Kararlarının Yerine Getirilmesi 267
3.2.3.5.3. 2017 Tarihli FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Bağlayıcı Nitelikte Olup da Henüz Kesinleşmemiş DAAB Kararlarının Yerine Getirilmesi 276
3.2.4. Uyuşmazlığın Dostane Bir Şekilde Sonuçlandırılması 279
3.2.5. Uyuşmazlığın Tahkim Tarafından Sonuçlandırılması 280
3.2.5.1. Genel Olarak 280
3.2.5.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Tahkime Başvurulabilecek Haller 281
3.2.5.3. Hakem Seçimi ve Tahkim Heyetinin Oluşturulması 288
3.2.5.4. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Tahkim Yoluna Başvurulmasının Sonuçları 293
3.2.5.5. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Tahkim Masrafları 299
3.2.5.6. FIDIC Tahkiminde Karşılaşılması Muhtemel Sorunlar ve Çözümleri 301
3.2.5.6.1. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Ana Yüklenicilik Sözleşmesine Atıf Yapılması 301
3.2.5.6.2. Paralel Davalar 301
3.2.5.6.3. Çok Taraflı Tahkim 303

SONUÇ 306
KAYNAKÇA 314

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AIA	American Institute of Architects
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
BOT	Yap İşlet Devret İnşaat Sözleşmeleri (Build, Operate, Transfer Contracts)
CAR	İnşaat Tüm Riskler Sigortası (Construction All Risks)
CDB	Karma Nitelikli Uyuşmazlık Kurulu (Combine Dispute Board)
CECA	Civil Engineering Contractors Association
DAA	Uyuşmazlık Önleme/Çözüm Anlaşması (*Dispute Avoidance/Adjudication Agreement*)
DAB	Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudicate Board)
DAAB	Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulu (Dispute Avoidance/Adjudication Board)
DBIA	Design Build Institute of America
DNP	Kusur Bildirim Süresi (Defects Notification Period)
DRB	Uyuşmazlık İnceleme Kurulu (Dispute Review Board)
Ed.	Editör
EIC	Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği (European International Contractors)
ENNA	Engineering Advancement Association of Japan
EOT	Süre Uzatım Talebi (Extension of Time)
EPC	Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi (Engineering, Procurement, Construction)
EPCM	Mühendislik, Tedarik ve İnşaat Yönetimi Sözleşmesi (Engineering, Procurement and Construction Management)
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (International Federation of Consulting Engineers-Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu)
ICC	Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)

ICE	Institute of Civil Engineers
IChemE	Institute of Chemical Engineers
JCT	Joint Contracts Tribunal
LCIA	The London Court of International Arbitration
Ltd	Limited Şirketi
NOD	Memnuniyetsizlik Bildirimi (Notice of Dissatisfaction)
RIBA	Royal Institute of British Architects
s.	Sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
UK	Birleşik Krallık (United Kingdom)
v.	Ve
vd.	Ve diğerleri
vs.	Vesaire
YİD	Yap-İşlet-Devret İnşaat Sözleşmeleri

GİRİŞ

İnşaat sektörü, dünyanın en eski ve önemli sektörlerinin başında yer almaktadır. Endüstri devrimi öncesinde inşaat sözleşmeleri genellikle iş sahibi ile yüklenici konumunda olan usta arasında yapılır ve usta inşaatın tasarımından tamamlanmasına kadar tek sorumlu olarak kabul edilirdi. Taraflar arasındaki hukuki ilişki ise yerel hukuk kuralları kapsamında değerlendirilirdi. Ancak endüstri devrimi ile birlikte ortaya çıkan uzmanlaşma ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin yanı sıra, inşaat projeleri de zamanla giderek daha karmaşık, teknik ve maliyetli hale gelmişlerdir. Bu sebeple inşaat projelerinde birçok yüklenicinin birlikte çalışması ve eş güdüm içinde projeyi tamamlaması gerekmekle birlikte, iş sahipleri ve yüklenicilere ek olarak, finansörler, sigortacılar ve tedarikçiler gibi daha birçok kişi inşaat projelerine dahil olmaya başlamıştır. Dolayısıyla da inşaat projeleri giderek daha karmaşık bir hale geldiği gibi, öngörülen inşaat süreleri de giderek uzamaya başlamıştır.

Günümüzde inşaat sektörü konut ve iş yeri başta olmak üzere, fabrika, ambar ve depolar, alışveriş merkezleri, oteller, büyük alt yapı projeleri, liman, demir yolu, maden, otoyol ve köprüler, petrol ve doğal gaz boru hatları, yenilenebilir ve nükleer enerji santralleri gibi çok geniş bir yelpazede faaliyet göstermektedir. Sektörün yüzlerce çeşit mal ve hizmet üretimi ile doğrudan bağlantılı olması, yoğun bir işgücüne ihtiyaç duyması ve sosyal-ekonomik büyümeye olan etkisi göz önüne alındığında, ekonomik büyümeye küresel çapta çok büyük bir katkı sağlamaktadır.

İnşaat sektörü dünya ekonomisinde olduğu gibi ülkemiz ekonomisi bakımından da son derece önemlidir. Zira sektör, Türkiye'nin uluslararası arenada en güçlü olduğu alanların başında yer almaktadır. Gerçekten de Türk yükleniciler dünyanın hemen hemen her ülkesinde faaliyet göstermekte olup, bu kapsamda müteahhitlik sektörü büyük bir döviz girdisi sağlaması sebebiyle, ülkemiz ekonomisi açısından son derece önemlidir.

Bu kadar büyük ve önemli bir sektör söz konusu olduğunda, doğal olarak bununla alakalı uyuşmazlıklar da bir o kadar büyük ve çetrefilli olabilmektedir. Kompleks inşaat projeleri nadiren herhangi bir uyuşmazlık yaşanmaksızın tamamlanabilmekte ve bir uyuşmazlık yaşanması halinde de taraflar çoğunlukla ulusal

mahkemelerden ziyade, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurmayı yeğlemektedirler.

Üzülerek belirtmemiz gerekir ki, FIDIC tip sözleşmeleri, uluslararası inşaat sektöründe en sık kullanılan tip sözleşmeler olmasına rağmen, iş bu sözleşmelere Türk Hukuk doktrininde bugüne kadar hak ettiği önem verilmemiştir. Gerçekten de konu Türk Hukuk doktrininde yeterince incelenmediği gibi mevcut çalışmaların büyük bir kısmında da yerel hukuk boyutu ile konu incelenmiş, uluslararası hukuk boyutuna ya hiç değinilmemiş ya da çok kısa genel geçer bilgilere yer verilerek geçiştirilmiştir.

Uluslararası inşaat hukuku konusunda Türk hukukunda bulunan bu boşluğa dikkat çekerek konuya naçizane bir katkı sağlamak amacıyla söz konusu çalışma kaleme alınmıştır. Çalışmamızda uluslararası inşaat hukuku, Türk Hukuku'ndan ziyade uluslararası hukuk boyutuyla ele alınmış ve özellikle de FIDIC tip sözleşmelerinde taraflarca sıklıkla uygulanacak hukuk olarak belirlenen İngiliz hukuku kapsamında konu irdelenmiştir. Bu sebeple çalışmamız da olabildiğince başta İngiliz Mahkemeleri olmak üzere Anglosakson Hukuk Sistemine tabi ülke mahkemeleri ve tahkim kararlarının yanı sıra İngiliz hukuk doktrinine yer verilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın birinci kısmında inşaat projeleri, inşaat projelerinde risk kavramı ve yönetimi, inşaat sözleşmeleri ile inşaat sözleşmelerinde bulunması gereken unsurlar ile sözleşmenin tarafları gibi inşaat hukukunun genel konuları üzerinde durulacak, ikinci kısımda ise FIDIC tip sözleşmeleri genel olarak incelendikten sonra Kırmızı Kitap dışında henüz resmi olarak Türkçe'ye tercüme edilmemiş olan 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri ele alınacaktır. Hemen belirtilmelidir ki her ne kadar FIDIC Kırmızı Kitap iş bu çalışmamız tamamlanmadan çok kısa bir süre önce Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği tarafından Türkçe'ye tercüme edilerek kullanıma sunulmuşsa da çalışmamızda iş bu Türkçe tercüme değil, 2017 tarihli FIDIC Kırmız, Sarı ve Gümüş Kitap'ın orijinal basısı olan İngilizce asılları dikkate alınmıştır. Çalışma kapsamında FIDIC Kırmızı Kitap, Sarı Kitap ve Gümüş Kitap kısaca FIDIC sözleşmeleri olarak ifade edilecek olup, bu sebeple de çalışma kapsamında FIDIC sözleşmeleri denildiğinde 2017 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap, Sarı Kitap ve Gümüş Kitap'ın anlaşılması gerekmektedir.

Daha sonra sırasıyla uluslararası inşaat sözleşmelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri genel olarak incelendikten sonra 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında uyuşmazlık çözüm yöntemleri irdelenerek çalışmamız tamamlanacaktır.

2017 tarihli FIDIC Kırmız, Sarı ve Gümüş Kitap önceki baskılarına nazaran çok daha kapsamlı (neredeyse %50 daha fazla kelime içermektedirler) hükümlere sahiptirler. Böylece önceki baskılarla alakalı belirsizlikler bir nevi ortadan kaldırılarak birçok tartışmaya son verilmek istenmiştir. Ancak istenen bu amaca ulaşılıp ulaşılamayacağı belirsizdir. Kanaatimizce bu durum birçok belirsizliği ortadan kaldırmakla birlikte birçok yeni soruna sebep olabilecek niteliktedir. Bu muhtemel yeni sorunlara yeri geldiğince yer verilerek üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızda esas olarak 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'a ilişkin hükümler incelenecek olmakla birlikte, yeri geldiğince Gökkuşağı Serisi olarak adlandırılan Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın eski baskılarına da atıfta bulunularak eski ve yeni baskılar arasındaki farklar ile eski baskılarla alakalı olarak doktrin ve uygulamadaki tartışmalar üzerinde de durulacaktır.

BİRİNCİ KISIM
İNŞAAT PROJELERİ VE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1.1. GENEL OLARAK

İnşaat sektörü, dünyanın en eski ve önemli sektörlerinden birisidir.[1] Günümüzde inşaat sektörü ofis ve konut başta olmak üzere, fabrika, ambar ve depolar, alışveriş merkezleri, oteller, büyük alt yapı projeleri, liman, demir yolu, maden, otoyol ve köprüler, petrol ve doğal gaz boru hatları, yenilenebilir ve nükleer enerji santralleri gibi çok geniş bir yelpazede faaliyet göstermektedir. Sektörün yüzlerce çeşit mal ve hizmet üretimi ile doğrudan bağlantılı olması, yoğun bir işgücüne ihtiyaç duyması ve sosyal-ekonomik büyümeye olan etkisi göz önüne alındığında, ekonomik büyümeye dünya çapında çok büyük bir oranda katkı sağladığı inkâr edilemez bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.[2] Örneğin sadece Birleşik Krallıkta inşaat faaliyetlerine yapılan her 1 poundluk yatırımın toplamda 2,84 poundluk bir ekonomik aktivite yarattığı tahmin edilmektedir.[3] Benzer şekilde Birleşik Arap Emirlikleri'nin 2015 yılı gayri safi yurtiçi hasılasının %11'i tek başına inşaat sektöründen elde edilmiştir.[4]

İnşaat sektörü dünya da olduğu gibi ülkemiz ekonomisi için de son derece önemlidir. Zira, ihracat ve turizm sektörlerinin ardından inşaat sektörü, ülkemize en çok döviz geliri sağlayan üçüncü sektör olma unvanına sahiptir. Bir Türk inşaat firmasının ilk kez 1971 yılında Libya'da bir uluslararası inşaat projesini üstlenmesinin

---

[1] Aisha Nadar, "The Contract: The Foundation of Construction Project", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017 (2017), s. 7.

[2] Tunay Köksal, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Ankara 2009 (2009), s. 3; Azin Shakiba Barough & Mojtaba Valinejad Shoubi & Chirstopher Nigel Preece, "Evaluating the Effectiveness of Mediation and Arbitration Process in Resolving Disputes in Malaysian Construction Industry", **Construction Law Journal,** Sayı 29/5, 2013, s. 323; Hasan Erman, "İnşaat Hukukunun Genel Esasları", **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017, s. 1; Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas (Ed.), **The Guide to Construction Arbitration**, Global Arbitration Review 2017, s. 1; Başak Baysal, "Kara Avrupası Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020, s. 91.

[3] Report of Economic Consultants LEK for the UK Contractors Group <https://www.lek.com/press/construction-investment-provides-significant-benefit-uk-economy-reveals-new-report> Erişim Tarihi 16.01.2021.

[4] <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/xe/Documents/realestate/construction/gccpowersofconstruction/me_construction_gccpoc2014_sectoroverview.pdf> erişim tarihi 16.05.2021.

ardından, Türk inşaat firmalarının uluslararası piyasalardaki payı katlanarak artmış ve ülkemiz ekonomisine çok önemli katkılar sağlamışlardır.[5] Gerçekten de TC. Ticaret Bakanlığı verilerine göre, Türk inşaat firmaları 1972 yılından 2023 yılı mart ayı sonuna kadar 133 ülkede toplam 477 milyar USD değerinde 11.700 proje üstlenmişlerdir.[6]

Bu kadar büyük ve önemli bir sektör söz konusu olduğunda, doğal olarak bununla alakalı uyuşmazlıklar da bir o kadar büyük ve çetrefilli olmaktadır. Kompleks inşaat projeleri çok nadir olarak herhangi bir uyuşmazlık yaşanmaksızın tamamlanabilmekte ve bir uyuşmazlık çıktığında da taraflar genellikle ulusal mahkemelerden ziyade, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurmayı yeğlemektedirler.[7]

İleride de ayrıntılı olarak değinileceği üzere, uluslararası inşaat sözleşmelerinde genel olarak tip sözleşmeler kullanılmakta olup, bu tip sözleşmelerde de uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak genellikle tahkim ile diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir. İnşaat sektörünün ülkemiz için son derece önemli olması ve Türk müteahhitlik firmalarının uluslararası inşaat piyasasında önemli bir paya sahip olmalarına rağmen konu ile alakalı ülkemizde yeterli bir hukuk literatürü bulunduğundan bahsetmemiz ne yazık ki mümkün değildir. İş bu çalışmamızda Türk Hukuk literatüründeki bu eksikliğe dikkat çekerek konuya az da olsa bir katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

1.2. İNŞAAT PROJELERİ VE RİSK YÖNETİMİ

Endüstri devriminden önce, bir inşaat projesinin tasarım ve inşaatı bir usta tarafından üstlenilir ve usta ile iş sahibi arasındaki ilişki de genellikle yerel hukuk kuralları kapsamında ele alınırdı. Ancak endüstri devrimi ile birlikte ortaya çıkan

[5] Köksal (2009), s. 4; Cahit Ağaoğlu, "FIDIC Kuralları Çerçevesinde Yürütülen Tahkim Yargılamalarında Türk ve Yabancı İnşaat Firmalarının Karşılaştığı Sorunlar", **International Conference on Eurasian Economies 2017,** s. 114.

[6] <https://ticaret.gov.tr/hizmet-ticareti/yurtdisi-muteahhitlik-teknik-musavirlik> erişim tarihi 15.04.2023.

[7] Tunay Köksal & Serhat Özer, **Yurtdışı İnşaat Hizmetleri Sektörü için Uluslararası Tahkim Rehberi**, Ankara 2013, s. 1; Brekoulakis & Thomas, s. 1; David Kiefer & Adrian Cole, "Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes" **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017 (2017), s. 81.

uzmanlaşma ve sözleşme özgürlüğü ilkesiyle birlikte, inşaat sahipleri, bir inşaatın tasarımından tamamlanmasına kadar sadece bir ustaya bel bağlamak yerine, birçok yüklenici ile birlikte çalışmaya ve bunun sonucunda da tüm bu kişiler ile ayrı ayrı sözleşmeler imzalamaya başlamışlardır. Günümüzde ise iş sahipleri ve yüklenicilere ek olarak, finansörler, sigortacılar ve tedarikçiler gibi daha birçok kişi inşaat projelerine dahil olmuş ve bu sebeple de inşaat projeleri giderek daha karmaşık bir hale gelmiş bulunmaktadır.[8]

1.2.1. İnşaat Projelerinde Risk Yönetimi

1.2.1.1. Risk Kavramı ve Genel Olarak Risk Yönetimi

İnşaat projeleri kapsamında risk kavramı, "*meydana gelmesi halinde, projenin hedeflerine ulaşmasına etkisi olacak bir olay ya da koşul*" olarak tanımlanabilir.[9] Riskler belirsizliklerin sonucu olarak ortaya çıkarlar ve bu sebeple de risklerin gerçeğe dönüşmemesi için belirsizliklerin en iyi şekilde yönetilmesi gerekmektedir.[10]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, günümüz inşaat projeleri giderek daha karmaşık, teknik ve maliyetli hale geldiği gibi, öngörülen inşaat süreleri de giderek uzamaktadır. Bu bakımdan sektörde iklim şartları, beklenmedik çalışma koşulları, personel problemleri, maliyet tahmininde ve takviminde yapılan hatalar, ertelemeler, finansal zorluklar, grevler, hatalı üretilen malzeme ve işçilik, operasyonel problemler, yetersiz plan ve şartnameler ile doğal felaketler gibi birtakım risklerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bunların yanı sıra, inşaat projelerinin kendilerine özgü spesifik yapıları ile çevresel koşullara bağlı olarak değişik risklerle karşılaşılma ihtimalleri de her zaman bulunmaktadır.[11]

---

[8] Nadar (2017), s. 7-11.

[9] Ellis Baker & Luke Robottom & Anthony Lavers, "Allocation of Risk in Construction Contracts", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 51.

[10] Baker & Robottom & Lavers, s. 51.

[11] Baker & Robottom & Lavers, s. 51; Aisha Nadar, "Concurrent Delays, Liquidated Damages and Penalties in the FIDIC Forms of Contract", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018 (2018), s. 269.

Bu kadar çok risk ve belirsizliği bünyelerinde barındıran inşaat projelerinin başarılı bir şekilde yürütülebilmesi için, mevcut risklerin projenin başından itibaren en iyi şekilde yönetilerek, taraflar arasında bir denge kurulması gerekmektedir.[12] Risk yönetimine en başta sözleşme hükümlerinin belirlenmesi sırasında başvurulacaktır. Bu kapsamda tarafların sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek belirli risklerle ilgili olarak kendi aralarında hak ve yükümlülüklerini önceden belirlemeleri gerekmektedir. Zira risklerin önceden net bir şekilde belirlenip bunların adil bir şekilde dağıtılmış olması halinde, projenin devamı sırasında ortaya çıkacak sorunların üzerinden çok daha hızlı ve kolay bir şekilde gelinebilir. Bu kapsamda her bir tarafın hak, görev ve sorumluluklarının inşaat sözleşmelerinde açık bir şekilde ortaya konulması son derece önemlidir. Gerçekten de inşaat sözleşmeleri diğer sözleşmeler ile karşılaştırıldığında, özellikle muhtemel risklere ilişkin çok daha fazla düzenlemeye yer verildiği görülmektedir.[13]

İnşaat sözleşmelerinde muhtemel risklere ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, sözleşmenin ihlali veya öngörülen risklerin gerçekleşmesi sebebiyle ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklara uygulanacak özel çözüm yöntemleri ile bunlara ilişkin prosedürlere de yer verilmelidir.[14] Ancak bilinmelidir ki, hangi uyuşmazlık çözüm yöntemi belirlenirse belirlensin, bunların hiçbiri adil olmayan bir risk dağılımının olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeterli olamaz. Zira adil ve eşit bir risk dağılımı ile daha en baştan belirsizlikler ortadan kaldırılacağı için muhtemel risklerin gerçeğe dönüşmesi ihtimali de bir o kadar azalacak ve taraflar arasında yaşanması muhtemel uyuşmazlıkların da önüne geçilmiş olacaktır.[15] Bu sebeple adil ve eşit bir risk dağılımı, inşaat sözleşmelerinde üzerinde en çok durulması gereken konuların başında gelmekte olup, projenin başarılı bir şekilde tamamlanması bakımından son derece önemlidir.

---

[12] Nadar (2017), s. 10; Didem Mutlu, "İş Sahipleri İçin Dahili Zaman Yönetimi ve Erken Uyarı Sistemi-I", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 17.

[13] Nadar (2017), s. 10; Baker & Robottom & Lavers, s. 52.

[14] Nadar (2017), s. 10-11.

[15] Baker & Robottom & Lavers, s. 51; Cem Çeliker, "Sözleşme Görüşmeleri Safhasında Adil Risk Paylaşımına İlişkin Prensiplerin Gözetilmesi ve Bunun İleride Doğabilecek İhtilafların Engellenmesi Üzerine Etkileri", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 19.

1.2.1.2. Adil ve Eşit Risk Dağılımı

İhale şartnamesi kapsamında risk dağılımını belirleme yetkisi iş sahibine aittir. Bu durum büyük ve önemli risklerin iş sahibi tarafından yüklenicinin üzerinde bırakılabileceği endişesini akıllara getirmektedir.[16] Ancak böyle bir durumla karşı karşıya kalan yüklenici, doğal olarak iş sahibinden daha fazla ücret talep edeceğinden, proje maliyetleri artacak ve bu da projenin finansal olarak uygulanabilirliğini olumsuz yönde etkileyecektir. Bu durumun uzun vadede iş sahiplerinin aleyhine sonuç doğuracağından önceden öngörülemeyen risklerin yüklenicinin değil, iş sahibinin üzerinde bırakılması projenin başarıya ulaşması bakımından son derece önemlidir. Ayrıca, gerçekçi ve adil olmayan bir risk dağılımı muhtemel yükleniciler arasındaki rekabeti olumsuz yönde etkileyebileceği gibi, genellikle daha düşük kaliteli yüklenicilerin işi üstlenmesine de sebebiyet verebilmektedir. Yine, adil olmayan bir risk dağılımı inşaatın bitiş tarihini uzatabileceği gibi, kaynak israfına ve taraflar arasında uyuşmazlık çıkması olasılığının artmasına da neden olabilmektedir. Risklerin doğru olarak tespiti ve adil bir şekilde dağıtılması ise projenin inşaat sürecini hızlandırıp, maliyetleri düşürmesinin yanı sıra, muhtemel uyuşmazlıkları da önemli ölçüde azaltmaktadır.[17] Dolayısıyla, inşaat sözleşmelerinde adil ve eşit bir risk dağılımının belirlenmiş olması, projenin başarıya ulaşması bakımından son derece önemlidir.

Tarafların inşaat sözleşmesinin koşullarını tek tek müzakere etmeleri mümkün olamayabileceği gibi, maddeler arasında istenmeyen çelişkilerin ortaya çıkmasını ya da tarafların pazarlık gücünün kötüye kullanılmasını engellemek gibi çeşitli sebeplerle, taraflar inşaat sözleşmesini kendileri hazırlamak yerine bir üçüncü kişi ya da kuruluş tarafından hazırlanmış bir sözleşmeyi kullanmayı da tercih edebilirler. Bu kapsamda çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından bir dizi tip sözleşme hazırlanarak son kullanıcıların hizmetine sunulmaktadır. Günümüz büyük inşaat projelerinde de

[16] Rohan Shorland, "Role of the Engineer and Settlement of Disputes Under FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction", **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 65/2, 1999, s. 93; Baker & Robottom & Lavers, s. 52; Çeliker, s. 3-5; Mutlu, 17-18.

[17] Christopher R. Seppala, "Contactor's Claim Under the FIDIC Civil Engineering Contract, Fourth (1987) Edition", **International Business Law Journal**, Sayı 8, 1991 (1991/8), s. 1058; Cathy Joshi, "The Used of Modified Forms in the UAE", **Construction Law Journal**, Sayı 32/8, 2016, s. 937; Baker & Robottom & Lavers, s. 52; Çeliker, s. 3-5.

genellikle bu tip sözleşmeler kullanılmakta olup, bunlar taraflara adil ve eşit bir risk dağılımı vadetmektedirler. Bu da uygun fiyat, nitelikli performans ve daha az anlaşmazlığı beraberinde getirmektedir.[18]

İnşaat projelerinde risklerin adil ve eşit bir şekilde dağıtılması ve başarılı bir risk yönetimi için, her bir riskin onunla en iyi şekilde mücadele edebilecek olan veya söz konusu riskin gerçekleşmesi halinde bundan en çok etkilenecek olan tarafın üzerinde bırakılması gerekmektedir. Bu kapsamda ilgili risk taraflardan birisinin kontrolü altındaysa veya bir tarafın öngörülen riski sigorta gibi bir yolla üçüncü bir tarafa aktarabilme imkanı varsa, veyahut riskin kontrolü taraflardan birisine baskın bir ekonomik menfaat sağlıyor ya da taraflardan birisi söz konusu riski ortaya çıkmadan önce öngörerek engelleyebilecek veya söz konusu riskin gerçekleşmesi halinde onu en hızlı ve ekonomik yolla kontrol altına alabilecek ya da söz konusu riske diğer tarafa nazaran ekonomik olarak daha uzun bir süre katlanabilecek nitelikte ise, riskin o tarafın üzerine yüklenmesi gerekmektedir. Bu tarz bir risk dağılımının, risklerin meydana gelme ihtimal ve olumsuz etkilerini en aza indireceği için, risk yönetimi bakımından en adil ve uygun maliyetli yol olduğu kabul edilmektedir.[19] Ancak unutulmamalıdır ki, bir sözleşme kapsamındaki risk dağılımının adil olup olmadığı nihayetinde sübjektif bir değerlendirme olduğundan, bu konuda taraflar arasında bir takım görüş ayrılıklarının bulunması her zaman doğal karşılanmalıdır.[20]

Tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmesel risk dağılımının, borcun ifasının imkânsız olması halinde uygulanması mümkün değildir. Örneğin 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerine göre, 18.1. maddede sayılan beklenmedik haller dahil olmak (ancak beklenmedik haller ile sınırlı olmamak) üzere, tarafların kontrolü dışında meydana gelen herhangi bir olay sebebiyle, taraflardan herhangi birinin veya her ikisinin de sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi imkansız ya da yasa dışı hale gelirse veya sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralı kapsamında taraflar sözleşmenin ifasına devam etmekten muaf hale gelirlerse, ilgili taraf bildirimde bulunarak sözleşmenin ifasına devam etmekten kurtulabilir. Bunun için tarafların sözleşmenin ifasının devamına imkân verecek bir değişiklik üzerinde anlaşamamaları

[18] Baker & Robottom & Lavers, s. 52.
[19] Nael Bunni, "The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts", **The International Construction Law Review**, Sayı 20, 2009 (2009), s. 6; Nadar (2017), s. 11; Baker & Robottom & Lavers, s. 52-53; Çeliker, s. 3.
[20] Baker & Robottom & Lavers, s. 53.

da gerekmektedir. Bu durumda iş sahibi tarafından yükleniciye 18.5. madde kapsamında ödeme yapılacaktır.[21] Bunun yanı sıra tarafların herhangi birisinin sorumluluğundan kaynaklı kusur ve hatalardan diğer tarafın sorumlu tutulması da kural olarak mümkün değildir.

1.2.1.3. Risk Dağılımı Konusunda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

İnşaat sözleşmelerinde risk dağılımı bakımından dikkat edilmesi gereken başlıca hususlar, sözleşmenin türü ve uygulanacak hukuk, ülkenin içinde bulunduğu işletme riskleri, taraflar ile müşavir mühendisin tecrübe ve deneyimi, finansal güvenceler, başlangıç tarihi, öngörülemeyen koşullar, tasarım sorumluluğu, işin kabulü, süre uzatımı, değişiklik, fesih, iş durdurma, sözleşmeye aykırılık sebebiyle öngörülen tazminatın hukuki niteliği, sigorta, mücbir sebep ve uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin hükümlerdir.

Şimdi kısaca bu hususları inceleyelim.

1.2.1.3.1. Sözleşme Türü

Taraflar arasında imzalanan inşaat sözleşmesi türünün risk dağılımı üzerinde çok büyük etkileri bulunmaktadır. Zira uygulanacak sözleşme türüne bağlı olarak tasarım risklerinden sorumluluk değişmektedir.[22]

İnşaat projelerinin başlangıcında kullanılacak malzeme miktarı, en önemli belirsizlik kaynaklarından birisi olarak kabul edilmekte ve bu durum projede uygulanacak olan sözleşme türü ile doğrudan bağlantılı bulunmaktadır. İleride de ayrıntılı olarak değinileceği üzere, sabit fiyatlı (götürü usulü) inşaat sözleşmelerinde, yüklenici ihale aşamasında kullanılacak malzemelerin metrajını çıkartarak bu doğrultuda bir teklifte bulunduğu için bu aşamadan sonra kullanılacak malzemenin miktarının hesaplanmasında yapılmış olan hatalardan iş sahibi değil, yüklenici sorumlu olacaktır.[23] Buna karşılık birim/parça başına inşaat sözleşmelerinde,

[21] FIDIC Kırmız Kitap (2017) madde 18.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) 18.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) 18.6.
[22] Çeliker, s. 6.
[23] Baker & Robottom & Lavers, s. 54-55.

yapılacak işin miktarı ihale aşamasında tam olarak bilinmediğinden, işin tamamı için bir fiyat belirlemek yerine, taraflarca bir birim üzerinde anlaşılarak ödenecek ücret bu birime göre hesaplanmaktadır. Bu tarz sözleşmelerde yükleniciye ödenecek ücret kullanılan birime göre hesaplandığından, metraj riskinin iş sahibine ait olduğu kabul edilmektedir.[24] Benzer şekilde maliyet artı kar sözleşmelerinde de yükleniciye maliyete ek olarak yüzde usulü ya da sabit bir kâr payı verilecek olması sebebiyle, metraj riskinin iş sahibine yüklendiği söylenebilir.

1.2.1.3.2. Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeye uygulanacak hukuk kısaca, sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerinin belirleneceği hukuk sistemi olarak tanımlanabilir.[25] Bu kapsamda uygulanacak hukuk kurallarının özellikle, cezai şart ve gecikme cezaları, bildirim yükümlülükleri, üst sorumluluk limitleri ve zamanaşımı gibi konularda belirleyici bir etkiye sahip olduğu vurgulanmalıdır.[26]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde tarafların hak ve yükümlülükleri ile muhtemel uyuşmazlıkların çözümü hususunda uygulanacak çözüm yöntemlerine ilişkin ayrıntılı ve açık hükümlere yer verilmekle birlikte, ne kadar ayrıntılı ve açık hükümler öngörülürse öngörülsün, tüm mevcut ve muhtemel sorunlara ilişkin bir sözleşme yapılması mümkün değildir. Bu sebeple, sözleşmelerde düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere taraflarca mutlaka bir hukuk sisteminin belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, taraf iradelerinin bağlayıcılık gücünü daima bir hukuk sisteminden alma zarureti de bulunmaktadır. İşte açıklanan tüm bu sebeplerle, uluslararası inşaat sözleşmelerinin daima belirli bir hukuk sisteminin temelleri üzerinde kurulması gerekmektedir.[27] Buna karşılık, taraflarca sözleşmede uygulanacak hukukun tespit edilmemiş olması halinde, başvurulan tahkim merci, uygulanacak hukuku belirleyerek sonuca gidecektir.[28]

---

[24] Baker & Robottom & Lavers, s. 55.
[25] William Godwin, The 2017 FIDIC Contracts, Wiley Blackwell, Oxford, 2020, s. 18.
[26] Çeliker, s. 6.
[27] Köksal (2009), s. 84.
[28] Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 7.

Bir uluslararası inşaat sözleşmesi düzenlenirken, sözleşme hükümleri ile sözleşmede uygulanacak hukuk arasındaki uyuma daima dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira, sözleşmenin belirli bir hukuk sistemi dikkate alınarak hazırlanmış olmasına rağmen, tarafların başka bir hukuk sistemini sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri halinde, sözleşme hükümleri ile sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları arasında birtakım çelişkiler yaşanmakta ve sözleşmeye uygulanacak hukuk sisteminin emredici olarak kabul edilen kuralları tarafından sözleşme hükümleri geçersiz kılınabilmektedir. Örneğin Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde zamanaşımı, maddi hukuka ilişkin bir kural olarak kabul edilmekte ve bu sebeple de seçilen hukuka göre değerlendirilmekteyken, Anglosakson Hukuk Sisteminde zamanaşımı, usule ilişkin bir kural olarak kabul edilmekte ve bu sebeple de taraflarca seçilen hukuka göre değil, davaya bakan ulusal mahkemenin tabi olduğu milli usul hukukuna göre değerlendirilmektedir.[29] Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İslam Hukukunun seçilmiş olması halinde ise, İslam Hukukunda hukuki taleplerin zamanaşımına tabi olmayacağı kabul edildiğinden, 2017 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.2.1. maddesinde öngörülen 28 günlük sürenin uygulanmasına ilişkin bir takım sorunlarla karşılaşılabilir.[30] Benzer şekilde Anglosakson Hukuk Sisteminde kural olarak cezai şarta izin verilmezken, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde bu konuda herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır.[31] Aynı şekilde, sözleşmede yer alan bazı hükümlerin, Anglosakson Hukuk Sisteminin tersine, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde genel işlem koşulları kapsamında geçerlilik denetimine tabi tutularak, sözleşmenin veya ilgili hükmün geçersizliğine karar verilmesi de mümkündür.[32] Dolayısıyla, gelecekte bu tarz bir olumsuz durum ile karşılaşılmaması için, sözleşme

[29] Köksal (2009), s. 86.

[30] Gökhan Gelişen, "Avoiding and Managing Disputes Over Defaults – An Industry Perspective", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 292.

[31] Peter Rosher, "Adapting FIDIC Provisions for Use in Contracts for Governed by French Law", **International Business Law Journal**, Sayı 2, 2015 (2015), s. 131-132; Claus H. Lenz, "Procedures for Contractors' and Employers' Claims and Pitfalls - In Particular Under FIDIC Contracts -", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 244-245; Nadar (2018), s. 271; Yeşim M. Atamer, "Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 87-88.

[32] Rosher (2015), s. 131-132; Lenz, s. 244-245; Nadar (2018), s. 271; Atamer, s. 87-88.

hazırlanırken hangi hukuk sistemi esas alınmış ise, sözleşmede uygulanacak hukuk olarak da o hukuk sisteminin seçilmesi önerilmektedir.[33]

Bunun yanı sıra, seçilen hukuk sistemi ile uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii arasındaki uyuma da dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira, bir yargı mercii en iyi kendi hukuk sistemini bilebilir ve uygulayabilir. Ayrıca yargı merciinin, taraflarca belirlenen hukuk kurallarını kendi hukuk sistemi bakımından kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamayıp, bunların yerine kendi hukuk sistemine ilişkin kurallara göre hareket etme ihtimali de her zaman bulunmaktadır.[34]

1.2.1.3.3. Ülkenin İçinde Bulunduğu İşletme Riskleri

Yükleniciler bakımından en az sözleşme türü ve uygulanacak hukuk kadar önemli olan bir diğer husus da ülkenin içinde bulunduğu işletme riskleridir. Zira her ülkenin barındırdığı riskler birbirinden farklılık göstermektedir. Gerçekten de bir Kuzey Avrupa ülkesi ile bir Orta Doğu ya da Afrika ülkesinin risk profilleri birbirinden çok farklıdır. Bu sebeple bir inşaat sözleşmesi imzalanırken yüklenicilerin inşaat faaliyetlerinin yürütüleceği ülkenin içerisinde bulunduğu riskleri göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.[35]

1.2.1.3.4. Taraflar ile Müşavir Mühendisin Tecrübe ve Deneyimi

Bir inşaat sözleşmesinde risk dağılımında göz önünde bulundurulması gereken bir diğer önemli husus da taraflar ile varsa müşavir mühendisin tecrübe ve deneyimidir. Zira sözleşmenin ifası sırasında tarafların ve eğer varsa müşavir mühendisin sürekli iletişim halinde olması gerekmektedir. Bu sebeple, taraflardan herhangi birinin ya da müşavir mühendisin tecrübesiz oluşu taraflar arasındaki iletişimi olumsuz yönde etkileyebileceği gibi, önceden öngörülmesi mümkün olmayan gecikme ve maliyet artışlarına da sebebiyet verebilmektedir.[36]

[33] Köksal (2009), s. 80-84; Lenz, s. 247-248.
[34] Köksal (2009), s. 84-85.
[35] Çeliker, s. 6.
[36] Çeliker, s. 6-7.

1.2.1.3.5. Finansal Güvenceler

İleride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, uluslararası inşaat sözleşmelerinde uygulanan birden fazla güvence türü bulunmakta olup, uygulanacak güvencenin türü ve koşulları inşaat sözleşmesi kapsamındaki risk dağılımını önemli derecede etkilemektedir. Örneğin, yüklenicinin sözleşmeyi ifa edebilmesi için işveren tarafından kendisine yapılan avans ödemelerinin miktarı ile geri ödeme koşulları son derece önemlidir. Bu kapsamda yapılacak avans ödemelerinin toplam miktarının ve geri ödeme koşullarının iş programı ile uyumlu olması, projenin devamı boyunca yüklenicinin pozitif bir nakit akışına sahip olabilmesi ve böylece yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirebilmesine olanak tanıması bakımından son derece önemlidir.[37] Benzer şekilde, iş sahibinin yüklenicinin sunmuş olduğu bir kesin garantiyi haksız yere bankaya sunması sebebiyle, banka tarafından yükleniciye kullandırılan tüm kredi ve güvencelerin geri çağrılması durumunda, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi çok zorlaşabilir. Bu sebeplerle, sözleşme kapsamında verilen güvenceler ile bunların ödeme koşullarına çok dikkat edilmesi gerekmektedir.

1.2.1.3.6. Başlangıç Tarihi

Risk dağılımı konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus da işin başlangıç tarihidir. Başlangıç tarihiyle ilgili belirsizlikler taraflar arasında birtakım uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Gerçekten de yüklenicinin, başlangıç tarihinden itibaren öngörülen belirli bir süre içerisinde projeyi bitirmesi gerektiği hallerde, başlangıç tarihi işin süresinde tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti bakımından son derece önemlidir. Aynı şekilde iş sahibinin başlangıç tarihinde ya da belirli bir süre içerisinde avans niteliğinde ödeme yapmasının gerektiği hallerde, başlangıç tarihinin tespiti, iş sahibinin zamanında ödeme yapıp yapmadığının ve yukarıda belirtilen her iki halde de sözleşmede öngörülmüş gecikme cezasına ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından kritik öneme sahiptir. Bu sebeple işin başlangıç

[37] Çeliker, s. 7.

tarihinin herhangi bir anlaşmazlığa sebep vermeyecek şekilde sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir.[38]

Başlangıç tarihinin yanı sıra, işin başlaması için sözleşmede öngörülen koşulların da herhangi bir kafa karışıklığına sebebiyet vermeyecek şekilde açık ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir. Gerçekten de bazı sözleşmelerde işin başlaması için bir peşin ödemenin yapılması, sigortaların temin edilmesi, inşaat sahasının yükleniciye teslim edilmesi ya da gerekli izinlerin alınması gibi birtakım şartlar öngörülebilir. Taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık yaşanmaması için, bu koşullar açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.[39]

1.2.1.3.7. Öngörülemeyen Zemin Koşulları

İnşaat sözleşmelerinde risk dağılımı konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus da öngörülemeyen zemin koşullarıdır. Öngörülmeyen zemin koşulları, inşaat sırasında öngörülen çalışma yönteminde bir değişiklik gerektiren veya işin orijinal tasarımına uygun olarak tamamlanmasını imkânsız kılan zemin koşullarından kaynaklanan riskler olarak tanımlanabilir.[40] Öngörülemeyen zemin koşulları doğal ya da insan kaynaklı olabileceği gibi, bu tarz bir riskin gerçekleşmesi, projede bir takım gecikme ve aksaklıklara yol açarak, yüklenicinin maliyetlerinin artmasına da neden olabilmektedir.[41]

Tünel açma gibi belirli inşaat projelerinin zemin koşullarından etkilenme ihtimali daha fazla olmakla birlikte, hemen hemen tüm inşaat projelerinde bir tür toprak altı temel bulunduğundan, söz konusu risk tüm inşaat projelerinde gündeme gelebilmektedir. Bu sebeple, söz konusu riskin önceden dikkate alınarak fiyatlandırmanın buna göre yapılması önerilmektedir.[42]

---

[38] Çeliker, s. 7; Mutlu, s. 18.
[39] Çeliker, s. 8.
[40] Baker & Robottom & Lavers, s. 55; Çeliker, s. 8.
[41] Baker & Robottom & Lavers, s. 55.
[42] Baker & Robottom & Lavers, s. 55; David T. Shilston & Stephen J. Coates, "The Role of Engineering Geology in the Management of Ground Risk", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020, s. 271.

İnşaat projelerinde karşılaşılan uyuşmazlıkların önemli bir kısmı öngörülemeyen zemin koşullarından kaynaklanmaktadır.[43] Bu sebeple, öngörülemeyen zemin koşulu olarak değerlendirilebilecek durumlar ile iş bu koşulların sözleşmeye ve sözleşmenin ifasına olan etkilerine ilişkin ayrıntılı ve açık hükümlere yer verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu gibi hallerde sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kurallarına göre hareket edilmesi gerekecektir. Ancak tarafların illa bu konu ile ilgili ayrıntılı müzakereler yaparak hüküm ve koşulları belirlemelerine gerek yoktur, zira taraflar isterlerse konu ile ilgili olarak uluslararası kodlara ya da FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (International Federation of Consulting Engineers)*) gibi tip sözleşmelere doğrudan atıfta bulunmakla da yetinebilirler.

1.2.1.3.8. Tasarım Sorumluluğuna İlişkin Hükümler

Risk dağılımı konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus da tasarım sorumluluğuna ilişkin hükümlerdir. Bu kapsamda tarafların, özellikle de yüklenicinin, sözleşmeye ekli olan çizimlerin gözden geçirilmesi, geniş koordinasyon şartları, tasarımın doğruluğu için sorumluluk kabul etme, plan ve şartnamelere yönelik zımni garanti için sorumluluk kabul etme, projelendirilmeye yönelik sorumluluğun kaydırılması ve endüstriyel standartları aşan performans şartlarına ilişkin hükümler gibi hususlara dikkat etmeleri gerekmektedir.[44]

Sözleşmede yer alan çizimlerin gözden geçirilmesine dair hükümler, projenin icrası sırasında yüklenicinin projedeki sorunlardan ötürü hak talep etmesine engel olabileceği gibi, sözleşmede yer alabilecek geniş koordinasyon yükümlülükleri de başka yüklenicilerden kaynaklanan gecikme ve maliyet artışlarına ilişkin yüklenicinin sorumluluğuna sebep olabilmektedir. Taraflar arasındaki risk dengesinin bozulmaması için sözleşmede yer alan bu tarz hükümlere özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir.[45]

İşin icrası esnasında projelendirmeye yönelik sorumluluğun devri konusuna da dikkat edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yüklenici, iş sahibinin tasarımında yer

[43] Issaka Ndekugri & Barry Mcdonnell, "Differing Site Conditions Risks: A FIDIC/Engineering and Construction Contract Comparison", **Engineering, Construction and Architectural Management**, Sayı 6/2, 1999, s. 177.
[44] Çeliker, s. 9.
[45] Çeliker, s. 9.

alan hata ve eksikliklere karşı zımni garanti altına girebileceği gibi, bu hata ve eksikliklerden doğabilecek haklarından da mahrum kalabilir.[46]

Bunların yanı sıra, sözleşmede yer alan ve endüstriyel standartları aşan performans şartları da yüklenici açısından doğal olarak işin icrasında bir takım ilave maliyet ve gecikmelere yol açabilmektedir. Bu sebeple bu tarz bir performans yükümlülüğü altına girilmesi durumunda, bunun teklif aşamasında uygun bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.[47]

1.2.1.3.9. İşin Kabulüne İlişkin Hükümler

İnşaat sözleşmelerinde yer alan işin kabulüne ilişkin muğlak hükümler, maliyetlerin artmasına sebep olan kriterlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de özellikle tasarla-yap projeleri ile süreç yönetimli projelerde yer alan, işin *"amacına uygun olacak şekilde"* ya da *"iş sahibini tatmin edecek şekilde"* tamamlanacağı gibi belirsiz ifadeler, taraflar arasında işin kabul kriterlerini karşılayıp karşılamadığına dair uyuşmazlıkların çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeplerle, kabul kriterlerinin niceliksel açıklamalardan ziyade, ölçülebilir objektif niteliksel kriterler doğrultusunda belirlenmesinde fayda bulunmaktadır.[48]

1.2.1.3.10. Süre Uzatımı

İnşaat sözleşmelerinde işin öngörülen süre içerisinde tamamlanamaması, başka bir ifadeyle işin gecikmesi halinde başvurulabilecek birden fazla mekanizma bulunmaktadır. Söz konusu mekanizmaların başlıcaları süre uzatımı, götürü tazminat ve cezai şarttır. Temerrüdün sonuçlarına ilişkin bu tarz mekanizmalar, günümüz inşaat sözleşmelerinin standart hükümleri arasında kabul edilmektedir. Gerçekten de uluslararası inşaat sözleşmelerinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan tüm tip sözleşmelerde söz konusu hususlarla ilgili olarak hazırlanmış çok sayıda ayrıntılı düzenlemeye yer verilmektedir.[49]

---

[46] Çeliker, s. 9.
[47] Çeliker, s. 9.
[48] Çeliker, s. 10.
[49] Nadar (2018), 269-270.

Yüklenici, iş sahibi veya müşavir mühendisin istek ve talimatları ya da mücbir sebepler gibi çeşitli nedenlerle belirlenen süreler içerisinde işi ya da ilgili bölümü tamamlayamayacağını anladığında süre uzatımı talepleri gündeme gelmektedir. Bu kapsamda hangi durumlarda yüklenicinin süre uzatım talebinde bulunabileceği ya da süre uzatımının yanı sıra hangi hallerde ek ödeme talebinde bulunabileceğine ilişkin hükümlerin sözleşmede açık ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir.[50]

1.2.1.3.11. Değişiklik/Ek İşler

Çeşitli sebeplerle devam etmekte olan inşaat projelerinde birtakım değişiklikler yapılması gerekebilmektedir. Bu değişiklikler potansiyel alıcı veya son kullanıcı gereksinimlerinden, teknolojideki değişikliklerden, estetik kaygılardan, sonradan fark edilen bir takım saha/zemin koşullarından, projede yer alan hatalardan ya da bazı olağanüstü sebeplerden kaynaklanabilir. Ancak hangi sebeple olursa olsun her değişiklik projenin tamamlanmasını geciktireceği gibi, maliyetlerde de birtakım artışlara sebebiyet vermektedir. Maliyet artışlarının kimin tarafından karşılanacağı konusu, sözleşme hükümleri kapsamında değerlendirilerek çözülmesi gerekmektedir. Bu sebeple, iş sahibinin değişiklik talep etme hakkı ve bu konuda uygulanacak prosedür ile yüklenicinin yapılan değişikliklerden doğan haklarına ilişkin hükümlerin sözleşmede açık bir şekilde yer alması son derece önemlidir.[51]

1.2.1.3.12. Fesih, İş Durdurma ve İş Yavaşlatma

Taraflarca sözleşmede yer alan fesih, iş durdurma ve iş yavaşlatmaya ilişkin hükümlere çok dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira tarafların hangi koşullar altında sözleşmeyi feshedebilecekleri, işi durdurabilecekleri veya yavaşlatabileceklerine ilişkin muğlak ve belirsiz ifadeler, ileride büyük sorunları da beraberinde getirebilmektedir.

Fesih ile ilgili dikkat edilmesi gereken en önemli konulardan birisi, iyileştirme süresine ilişkin düzenlemelerdir. İnşaat sahibi tarafından sözleşmenin feshedilebilmesi

[50] Çeliker, s. 10.
[51] Çeliker, s. 10.

için genellikle sözleşmelerde önkoşul olarak bir iyileştirme süresine yer verilmektedir. İyileştirme süresi kısaca, iş sahibi tarafından sözleşmenin feshedilmesinden önce yükleniciye ortaya çıkan zararı gidermesi için verilen makul süre olarak tanımlanabilir. Yüklenici öngörülen iyileştirme süresi içerisinde ilgili zararı giderebilirse, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir. Bu sebeple yüklenicilerin inşaat sözleşmelerinde iyileştirme süresine ilişkin düzenlemelerin bulunduğuna ve bu düzenlemelerin kapsamına özellikle dikkat etmeleri gerekmektedir.[52]

Bunun yanı sıra, yüklenicilerin sözleşmede iş sahibinin gerekli ödemeleri zamanında yapmaması halinde işi yavaşlatmalarına ya da askıya almalarına olanak tanıyan hükümlerin yer aldığından emin olmaları da son derece önemlidir. Zira az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde özellikle iş sahibinin bir devlet organı olması halinde, yüklenicilerin haklarını koruyabilmek için kimi zaman karşı tarafı zorlamaları gerekebilmektedir. Böylece yükleniciler sözleşme hükümleri kapsamında işi yavaşlatma veya askıya alma seçeneklerini kullanarak iş sahibi üzerinde gerekli baskıyı kurabileceklerdir.[53]

1.2.1.3.13. İşveren Tarafından Sağlanan Bilgiler

İnşaat projelerinde iş sahibi genellikle, ne inşa edileceği, inşaatın yapılacağı yer, işin nasıl yapılacağı ve bununla ilgili gerekli izinler, sahaya erişim araçları ve sahadaki mevcut iklim koşulları gibi birtakım bilgileri yükleniciye sağlamakla yükümlü tutulmaktadır. Ancak, söz konusu bilgilerin "*bilgi amaçlı*" (*information only*) veya "*güvenmeme*" (*non-reliance*) şartıyla sağlanması durumunda, bunlarla ilgili hata ve yanlışlıklardan genellikle iş sahibinin değil, yüklenicinin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık, iş sahibi tarafından sağlanan bilgilerin sonradan yanlış ya da eksik olduğunun ortaya çıkması halinde, yükleniciye zaman veya maliyet çözümleri sağlanarak riskin bir kısmının veya tamamının iş sahibine yüklenebileceği de belirtilmelidir.[54]

---

[52] Çeliker, s. 11.

[53] Çeliker, s. 11; Feyiz Erdoğan, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Muhtemel Uyuşmazlıkların Yönetimi", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 27-28.

[54] Baker & Robottom & Lavers, s. 55.

1.2.1.3.14. Sözleşmeye Aykırılık Sebebiyle Öngörülen Tazminatın Hukuki Niteliği

Günümüz sözleşmelerinde sıklıkla, sözleşmeye aykırı davranılması halinde karşı tarafa bir miktar ödeme yapılmasını öngören düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak söz konusu düzenlemenin hukuki niteliğinin tespiti, yani bir cezai şart (*penalties*) mı, yoksa bir götürü tazminat (*liquidated damages*) mı ya da bir sorumsuzluk anlaşması niteliğinde mi olduğunun tespiti son derece önemlidir. Bu sebeple de iş bu hukuki kavramlar arasındaki ayrımın doğru yapılması gerekmektedir. Zira Anglosakson Hukuk Sisteminde cezai şarta ilişkin hükümler kural olarak geçersiz sayılmaktayken, götürü tazminata ilişkin kural olarak herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemin de ise böyle bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Bu bakımdan uygulanacak hukuka göre sözleşmede yer alan iş bu düzenlemeler farklı hukuki yaptırımlar ile karşılaşabileceğinden ilgili düzenlemenin hukuki niteliğinin kesin olarak tespiti son derece önemlidir.[55]

Götürü tazminat, alacaklının zararına yakın bir meblağın tazminini amaçlayan bir tazminat türü olup, tüm hukuk sistemlerinde kural olarak geçerli kabul edilmektedir. Buna karşılık cezai şart, borçlu üzerinde bir tür ifa baskısı yaratarak borçlunun borcunu yerine getirmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan sadece borçluyu cezalandırma maksadı bulunmaktadır.[56] Bu sebeple de başta İngiliz Hukuku olmak üzere, Anglosakson Hukuk Sisteminde sözleşmelerde yer alan cezai şarta ilişkin hükümler geçersiz kabul edilmektedirler. Borçlunun sorumlu olduğu meblağı sınırlamayı amaçlayan sorumsuzluk anlaşmaları ise, belirli kurallar çerçevesinde hem Anglosakson Hukuk Sisteminde hem de Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde geçerli kabul edilmektedir.[57]

Gecikme sebebiyle sözleşmede ödenmesi öngörülen gecikme tazminatının hukuki niteliğinin tespiti, yani bir cezai şart mı, yoksa bir götürü tazminat mı ya da bir sorumsuzluk anlaşması niteliğinde mi olduğunun tespiti uygulanacak hukuk

[55] Lenz, s. 244-245; Atamer, s. 87-88.;
[56] Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda, [1904] UKHL 3.
[57] Nadar (2018), 270; Atamer, s. 93-96.

bakımından son derece önemli olduğundan, iş bu hukuki kavramlar arasındaki ayrımın doğru yapılması gerekmektedir.

İngiliz Hukuku'nda cezai şart ile götürü tazminatın birbirlerinden ayırt edilmesi konusunda uygulanan birtakım kriterler bulunmaktadır. Bu kriterler temelde "*Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*" kararına dayanmaktadır. [58] Söz konusu karar 1914 tarihli olmasına rağmen, belirlemiş olduğu kriterler halan İngiliz Mahkemeleri'nde kullanılmaya devam edilegelmektedir. İş bu kriterlere göre, öncelikle tarafların sözleşmede kullanmış oldukları terimler tek başına bir kriter olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, mahkemenin bunlardan bağımsız olarak değerlendirmede bulunması gerekmektedir. Cezai şartın asıl amacı borçlu üzerinde bir tür ifa baskısı yaratarak borçlunun borcunu yerine getirmesini sağlamakken, götürü tazminat alacaklının uğrayabileceği zarara ilişkin gerçekçi bir öngörüde bulunarak alacaklının zararının tazminini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda her bir olayın somut özellikleri, sözleşmenin ihlal edildiği değil, yapıldığı ana göre değerlendirilerek karar verilmesi gerekmektedir. Yani, mahkemeler tarafından mevcut duruma (*ex post)* göre değil, öngörülen duruma (*ex ante)* göre bir değerlendirmede bulunulması gerekmektedir.

*S*özleşmede kararlaştırılan miktar, sözleşmenin ihlalinin sonucu olarak tahmin edilebilecek en yüksek zararla karşılaştırıldığında bile fahiş ve aşırı düzeyde ise, bu durumda bir cezai şartın bulunduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde, borcun bir para borcu olması ve kararlaştırılan miktarın borcun konusundan daha yüksek olması halinde de söz konusu miktarın bir cezai şart olduğu kabul edilmelidir. Benzer şekilde, ortada farklı miktarlarda zarar doğurma ihtimali bulunan birden fazla sözleşmenin ihlali için belirlenmiş tek bir meblağ bulunuyorsa, bunun da bir cezai şart olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık ihlalinin sonuçları öngörülemediği için sözleşmenin ihlali halinde alacaklının uğrayacağı muhtemel zararın gerçekçi bir tahmininin yapılmasının imkânsız olması, bir cezai şartın varlığını değil, tam tersine tarafların öngörülen meblağ ile gerçekten menfaatleri dengeleyen bir miktar belirlemek istedikleri şeklinde değerlendirilmeli ve söz konusu hüküm cezai şart olarak değil, götürü tazminat olarak kabul edilmemelidir.[59]

[58] Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd., [1915] AC 79.
[59] Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd., [1915] AC 79.

İngiliz Hukuku'nda yaklaşık 100 yıl boyunca uygulanan söz konusu içtihat, 2015 yılında "*Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v. Beavis*" kararında bir nebze de olsa yumuşatılmıştır.[60] Söz konusu karar göre, "*Dunlop v. New Garage*" kararında ifade edilen kriterler cezai şartın tespiti bakımından tek belirleyici olarak kabulü mümkün değildir. Taraflar arasında kararlaştırılan meblağ, daha sonra doğması muhtemel zararın gerçekçi bir tahmini olmasa bile, aynen ifa menfaatini korumak maksadıyla sözleşmeye konulmuşsa ve asli edime ek ikincil bir edim niteliği taşımıyorsa, cezai şart olarak değil, götürü tazminat olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda taraflarca kararlaştırılan meblağ, meşru bir ticari menfaati korumayı amaçlıyor ve ayrıca aşırı, ölçüsüz ya da adaletsiz değilse, ikincil bir edim olarak değil, götürü tazminat olarak kabul edilmelidir. İş bu kararla birlikte, İngiliz Mahkemeleri tarafından Kıta Avrupası Hukuk Sistemiyle paralel bir yaklaşımın benimsendiği ifade edilmektedir.[61]

Taraflar arasında kararlaştırılan meblağın cezai şart değil de bir götürü tazminat olarak değerlendirilmesi halinde, zarar gören sadece bu meblağı talep edebilir. Zarar gören daha az ya da daha fazla zarar görmüş bile olsa bu miktar değişmez, bunun daha azına ya da daha fazlasına hükmedilemez.[62]

Türk Hukuku bakımından konu değerlendirilecek olursa, götürü tazminata ilişkin herhangi bir açık kanuni düzenleme bulunmamasına rağmen, cezai şart ile götürü tazminatın birbirlerinden ayrı kavramlar oldukları kabul edilmektedir. Bu kapsamda cezai şartta borçluyu ifaya zorlama amacı bulunmaktayken, götürü tazminatta sözleşmenin ihlali halinde alacaklının uğrayacağı zararın tazminini kolaylaştırma amacı bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, götürü tazminatta belirlenen meblağın gerçekçi bir tahmine dayanması da gerekmektedir. Kararlaştırılan meblağ gerçek zararın çok çok üzerinde ise, götürü tazminattan değil, cezai şarttan bahsedilmelidir.[63] Örneğin, Yargıtay inşaat sözleşmeleriyle alakalı olarak vermiş olduğu kararlarında, gecikme halinde gecikilen her ay için rayiç kira bedeli kadar ödemede yapılacağına ilişkin düzenlemenin götürü tazminat, buna karşılık rayiç kira

[60] Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v. Beavis, [2015] UKSC 67.
[61] Atamer, s. 98-100.
[62] Atamer, s. 100.
[63] Atamer, s. 110.

bedelinin katlarının ödenmesine yönelik hükümlerin ise bir cezai şart olduğuna karar vermiştir.[64]

1.2.1.3.15. Sigorta

İnşaat sözleşmelerinde adil bir risk dağılımı için göz önünde bulundurulması gereken bir diğer önemli konu da sigortadır. Zira inşaat sektörü, diğer sektörlere nazaran bünyesinde çok daha fazla belirsizlik ve risk barındırdığından, çok yüksek bir risk profiline sahiptir. Bu yüksek risk profili, son yıllarda sayıları giderek artan mega projelerde daha da artmaktadır. Zira bu projeler adları gibi çok büyük ve kompleks projeler olup, bu büyüklük ve karmaşıklık sebebiyle bünyelerinde normal inşaat projelerinin çok üzerinde riskler barındırmaktadırlar. İş bu sebeplerle, inşaat projelerinde risk tanımlamaları ile sigorta konuları giderek daha fazla önem kazanmaya başlamıştır.[65]

İnşaat projelerinin giderek daha karmaşık ve riskli hale gelmesi sigorta poliçelerine ek olarak projenin potansiyel finansmanını da etkilemektedir. Tipik olarak altyapı ve endüstriyel projelerin uzun vadeli finansmanı, projenin öngörülen nakit akışlarına dayanmakta ve proje varlıkları tarafından güvence altına alınmaktadır. Özellikle büyük alt yapı projeleri ile mega inşaat projelerinin finansmanı, günümüz inşaat projelerinin en önemli ve çetrefilli konularından birisi haline gelmiş bulunmaktadır.[66]

Günümüzde inşaat projeleri ile alakalı sigorta şirketlerinin sunmuş olduğu çok sayıda sigorta poliçesi bulunmakta olup, bu poliçeler projelerin ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanabilmektedir. Günümüz inşaat projelerinde kullanılan en yaygın sigorta türü inşaat tüm riskler sigortasıdır (CAR-*Construction All Risks*). Bunun yanı sıra tasarım yükümlülüklerinden ve tasarımla ilgili hata ve ihmallere karşı başvurulan mesleki tazminat sigortası, üçüncü kişilerin yaralanması ve ölmesi halinde başvurulabilecek olan umumi mali sorumluluk sigortası ve çalışanların yaralanması

[64] Yargıtay 15. HD. 12.03.2007 tarih ve 2006/623 E., 2007/1522 K.; Yargıtay 23. HD. 26.02.2014 tarih ve 2013/8795 E., 2014/1371 K.
[65] Stiegler, s. 25.
[66] Stiegler, s. 26.

veya ölmesi ihtimaline karşı başvurulan iş kazası sigortası en çok tercih edilen sigorta türlerinin başında yer almaktadır.[67]

İnşaat sektöründe sıklıkla kullanılan bir diğer sigorta türü de politik risk sigortalarıdır. Söz konusu sigorta türü ile müteahhit, iş yaptığı yabancı bir ülkedeki hükümetin politik faaliyetlerinden kaynaklanan risklere karşı, işin yapıldığı ülkeden farklı bir ülkenin sigorta şirketine başvurarak kendisini söz konusu politik risklere karşı güvence altına almaya çalışmaktadır.[68]

Politik risk sigortası poliçesi kapsamında genellikle;

- Ayrımcılık, kamulaştırma veya devletleştirme, müteahhittin faaliyetlerinin kısıtlanması, ithalat-ihracat sınırlamaları,
- Döviz inkonvertibilitesi ve döviz kısıtlamaları,
- Mecburi terk, savaş, isyan, ihtilal, ayaklanma gibi zorunlu nedenlerle ülkeden ayrılmak durumunda kalınması,
- Harp, politik şiddet ve iç huzursuzluk neticesinde oluşabilecek fiziksel hasarlar,
- Sözleşmenin feshedilmesi,
- Lisans iptali,
- Zoraki mahrumiyet, yatırımcının kendi ülkesinin teminatını yerine getirememesi,
- Teminatın yerine getirilememesi ya da müteahhittin teminat mektubunun haksız yere nakde çevrilmiş olmasından kaynaklanan zararların karşılanması gibi riskler güvence altına alınmış olmaktadır.[69]

1.2.1.3.16. Mücbir Sebep/Beklenmedik Hal

Ahde vefa ilkesi, diğer tüm özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi uluslararası inşaat sözleşmelerinde de geçerli olan temel bir hukuk prensibidir. Ancak, uluslararası inşaat sözleşmelerinin genellikle uzun süreli sözleşmeler olmaları sebebiyle, sözleşmenin ifası sırasında tarafların iradesi dışında ortaya çıkan savaş, iç karışıklık, isyan, grev, ayaklanma, doğal afetler, siyasi ve ekonomik konjonktürde

[67] Stiegler, s. 26; Çeliker, s. 12-13.
[68] Köksal (2009), s. 11.
[69] Köksal (2009), s. 11-13.

meydana gelen ani değişikler gibi bazı olaylar yüzünden sözleşmenin ifası kimi zaman imkânsız hale gelebileceği gibi, taraflar arasındaki ekonomik dengenin önemli derecede bozulması sebebiyle sözleşmenin aynen ifasının istenmesi iyiniyet ve hakkaniyet kurallarına aykırı da olabilir. Bu gibi durumlarda ahde vefa ilkesi gereğince sözleşmenin aynen ifasını istemek mümkün olmadığından, sözleşmenin feshedilmesi ya da yeni koşullara göre uyarlanması gerekmektedir.[70] Bu kapsamda bazı durumlarda, taraflar mücbir sebep yüzünden maruz kaldıkları zararların tazminini de talep edebilecekleri ifade edilmelidir.[71] İşte bir inşaat projesinin, tarafların kontrolü dışındaki olaylar yüzünden ertelenmesine ya da tamamen engellenmesine sebep olan olaylar kısaca, mücbir sebep ya da beklenmedik hal olarak tanımlanabilirler.[72]

Taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde mücbir sebeplere/beklenmedik hallere ilişkin hükümlerin bulunması son derece önemlidir. Bu kapsamda mücbir sebep/beklenmedik hal olarak kabul edilecek olaylar ile iş bu olayların sözleşmeye ve sözleşmenin ifasına olan etkilerine ilişkin ayrıntılı ve açık hükümlere yer verilmelidir. Bunun yanı sıra, taraflar isterlerse konu ile ilgili olarak uluslararası kodlara ya da FIDIC gibi tip sözleşmelere atıf yapmakla da yetinebilirler. Aksi takdirde bu gibi hallerde sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kurallarına göre hareket edilmesi gerekmektedir.[73]

1.2.1.3.17. Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Günümüz inşaat projelerinin ve sözleşmelerin giderek daha karmaşıklaşmış olması, projelerin tamamlanma sürelerinin giderek uzamasına ve proje maliyetlerinin de her geçen gün artmasına sebebiyet vermektedir. Maliyet artışı ve proje sürelerinin uzaması sebebiyle taraflar arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların sayısında da gözle görülür bir artış yaşanmakta ve bu sebeple de inşaat sözleşmelerinde muhtemel uyuşmazlıklarla ilgili çok daha fazla düzenlemeye yer verilmektedir. Bu kapsamda taraflarca uygulanacak uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, bunlara ilişkin prosedürler ve yargılama yerine ilişkin maddelere özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir.

[70] Köksal (2009), s. 81-82.
[71] Christopher R. Seppala, "FIDIC's New Forms of Contract: Risks, Force Majeure, and Termination", **International Business Law Journal**, Sayı: 8, 2000, s. 1019.
[72] Baker & Robottom & Lavers, s. 56.
[73] Köksal (2009), s. 82; Çeliker, s. 14.

Uyuşmazlık çözüm mekanizmaları bakımından tarafların özellikle bağımsızlığına güvendiği, bağlayıcı ve nihai karar alma yetkisine sahip bir merciinin uyuşmazlıkların çözümünde görevlendirildiğinden emin olması son derece önemlidir. Bu bakımdan Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC) gibi bir tahkim kurumunun seçilmesi ve bunun sözleşmede açıkça belirtilmesi de yerinde bir hareket olacağı değerlendirilmektedir.[74]

Taraflar arasında imzalanan sözleşmede bulunan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının ve bunlara ilişkin düzenlemelerin taraflarca titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda bazı sözleşmelerde uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmadan önce birtakım başka alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının tüketilmesi, bunlardan bir sonuç elde edilememesi halinde tahkim yoluna başvurulabileceği öngörülebilir. Tahkim sözleşmesinde bu tarz tüketilmesi gerekli bir takım ön şartların öngörülmesi halinde iş bu ön şartların ihtiyari mi, yoksa zorunlu mu olduğuna dikkat edilmelidir. Zira, bunların ihtiyari nitelikte olması halinde, bu aşamaların tüketilmesi tamamen tarafların isteğine bağlı olup, söz konusu aşamaları tüketmek istemeyen taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Buna karşılık tahkim öncesi tüketilmesi gerekli aşamaların zorunlu nitelikte olması halinde ise, bu aşamaların sırasıyla tüketilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim başvurusunun hakem ya da hakem heyeti tarafından esasa girilmeksizin doğrudan reddedilmesi gerekmektedir.[75] Ancak konu ile alakalı olarak tahkim sözleşmesinde tahkim için tüketilmesi gerekli bir takım ön şartların öngörülmesine rağmen, tarafların iş bu ön şartları tüketmeksizin tahkime başvurmaları halinde, hakemlerin başvuruyu doğrudan reddetmek yerine, bu durumu bekletici mesele yaparak taraflara süre vermesi ve iş bu aşamaları tüketmelerini beklemesi, tarafların ön görülen tahkim öncesi aşamaları tüketmelerine rağmen uyuşmazlığı anlaşmayla

[74] Çeliker, s. 14.

[75] Dyala Jimenez Figueres, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration", **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Sayı 14/1, 2003, s. 71-72; Nuray Ekşi, "FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar", **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017 (2017), s. 197; Nuray "FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018 (2018), s. 71.

sonuçlandıramamaları halinde ise tahkim yargılamasına devam edilmesi gerektiğine dair doktrinde farklı görüşler de yer almaktadır.[76]

1.3. İNŞAAT VE ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1.3.1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesi kısaca, bir yüklenici ile iş sahibi arasında, "*bir kişinin (yüklenicinin), kararlaştırılan bir süre ve ücret karşılığında başka bir kişi (iş sahibi) için bir bina veya tesis inşa etmeyi üstlendiği*" sözleşme olarak tanımlanabilir.[77] İnşaat projelerinde sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası aşamalara ilişkin taraflarının hak ve yükümlülükleri imzalanan sözleşmeler ile belirlendiğinden, projelerin başarılı bir şekilde devamı ve sonuçlanabilmesi için sözleşmeler hayati bir öneme sahip bulunmaktadır.[78]

İnşaat projelerinde olduğu gibi, inşaat hizmetlerinin temini de yıllar içinde giderek daha karmaşık bir hal alarak basit bir inşaat faaliyetinin ve sıradan sözleşmelerin çok ötesine geçmiş ve sözleşme hukukunda çok önemli bir konuma yerleşmiş bulunmaktadır.[79] Uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından ise durum çok karmaşıktır. Zira uluslararası inşaat sözleşmelerinde değişik kültürel ve hukuki altyapılara sahip çok sayıda taraf bulunmakta, bu farklılıklardan kaynaklı olarak taraflar projenin yürütülmesi ve sözleşme hükümlerine ilişkin değişik fikirlere sahip olabilmektedirler. Bu farklılıklar projenin yürütülmesi ve tarafların birlikte çalışma durumlarını etkileyebileceği gibi, tarafların kendi yerel inşaat endüstrisindeki bilgi ve

---

[76] Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021 (2021), s. 180-181.

[77] Baker & Robottom & Lavers, s. 55. Kaplan ise inşaat sözleşmesini, *"yapı sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir yapıyı inşa etmeyi ve tamamlayıp teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme"* olarak tanımlanmaktadır. İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 3. Tıpkı Basım, s. 120. Köksal & Özer, s. 35. Benzer yönde bir başka tanım için bkz. Franz Werro, "Recent Swiss Caselaw Developments in Construction Contract Law", **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017, s. 562.

[78] Raufdeen Rameezdeen & Anushi Rodrigo, "Modifications to Standard Forms of Contract: The Impact of Readability", **Australasian Journal of Construction Economics and Building,** Cilt 14/2, 2005, s. 31-32; Köksal & Özer, s. 44.

[79] Kim Franklin, "Beaufort Developments and Amendment 18: The Death Kneel for Construction Arbitration", **Construction Law Journal**, Sayı 15/1, 1999, s. 11; Scott Stiegler, "Parties to a Construction Contracts", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 18.

deneyimlerini göz önünden bulundurarak sözleşmeye müdahale etmeye çalışmalarına da sebep olabilmektedir. Bu bakımdan uluslararası inşaat sözleşmelerinin çok karmaşık ve eşsiz bir mahiyete sahip olduğu söylenebilir. Tarafların farklı yargı yetki alanlarından, örneğin iki farklı ülkeden olup da üçüncü bir ülkede yürütülecek bir inşaat faaliyeti için bir ortak girişim (*joint venture*) kurmaları örneğinde ise durum daha da karmaşık bir hale gelmektedir. Hatta devletlerarası bir otoyol veya tren yolu inşaatı ya da birden fazla ülke sınırları içerisinden geçen bir petrol ve doğalgaz boru hattı inşaatı örneğinde olduğu gibi birtakım uluslararası inşaat sözleşmelerinde sınır ötesi düzenlemelere dahi ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu tarz inşaat sözleşmelerinde hükümetler ve düzenleyici idari organlar dahil çok sayıda kişi, kurum ve kuruluş bu sözleşmelere taraf olabilmekte, bu da durumu daha da karmaşık bir hale getirmektedir. Bu gibi durumlarda uluslararası inşaat sözleşmeleri son derece karmaşık bir yapıya bürünmektedir.[80]

İnşaat sözleşmelerinin teknik olarak giderek daha karmaşık bir hal almasının yanı sıra, sözleşme taraflarının da giderek karmaşıklaşması, yalnızca karmaşık ve ayrıntılı sözleşme düzenlemelerinin geliştirilmesine değil, aynı zamanda yasal ve mühendislik alanında uzun vadeli ve teknik olarak zor anlaşmazlıkları da beraberinde getirmektedir. Tüm bu sebeplerle, günümüzde inşaat hukuku, modern sözleşme hukuku üzerinde o kadar baskın bir hale gelmiş bulunmaktadır ki, İngiltere ve Galler'de inşaat hukukunun modern sözleşme hukukunun gelişiminde çok önemli bir yere sahip olduğu kabul edilmektedir.[81]

İnşaat projeleri giderek daha karmaşık bir hale gelmekle birlikte, proje teslim metotlarının çeşitlendirilmesi de dahil olmak üzere, bu alanda yapılan çeşitli yeniliklerle bu karmaşıklık bir nebze de olsa giderilmeye çalışılmaktadır. Gerçekten de risk dağılımı bakımından proje teslim metodu ve sözleşme türü son derece önemlidir. Zira, taraflarca üzerinde anlaşılan proje teslim metodu ve sözleşme tipine bağlı olarak, yüklenicinin tasarım aşamasındaki katılım düzeyi, dolayısıyla da tasarım hatalarından kimin sorumlu olacağı hususu büyük oranda kararlaştırılmış olacaktır. Bu sebeplerle projenin risk profilini yansıtan ve risk dağılımı stratejisine uygun bir proje teslim metodu ve sözleşme türünün seçilmesi son derece önemlidir. Ayrıca, proje

[80] Stiegler, s. 18-19.
[81] Stiegler, s. 18.

teslim metodu ve sözleşme türüne karar verirken, projenin tamamlanması için gerekli işlemlerin kimin tarafından yerine getirileceği ve ödemeye ilişkin hususların da ayrıca göz önünde bulundurulması gerekmektedir.[82]

Konu ile alakalı olarak üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus da ulusal hukuk sistemlerinde, uluslararası ticaret hukukunda ve konuyla ilgili anlaşmalarda genellikle şekil serbestisi ilkesinin benimsenmiş olmasıdır. Başka bir deyişle, kural olarak uluslararası inşaat sözleşmelerinin belirli bir şekil kuralına uygun olarak yapılması zorunlu değildir. Ancak, sözleşmede taraflarca seçilen uygulanacak ülke hukukunda öngörülmüş bir şekil şartı mevcut ise, taraflarca bu şekil şartının yerine getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, uluslararası inşaat sözleşmelerinin karmaşık yapısı ve gelecekte yaşanacak muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi için uygulamada sözleşmelerin detaylı biçimde yazılı olarak yapıldıkları görülmektedir.[83]

1.3.2. İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

1.3.2.1. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği üzere, geçmişte inşaat sözleşmeleri genellikle iş sahibi ve usta/yüklenici arasında yapılmaktayken, günümüzde inşaat projelerinin giderek daha karmaşık ve kapsamlı bir hale gelmiş olması ve bunun bir sonucu olarak da iş sahipleri ve yüklenicilere ek olarak, müşavir mühendis/iş sahibi temsilcisi, taşeronlar, mimarlar, proje yöneticisi ile metraj ve keşif uzmanı gibi ilgililer de inşaat sözleşmelerinde giderek kendilerine daha fazla yer bulmaya başlamışlardır.

Bu kadar tarafın birlikte yer aldığı bir sözleşmede tarafların hak ve fiil ehliyetlerine özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira bir uluslararası inşaat sözleşmesinin yapılabilmesi için tarafların kendi tabi oldukları ulusal hukuk kurallarına göre sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcılığı ve geçerliliğinden bahsedilemez. Sözleşme yapma ehliyetine haiz olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerden hukuken geçerli bir hak ya da borcun doğması mümkün değildir. Bu

[82] Nadar (2017), s. 11-12.
[83] Köksal (2009), s. 78-80.

nedenle, uluslararası sözleşme akdetmeye niyetli olan bir kişinin, karşı tarafın hukuki ehliyetinin varlığından emin olması gerekmektedir.[84]

Bu kısımda bir uluslararası inşaat sözleşmesinin asli tarafları olan iş sahibi ve yüklenici ile her ne kadar ana sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte iş sahibi temsilcisi olması ve inşaat projelerinin ifasındaki kritik önemi sebebiyle müşavir mühendis/iş sahibi temsilcisi hakkında bir takım kısa bilgilere yer verilecektir.

1.3.2.2. İş Sahibi

İş sahibi, bir eserin yapılması ve kendisine teslim edilmesi karşılığında ücret ödemeyi taahhüt eden kişi olarak tanımlanabilir.[85] Söz konusu tanımdan da anlaşılabileceği üzere, iş sahibi sözleşmeye konu inşaat faaliyetinin sahibidir ve bu kişi genellikle inşaatın devam ettiği arazinin de maliki konumundadır. İş sahibi üstlenilen projenin niteliği ve kapsamına göre gerçek veya özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi veyahut kamu kurumu niteliğinde olabilir. Bunun yanı sıra iş sahibinin bir hizmet sözleşmesi kapsamında profesyonel bir ekip tarafından temsil edilmesi de mümkündür.[86]

İş sahibinin inşaat sözleşmesindeki rolü, sözleşmenin türüne bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, tasarla-yap inşaat sözleşmeleri ile sabit fiyatlı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi pasif bir role sahipken, maliyet + kar sözleşmelerinde daha aktif bir konumda bulunmaktadır.[87]

1.3.2.3. Yüklenici/Müteahhit

İnşaat sözleşmelerinde projeyi bir bedel karşılığından gerçekleştirmeyi taahhüt eden taraf yüklenici veya müteahhit olarak adlandırılmaktadır (bundan sonra sadece yüklenici olarak ifade edilecektir).[88] Yüklenici özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi

---

[84] Köksal (2009), s. 76.

[85] Kürşat Kocakahyaoğlu, "İş Sahipleri İçin Dahili Zaman Yönetimi ve Erken Uyarı Sistemi-II" **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 23. Benzer bir tanım için bkz. Osman Levent Özay, **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü**, İstanbul 2021, s. 26.

[86] Köksal & Özer, s. 36; Stiegler, s. 22; Özay, s. 26.

[87] Stiegler, s. 23.

[88] Köksal (2009), s. 3; Köksal & Özer, s. 36; H. Akif Karaca, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4'te

olabileceği gibi, bunlar tarafından oluşturulmuş "*joint venture*" ya da "*konsorsiyum*" gibi bir adi ortaklık da olabilir.[89]

İnşaat sözleşmesinin türüne bağlı olarak yüklenici inşaatı kendisi yapabileceği gibi parçalara ayırarak taşeronlara/alt yüklenicilere ve tasarımcılara da yaptırabilir. Yüklenicinin projedeki rol ve sorumluluğu, sözleşmeye konu işin nitelik ve kapsamına göre belirlenmektedir. Bir tasarım işinin söz konusu olduğu durumlarda yüklenicin, söz konusu tasarım işini uzman bir tasarımcıya, mimara veya mühendise devretmesine de uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır.[90]

1.3.2.4. Müşavir Mühendis/İş sahibi Temsilcisi

Müşavir mühendis/iş sahibi temsilcisi (bundan sonra sadece mühendis olarak ifade edilecektir) iş sahibi ve yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte, iş sahibinin inşaat sözleşmesi ve projenin yönetiminde kendisine yardımcı olması için bir mühendis ataması yaygın bir uygulamadır. Bu bakımdan mühendis, iş sahibinin yardımcısı konumunda olup iş sahibi ile aralarında iş görme (hizmet) edimi bulunmaktadır.[91] Mühendis, inşaat sözleşmesinin amaçlarına ulaşılması hususunda iş sahibini temsil edecek olup, genellikle proje yöneticisi ya da metraj ve keşif uzmanı gibi uzman mühendisler arasından seçilmektedir.[92]

İş sahibi temsilcisi görevi genellikle tek bir gerçek kişi tarafından yerine getirilse de temsilcinin bir mühendislik veya profesyonel inşaat ekibinden destek almasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Mühendise destek sağlayan bu ekip genellikle ihale evrakları ile proje koşullarının belirlenmesi ve hazırlanması aşamalarında iş sahibi ile birlikte çalışmış kişilerden oluşmaktadır. Ayrıca söz konusu ekip riskler, sigorta ayarlamaları ve inşaat sözleşmesinin türü konusunda iş sahibine yardımcı olup, ihale sunumlarının yapılması ve gözden geçirilmesi süreçlerine dahil

---

Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 22/3, 2016, s. 1486; Stiegler, s. 23; Kocakahyaoğlu, s. 23; Özay, s. 29.

[89] Köksal (2009), s. 63; Köksal & Özer, s. 36; Özay, s. 29-30.

[90] Stiegler, s. 23.

[91] Christopher R. Seppala, "The Pre-Arbitral Procedure of the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Condition of Contract", **International Business Law Journal**, Sayı 6, 1987 (1987), s. 580-581; Seppala **(1991/8)**, s. 1054; Ağaoğlu, s. 116, Stiegler, s. 23; Binnur Ataseven, "Dispute Resolution Within the Frame of FIDIC Rules", **GSI Articletter**, Sayı 16, 2017, s. 55.

[92] Stiegler, s. 23.

olması da kuvvetle muhtemeldir. Böylece, yüklenici ile sözleşme imzalandığında, mühendis, projeye, işlerin gereklerine ve sözleşmeye hâkim bir konumda olabilmektedir.[93]

Mühendisin projeye başlangıcından sonuna kadar tüm yönleriyle dahil olup, görev ve sorumluluklarını yerine getirmede ki istek ve yetenekleri projenin başarıya ulaşması bakımından son derece önemlidir.[94] Gerçekten de mühendis, yüklenici tarafından yürütülen faaliyetlerin sözleşmeye uygun olarak sürdürülüp tamamlandığını denetlemekle yükümlü olup, bu görevi gerçek anlamıyla yüklenici ile sözleşmenin imzalanmasını takiben başlamaktadır. Bu kapsamda mühendisin, ödeme talepleri, inşaat faaliyetlerinin sözleşme takvimine uygun olarak devam edip etmediği, yapılan işlerin sözleşme şartları ile diğer kalite koşullarını karşılayıp karşılamadığı, inşa faaliyetlerindeki hata ve kusurlar ile yüklenici tarafından yapılan değişiklik ve süre uzatma taleplerini inceleyip değerlendirmek gibi bir takım görev ve sorumlulukları bulunmaktadır.[95] Bununla birlikte mühendis, iş sahibi ile yüklenici arasında bir denge unsuru oluşturarak, ortaya çıkabilecek teknik, mali ve hukuki sorunlar hakkında karar vermekte, böylece iş sahibi ile yüklenici arasında çıkabilecek olan sorunları bir uyuşmazlığa dönüşmeden çözülmesine de katkıda bulunmaktır.[96] Bu özellikleri sebebiyle mühendisin proje bakımından kilit bir role sahip olduğu ifade edilmelidir.

Daha önce de belirtildiği üzere mühendis, iş sahibi ve yüklenici arasında imzalanmış olan inşaat sözleşmesine taraf olmayıp, görev ve sorumluluklarının temelinde, iş sahibi ile aralarında imzalamış oldukları iş görme sözleşmesi bulunmaktadır. Dolayısıyla mühendisin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde iş sahibinin uğramış olduğu zararları gidermesi gerekebilir.[97] Ancak mühendisin görev ve sorumlulukları hususunda inşaat sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında birtakım farklılıklar ya da çelişkiler bulunabilir. Örneğin hizmet sözleşmesinde, inşaat sözleşmesine nazaran mühendise daha az ya da fazla görev ve sorumluluk verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda mühendis hizmet

[93] Stiegler, s. 23.
[94] Godwin, s. 29.
[95] Stiegler, s. 23-24.
[96] Ağaoğlu, s. 115.
[97] Michelle Backstrom & Jennifer Yule, "An Examination of the Liability of a Construction Contract Certifier Who Gets It Wrong", **OUT Law Review**, Sayı 13/1, 2013, s. 159.

sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun davranmış iken, inşaat sözleşmesindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş ya da tam tersi olmuş olabilir. Bu konuyla alakalı olarak iş sahibi ve yüklenici arasında bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, kanaatimizce öncelikle inşaat sözleşmesindeki konu ile alakalı hükümlere bakılması, inşaat sözleşmesinde konu ile alakalı herhangi bir hüküm bulunmaması halinde ise, uyuşmazlığın uygulanacak hukuk kapsamında yer alan tamamlayıcı nitelikteki hukuk kuralları kapsamında ele alınarak sonuçlandırılması gerekmektedir.

İş sahibi ve mühendis arasında benzer sebeplerden ötürü bir uyuşmazlığın yaşanması halinde ise öncelikle iş sahibi ile mühendis arasında imzalanan hizmet sözleşmesi hükümlerine bakılması, hizmet sözleşmesinde konu ile alakalı herhangi bir hüküm bulunmaması halinde ise, iş sahibi ve mühendis arasında imzalanan hizmet sözleşmesine uygulanması gerekli hukuk kuralları kapsamında konunun ele alınarak uyuşmazlığın giderilmesi gerekmektedir.

1.3.3. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri

1.3.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu kapsamda yüklenici, belirli bir eseri yerine getirmeyi üstlenirken, iş sahibi de yükleniciye belirli bir ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu bakımdan taraflar karşılıklı olarak birbirlerine borçlanmış olmaktadırlar.[98]

Yüklenicinin bir eser meydana getirme yükümlülüğü inşaat sözleşmelerini bir eser sözleşmesi haline getirmekle birlikte, inşaat sözleşmelerini diğer eser sözleşmelerinden ayırt etmek son derece zordur. Bu kapsamda yüklenicinin sonuçtan sorumlu olması ve diğer eser sözleşmelerine nazaran çok daha fazla oranda bir risk sorumluluğu altında bulunması, inşaat sözleşmelerini diğer eser sözleşmelerinden ayırmaktadır.[99]

[98] Köksal (2009), s. 63; Köksal & Özer, s. 37; Karaca, s. 1486-1487.
[99] Köksal & Özer, s. 37.

1.3.3.2. İvazlı Bir Sözleşmedir

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin eseri sözleşme doğrultusunda tamamlayıp iş sahibine teslim etmesi karşılığında, iş sahibinin de yükleniciye belirli bir ücret ödemesinde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani ücretsiz bir eser sözleşmesinin inşaat sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir.[100]

İş sahibi tarafından yükleniciye ödenecek ücret miktarının inşaat sözleşmesinde açık bir şekilde ifade edilmiş olması zorunlu değildir. İnşaat sözleşmesinde ücret unsurunun yer alması ve ayrıca ödenecek miktarın ödeme zamanında belirlenebilir olması bu bakımdan yeterli kabul edilmektedir.[101]

1.3.3.3. Hem Ani Hem de Sürekli Edimli Bir Sözleşmedir

Yüklenicinin edimini belirli bir zaman dilimi içerisinde yerine getirecek olması, inşaat sözleşmelerini sürekli borç doğuran bir sözleşme haline getirmektedir. Buna karşılık, iş sahibinin inşaatın teslimi ile birlikte belirlenen ücreti ödemek zorunda olması ise inşaat sözleşmelerini ani edimli bir sözleşme haline getirmektedir.[102]

1.3.4. İnşaat Sözleşmesinin Ekleri

1.3.4.1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde, proje risklerinin tespit edilerek bunların dağılımının yapılması ve proje kapsamında yapılacak işlerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda inşaat sözleşmelerine; genel ve özel koşullar, teknik belge ve çizimler, teknik şartname iş sahibi gereksinimleri, metraj ve hak ediş tablolarının yanı sıra, proje koşullarına bağlı olarak farklı bilgi ve belgelerin de eklenmesi gerekebilmektedir.

Şimdi kısaca bu ekleri inceleyelim.

[100] Köksal (2009), s. 63; Köksal & Özer, s. 37-38; Karaca, s. 1486; Werro, s. 562-563; Özay, s. 23.
[101] Köksal & Özer, s. 38; Erman, s. 3-4; Werro, s. 562-563; Özay, 23-24.
[102] Köksal (2009), s. 63; Köksal & Özer, s. 38.

1.3.4.2. Sözleşmenin Genel ve Özel Koşulları

Fiyat ve ödeme koşulları, inşaat faaliyetlerinin başlangıç ve bitiş tarihleri, projenin kapsamı, alt sözleşme/taşeronluk, risk dağılımı, sigorta, teminat ve garantiler, mülkiyetin korunması, değişiklik talimatı prosedürü, projenin askıya alınması, fesih, ihlal, tasfiye edilecek zararlar, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tazminat ve cezai şarta yönelik hükümler genellikle sözleşmenin genel ve özel koşullar kısımlarında düzenlenmektedir.[103]

1.3.4.3. Teknik Belge ve Çizimler

Teknik belge ve çizimler, mimar, topograf ve mühendisler tarafından hazırlanan şantiye planları, yapısal planlar, mekanik planlar ve elektrik planları ile yüklenici, taşeron veya tedarikçi tarafından hazırlanıp, işveren veya proje tasarım uzmanı tarafından ibraz edilmiş veya onaylanmış ayrıntılı çizimleri kapsamaktadır. Bu planlarda meydana gelecek en ufak bir sapma bile ilgili projede büyük bir hataya sebep olabilmektedir.[104]

1.3.4.4. Teknik Şartname

Teknik şartname, proje tasarım uzmanları tarafından teknik belge ve çizimler ile birlikte hazırlanmış dokümanlardır. Bu dokümanlar, teknik belge ve çizimlerde ayrıntılı ve açık bir şekilde belirtilmemiş olan, ancak projede kullanılacak malzeme ve işçiliğe ilişkin hükümlerin yanı sıra, proje performans gereksinimleri, kullanılacak inşaat yöntem ve teknikleri ile gerektiğinde üretim maliyeti ve kesin olmayan tahmini maliyetlere ilişkin ayrıntı ve önemli bilgileri içermektedir.[105]

[103] Nadar (2017), s. 15-16.
[104] Nadar (2017), s. 16.
[105] Nadar (2017), s. 16-17.

1.3.4.5. İş Sahibi Gereksinimleri

İş sahibi gereksinimleri, FIDIC tarafından tasarla-yap inşaat sözleşmelerinde (FIDIC Gümüş Kitap ve Sarı Kitap), projenin amaç, kapsam, tasarım ve teknik kriterlerini tanımlayan ve yüklenicinin genel yükümlülüklerinin ana kaynağı olarak kabul edilen belgeyi ifade etmek için kullanılan teknik bir terimdir.[106] Söz konusu belge hazırlanılırken iş sahibinin gereksinimleri ile yüklenicinin bu gereksinimleri karşılayabilmesi için gerekli olan tasarım esnekliği arasında bir denge sağlanmalı ve projenin amacı açıkça iş bu belgede belirtilmelidir.[107]

Daha önce de ifade edildiği üzere, iş sahibi gereksinimlerinin *"amacına uygun olacak şekilde"* ya da *"iş sahibini tatmin edecek şekilde"* gibi belirsiz ifadelerle tanımlanmamış olması son derece önemlidir. Aksi takdirde taraflar arasında işin, iş sahibi gereksinimlerini karşılayacak şekilde tamamlanıp tamamlanmadığına dair uyuşmazlıklar çıkabilir. Bu sebeplerle, iş sahibi gereksinimlerinin objektif, somut ve net bir şekilde belirlenmesi son derece önemlidir.[108]

1.3.4.6. Metraj ve Hak Ediş Tabloları

Birim/parça başı inşaat sözleşmelerinde kullanılan metraj ve hak ediş tabloları, yüklenicilerin ihale aşamasında oranlarını öngördüğü malzemelerin ve bunların tahmini miktarlarının bir listesi olup, bu listede kararlaştırılan fiyatlar daha sonra yerine getirilen işlerin dönemsel değerlemesinde kullanılmaktadır.[109]

Metraj ve hak ediş tabloları metraj ve keşif uzmanları tarafından hazırlanmakta olup, metraj ve keşif uzmanı, bir inşaat projesinin başında projenin tamamlanması için gerekli olan malzeme, ekipman ve benzeri nesnel olarak ölçülebilen unsurların miktarını birim bazında tahmin ederek, bu konuda ihale dokümanlarının hazırlanması ve gelen tekliflerin değerlendirilmesinde iş sahibine yardım eden kişi olarak tanımlanabilir.[110]

---

[106] FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.1.33.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.1.31.
[107] Nadar (2017), s. 17.
[108] Çeliker, s. 10.
[109] Nadar (2017), s. 17.
[110] Stiegler, s. 25.

Metraj ve keşif uzmanları, özellikle sabit fiyatlı inşaat sözleşmelerinde toplam fiyatın belirlenmesinde önemli bir görevi ifa etmektedirler. Ayrıca, devam eden inşaat projelerinde ki ödeme talepleri ile proje kapsamında yapılan değişikliklere ilişkin taleplerin değerlendirilmesinde de görev almaktadırlar.[111]

1.3.5. İnşaat Sözleşmesi Türleri

Daha önce de ifade edildiği üzere, taraflar arasında imzalanan inşaat sözleşmesinin türü, risk dağılımı konusunda son derece önemlidir. Zira tasarımdan kaynaklı kusurlardan ve metraj hesabı hatalarından kaynaklı sorumluluk doğrudan uygulanacak olan sözleşme türü ile bağlantılıdır.

İnşaat sözleşmeleri tedarik metotlarına ve ücret türlerine göre çeşitli kategorilere ayrılmakta olup, bu kısımda kısaca bunlar üzerinde durulacaktır.

1.3.5.1. Tedarik Metoduna Göre İnşaat Sözleşmeleri

İnşaat sözleşmelerinde projenin tedarikine ilişkin birden fazla metot bulunmakta olup, seçilen tedarik metodu inşaat sözleşmesindeki risk dağılımını belirli açılardan önemli derecede etkilemektedir. Proje tedarik metotları genellikle üçe ayrılarak incelenmekte olup, bunlar geleneksel, tasarla-yap ve ittifak sözleşmeleridir.

1.3.5.1.1. Geleneksel İnşaat Sözleşmeleri (Standard Building Contracts)

Geleneksel inşaat sözleşmelerinde inşaat projesi, tasarım ve inşa olmak üzere birbirinden tamamen farklı iki kısımdan oluşmaktadır. Buna göre iş sahibi, mimar, mühendis ya da diğer profesyonellerden gerekli teknik belge ve çizimlerin hazırlanması konusunda hizmet aldıktan sonra, yani inşaat projesinin tasarımının tamamlanmasının ardından, genellikle bir ihale süreci sonucunda belirlenen bir veya daha fazla yüklenici ile inşa faaliyetlerinin yerine getirilmesi için bir inşaat sözleşmesi imzalamaktadır.[112]

---

[111] Stiegler, s. 25.
[112] Nadar (2017), s. 12; Stiegler, s. 19; Baker & Robottom & Lavers, s. 53.

Geleneksel teslim metodunun kullanıldığı bir inşaat sözleşmesinde, yükleniciye sunulan tasarımın sorumluluğu tamamen iş sahibine ait olacaktır. Tasarımda bir takım eksiklik ya da kusurların bulunması halinde, yüklenici inşaatın bitiş tarihi için öngörülen sürenin uzatılması veya belirlenen ücretin arttırılması gibi birtakım taleplerde bulunabilir.[113] Zira yüklenici, ayrıntılı hazır bir tasarım için projeye dahil olmakta ve sadece bu tasarımı sözleşmeye uygun bir şekilde inşa etme yükümlülüğü altına girmektedir.[114]

Geleneksel inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ücretinin nasıl ödeneceği konusunda bir esneklik mevcuttur. Ücret ödemesi sabit fiyat/götürü şeklinde olabileceği gibi, işin kapsamının projenin başlangıcında tam olarak belirlenemediği hallerde birim/parça başına ücret ödemesi şeklinde de kararlaştırılabilir.[115]

1.3.5.1.2. Tasarla-Yap İnşaat Sözleşmeleri (Design and Build Contracts)

Geleneksel inşaat sözleşmelerinin alternatifi olarak kabul edilen tasarla-yap inşaat sözleşmelerinde, projenin tasarım ve inşa kısımları birlikte yürütülmekte olup, geleneksel sözleşmeden farklı olarak bu kısımlar birbirlerinden keskin çizgilerle ayrılmamaktadır. Bu sözleşme türünde iş sahibi, projenin tasarım ve inşa işlerini tek bir sözleşme ile tek bir yükleniciye vermekte, böylece yüklenici hem projeyi tasarlama hem de projeye göre inşaatı bitirme sorumluluğu altına girmektedir. Dolayısıyla da yüklenici, tasarım veya inşaat faaliyetlerinden kaynaklanan tüm eksiklik ve kusurların tek sorumlusu haline gelmektedir.[116]

Tasarla-yap inşaat sözleşmeleri, yükümlülüklerin büyük bir kısmı ile proje kontrolü ve risklerini yüklenicinin sorumluluğuna bırakan, mühendislik (Engineering), tedarik (Procurement) ve inşa (Construction) (kısaca EPC) kısımlarından oluşan anahtar teslimi projelerini de kapsamaktadır. Bu sözleşme tipi ile yüklenici, gerekli mühendislik ve tasarım faaliyetlerini yerine getirip, bu tasarımlarda belirtilen ekipman ve malzemeleri tedarik ederek, iş sahibi için kullanılmaya hazır bir tesis inşa etme yükümlülüğü altına girmektedir. EPC veya diğer adıyla anahtar teslimi

[113] Baker & Robottom & Lavers, s. 53-54.
[114] Nadar (2017), s. 12; Stiegler, s. 19.
[115] Stiegler, s. 19.
[116] Nadar (2017), s. 12; Baker & Robottom & Lavers, s. 54.

inşaat sözleşmelerinde yüklenici, üretim ve işlevsel şartları yerine getirmek kaydıyla projeyi istediği şekilde tasarlama hakkına sahiptir. Ancak söz konusu sözleşmelerle projedeki risklerin büyük bir kısmı iş sahibinden yükleniciye aktarılmakta ve böylece yüklenici adeta projenin tek sorumlusu haline gelmektedir.[117]

Tasarla-yap inşaat sözleşmelerinin geleneksel inşaat sözleşmelerine nazaran birçok avantaj ve dezavantajı bulunmaktadır. Gerçekten de tasarım ve inşa faaliyetlerinin aynı sözleşme kapsamında yüklenici tarafından yerine getirilecek olması, projenin tasarım ve inşasına ilişkin riskleri en aza indirdiği gibi, yüklenici projeyi tasarlarken bildiği yöntem ve sahip olduğu araçlara uygun bir tasarım geliştirebileceğinden proje daha uygun maliyetle ve hızlı bir şekilde tamamlanabilmektedir. Ayrıca, projede kullanılacak ürün ve hizmetler projenin başında müteahhit tarafından göz önünde bulundurularak tedarik edilebileceğinden, muhtemel tedarik süreleri de kısaltılabilmektedir.[118] Yine projede ortaya çıkan bir kusurun tasarımdan mı yoksa inşaatta ki bir hata veya eksiklikten mi kaynaklandığı ile kayıpların nerede ortaya çıktığının tespitinin zor olabileceği geleneksel metodun aksine, tasarla-yap inşaat sözleşmelerinde tüm sorumluluk yükleniciye ait olduğundan, projede meydana gelen hata ve kusurlar ile bunlardan kaynaklanan zararların sorumluluğunun tespiti için uzun süreli yargılamaların yapılmasına gerek duyulmamaktadır.[119]

Buna karşılık, söz konusu sözleşme türü müteahhidin sorumluluk ve risklerini artırdığından, iş sahibi muhtemelen daha yüksek bir ücret talebi ile karşı karşıya kalacaktır. Zira risk ve sorumlulukları artan yüklenici buna bağlı olarak iş sahibinden muhtemelen daha yüksek bir ücret talep edecektir. Ayrıca tasarım ve inşa faaliyetlerinden iş sahibinin dışlanmış olması, müteahhittin tasarım ve inşa faaliyetlerini yürütürken en yüksek oranda kar elde edebilmek için işin kalitesini düşürmesine de sebep olabilmektedir.[120]

Sonuç olarak tasarla-yap inşaat sözleşmeleri, geleneksel inşaat sözleşmeleri ile kıyaslandığında çok daha karmaşık sözleşmelerdir. Bu sebeple de sözleşme

[117] Nadar (2017), s. 12; Baker & Robottom & Lavers, s. 54.
[118] Stiegler, s. 20.
[119] Baker & Robottom & Lavers, s. 54.
[120] Stiegler, s. 20.

taraflarının tam olarak projenin teknik gereksinimleri ile risklerini kavramasını gerektirmektedir.[121]

1.3.5.1.3. İttifak Sözleşmeleri (Alliance Agreements)

İttifak sözleşmeleri özellikle Avusturalya ve Yeni Zelanda kamu sektöründe popülaritesi son yıllarda giderek artan bir tedarik metodu olarak karşımıza çıkmaktadır.[122] Geleneksel inşaat sözleşmeleri genellikle hata ve risk dağılımı etrafında yapılandırılmaktayken, ittifak sözleşmeleri bu geleneksel yaklaşıma karşı çıkarak teşvik temelli bir ilişki sunmaktadır. İttifak sözleşmelerinde iş sahibi, yüklenici ve tasarımcı olmak üzere tüm taraflar bir sözleşmeye dahil olarak, birlikte karar alma, risk paylaşımı ve finansal şeffaflık ilkeleri çerçevesinde entegre bir ekip oluşturup birlikte çalışarak anlaşmazlıkların önüne geçmeyi amaçlamaktadırlar. Bunun sonucu olarak proje, taraf temsilcilerinden oluşan ve projeyi kararlaştırılan hedef ve ilkelere uygun olarak yürütme yetkisine sahip müşterek bir kurul tarafından yürütülmektedir.[123]

İttifak sözleşmelerinde bir hedef inşaat maliyeti ve süresi bulunmaktadır. Taraflar projeyi birlikte yönettiklerinden kar ve zararı da birlikte paylaşırlar. Ancak, her ne kadar riskin paylaşıldığı söylense de nihai risk yine de iş sahibine ait olup, yüklenicinin kâr marjı ise performansına bağlı olarak değişmektedir.[124]

İttifak sözleşmelerinin bir diğer önemli özelliği de sözleşme taraflarının çoğu durumda kasıtlı davranışları ile ağır ihmallerinden kaynaklananlar dışındaki diğer tüm haklarından feragat etmiş olmalarıdır. Böylece tarafların birbirlerini suçlayıp, masraflı tazminat iddialarıyla zaman ve enerji kaybetmek yerine, daha verimli bir yaklaşım sergileyerek proje süresi boyunca ortaya çıkacak sorun ve risklerin üzerinden birlikte gelinmesi amaçlanmaktadır.[125]

[121] Stiegler, s. 21.
[122] Baker & Robottom & Lavers, s. 54.
[123] Stiegler, s. 22; Baker & Robottom & Lavers, s. 54.
[124] Stiegler, s. 22.
[125] Stiegler, s. 22.

Sonuç olarak ittifak sözleşmelerinde, tarafların rolleri ve sorumluluklarının açıkça belirlenmesi ile muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilerek projenin çok daha çabuk ve maliyet etkin bir şekilde tamamlanması amaçlanmaktadır.[126]

1.3.5.2. Ücret Türüne Göre İnşaat Sözleşmeleri

İnşaat tedarik metodu belirlendikten sonra, tarafların ücretin nasıl ödeneceği hususunu belirlemeleri gerekmektedir. Zira ücret türüne göre inşaat sözleşmeleri üçe ayrılmakta olup, bu durum iş sahibinin ödemesi gerekli toplam ücret ve ifa maliyetine yönelik risklerle doğrudan bağlantılıdır.[127]

Ödeme türüne göre inşaat işlerinde uygulanan başlıca 3 tür inşaat sözleşmesi bulunmakta olup, bunlar sabit fiyatlı/götürü usulü, birim/parça başı ve maliyet+kar inşaat sözleşmeleridir.

1.3.5.2.1. Sabit Fiyatlı/Götürü Usulü İnşaat Sözleşmeleri (Fixed-Price or Lump Sum Contracts)

Sabit fiyatlı inşaat sözleşmeleri kısaca, yüklenicinin sözleşmede belirlenen tüm sorumluluklarını eksiksiz olarak yerine getirmesi halinde, iş sahibi tarafından önceden belirlenen ücretin yükleniciye ödendiği sözleşme türü olarak tanımlanabilir.[128] Sabit fiyatlı inşaat sözleşmeleri iş sahibine fiyat konusunda bir kesinlik sağladığı için sektörde yaygın bir şekilde tercih edilmekle birlikte, uzun dönemli sözleşmelerde fiyat ayarlamasına ilişkin birtakım sorunlara sebep olabilmektedir.[129]

Sabit fiyatlı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, sözleşmede belirtilen tüm işi belirli bir meblağ karşılığında yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu sebeple de yüklenicinin tüm yükümlülüklerini tam ve eksiksiz olarak anlaması ve bunları ihale aşamasında fiyatlandırması gerekmektedir. Aksi takdirde ileride oluşacak maliyet artışlarından yüklenicinin kendisi sorumlu olacaktır. İhale aşamasında gerçekleşmesi muhtemel tüm risklerin tam olarak kestirilmesi mümkün olmadığından, sabit fiyatlı

[126] Stiegler, s. 22.
[127] Nadar (2017), s. 12.
[128] Nadar (2017), s. 13.
[129] Köksal (2009), s. 115.

inşaat sözleşmelerinde yüklenicilerin ihale fiyatlandırmasında önemli bir kâr payı eklemeleri gerekmektedir.[130]

Sabit fiyatlı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye ödenecek ücretin miktarı sözleşmede açıkça belirtilmiş olabileceği gibi, hesaplamaya ilişkin kriterlere yer verilmiş olması da yeterli kabul edilmektedir. Bu tip sözleşmelerde inşaat bedeli önceden sözleşmede belirlenmiş olduğu için inşaat maliyetlerine ilişkin riskler, örneğin kullanılacak malzemelerin fiyatlarında meydana gelecek ani yükselmeler veya inşaatın yapılacağı zeminin toprak yapısındaki elverişsizlikler sebebiyle maliyetlerde ortaya çıkabilecek artışlardan dolayı yüklenicinin ücret artırımı talep etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla da yüklenici, ifa maliyetleri ile bunun sonucunda oluşan kar veya zarardan tamamen sorumlu olacaktır.[131]

Sabit fiyatlı inşaat sözleşmeleri, iş sahibine yüksek bir maliyet kesinliği sağlaması sebebiyle lehine olduğu düşünülebilmekle birlikte, iş sahibinin eksiksiz bir ihale dokümanı hazırlamasını gerekli kılması sebebiyle çok daha büyük bir ihale maliyetine sebep olabilmektedir.[132]

1.3.5.2.2. Birim/Parça Başı İnşaat Sözleşmeleri (Re-measurement Contracts)

Birim/parça başı inşaat sözleşmelerinde, taraflarca belirlenen kriterler doğrultusunda her bir birim/parça için belirli bir fiyat üzerinden anlaşma yapılmakta ve sözleşmenin ifası sırasında, yüklenici tarafından tamamlanan iş, belirlenen birim bazında ölçülerek ödenecek ücret belirlenmektedir.[133]

Aynı sabit fiyatlı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, birim/parça başına inşaat sözleşmelerinde de birim bedeli taraflarca önceden kararlaştırıldığından, inşaat maliyetlerine ilişkin riskler yükleniciye ait olup, yüklenici, ifa maliyetleri ile bunun sonucunda oluşan kar veya zarardan tamamen sorumlu olacaktır. Buna karşılık, birim bazındaki risklerden iş sahibi sorumlu olmaya devam etmektedir.[134]

[130] Nadar (2017), s. 13.
[131] Nadar (2017), s. 12-13.
[132] Nadar (2017), s. 13.
[133] Nadar (2017), s. 13.
[134] Nadar (2017), s. 13.

1.3.5.2.3. Maliyet+Kâr İnşaat Sözleşmeleri (Cost-plus Contracts)

Maaliyet+kâr sözleşmeleri kısaca, işin maliyetinin üzerine sözleşmede belirlenen belli bir oranda kâr payı eklenerek yükleniciye ödeme yapılması gereken sözleşme türü olarak tanımlanabilir. Bu sözleşme türünde taraflar maliyete eklenecek kâr payını sözleşmede serbestçe belirlemekle birlikte, taraflarca kâr payının belirlenmemiş olması halinde ise tamamlayıcı hükümlere bakılması gerekmektedir. Örneğin 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde, sözleşmede kararlaştırılmış farklı bir oran yoksa maliyete eklenecek kâr payı %5 olarak belirlenmiştir.[135]

Maliyet+kâr inşaat sözleşmelerinde, diğer sözleşme türlerinden farklı olarak yüklenici, ifa maliyetlerinden asgari oranda sorumludur. Zira bu sözleşme türünde iş sahibi, inşaat maliyetlerine ilişkin risklerden sorumlu olup, yükleniciye sabit bir kar, yani maliyete artı olarak belirlenen/belirlenecek bir ücret ödemesi yapmaktadır.[136]

Maliyet+kâr inşaat sözleşmelerinde, maliyete ek olarak bir kâr ödemesi yapılacak olması, yani yüklenicinin kârının değişmeyecek olması, yükleniciye büyük bir esneklik sağlamaktadır. Zira bu durumda yüklenicinin, yükümlülüklerini tam ve eksiksiz olarak anlayarak, bunları ihale aşamasında fiyatlandırmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak söz konusu sözleşme türünün yükleniciye sağlamış olduğu bu esneklik, iş sahibi için daha fazla fiyat belirsizliği anlamına gelmektedir.[137]

Maliyet+kâr inşaat sözleşmelerine özellikle, işin kapsamının ihale aşamasında açık bir şekilde belirlenemediği veya iş sahibinin gereksinimlerini karşılamak için gereken emek, malzeme ve ekipman miktarının belirsiz olduğu durumlarda başvurulmaktadır. Ancak söz konusu sözleşmenin yönetimi oldukça yüksek maliyetli olup, yüklenici tarafından yapılan iş için harcanan zaman ve malzemenin tüm kayıtlarının eksiksiz olarak tutulması ve bunların doğrulanabilir nitelikte olması gerekmektedir.[138]

[135] FIDIC Kırmız Kitap (2017) madde 1.1.20.; FIDIC Sarı Kitap (2017) 1.1.20.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) 1.1.17.
[136] Köksal (2009), s. 115; Nadar (2017), s. 12-13.
[137] Nadar (2017), s. 13.
[138] Nadar (2017), s. 13.

1.3.5.3. Tip Sözleşmeler (Standard Form Contracts)

1.3.5.3.1. Genel Olarak

Küreselleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkmış olan tip sözleşmelere, hemen hemen tüm sektörlerde büyük bir rağbet bulunmaktadır. Tip sözleşmelerle sözleşmelerin hazırlanması sürecinde işlem maliyetlerinde ciddi oranda tasarruf sağlanabildiği gibi, daha net ve tutarlı hükümler içermeleri sebebiyle sözleşmelerdeki belirsizliklerden kaynaklanabilecek sorunlar da en aza indirilebilmektedir.[139] Gerçekten de her bir proje için ayrı ayrı müzakereler yürüterek sözleşme hükümlerinin belirlenmesinin zorluğu ve maliyeti göz önünde bulundurulduğunda, tip sözleşmelerin yıllar içinde giderek neden bu derece yaygınlaştığı çok net bir şekilde anlaşılabilmektedir.[140]

İnşaat sektörü özelinde değerlendirildiğindeyse, tip sözleşmelerin sektördeki kullanımının çok eskilere dayandığı görülmektedir. 19. yüzyılda tip sözleşmeler ilk kez yerel düzeydeki inşaat işlerinde kullanılmaya başlanmıştır. 1888 yılında "American Institute of Architects" (AIA) ilk tip sözleşmesini yayınlamıştır. Bunu 1903 yılında "Royal Institute of British Architects" (RIBA) tarafından yayınlanan tip sözleşmeler takip etmiştir. 1957 yılında ise uluslararası inşaat faaliyetlerinde kullanılmak için hazırlanan ilk tip sözleşme FIDIC tarafından yayınlanmıştır.[141]

Günümüzde, ulusal ve uluslararası inşaat projelerinde kullanılması için meslek birlikleri tarafından yayınlanmış çok sayıda tip sözleşme bulunmaktadır. Bu meslek birliklerinin başlıcaları ise;

- *Fédération Internationale des Ingéneiurs Conseils* (FIDIC),
- *Institute of Civil Engineers* (ICE),
- *Institute of Chemical Engineers* (IChemE),
- *Joint Contracts Tribunal* (JCT),
- *Engineering Advancement Association of Japan* (ENNA),
- *Civil Engineering Contractors Association* (CECA),
- *American Institute of Architects* (AIA),

[139] Nadar (2017), s. 14; Ataseven, s. 52.
[140] Rameezdeen & Rodrigo, s. 31.
[141] Nadar (2017), s. 14.

- *Design Build Institute of America* (DBIA)'dır.

Söz konusu birlikler tarafından hazırlanan tip sözleşmelerin hepsi proje risklerinin dağılımına ilişkin belirli bir felsefeyi yansıtmakta olup, projede meydana gelecek muhtemel değişiklikler, fesih, ödeme ve sözleşme yönetimi ile alakalı olarak en iyi uygulamalara ulaşmayı amaçlamaktadırlar. Bu kapsamda tip sözleşmelerde, farklı saha ve hava koşulları, ruhsat ve sorumluluklar göz önünde bulundurularak genel bir risk dağılımı yapılmakta, böylece tarafların performansları, organizasyon yapıları, süreler, teminatlar, sigorta, hatalar, ödeme ile ilgili sorumluluklar ve tarafların yükümlülükleri belirlenmektedir. Bu kapsamda yukarıda isimleri verilenler meslek birlikleri ile daha niceleri hem en iyi uygulama hem de yasal kavramlar açısından sektördeki gelişmelere ayak uydurabilmek için tip sözleşmelerini düzenli aralıklarla güncellemektedirler.[142]

1.3.5.3.2. Tip Sözleşmelerin Kullanılmasının Faydaları

Bir sözleşmenin tarafları arasında yaşanan uyuşmazlıkların temelinde çoğunlukla sözleşmelerde yer alan belirsiz hükümler yer almaktadır. İnşaat projelerinin giderek daha kompleks bir hal almaları ve her bir proje için özel sözleşme hükümlerinin hazırlanmasındaki güçlükler sebebiyle inşaat sözleşmelerinde tip sözleşmelerin kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır.[143]

İnşaat projelerinde tip sözleşmelerin kullanılmasının faydaları kısaca şu şekilde sıralanabilir;[144]

- Tip sözleşmeler çeşitli proje türleri ve müşteri gereksinimlerini karşılayabilecek niteliktedirler.

- Tip sözleşmeler endüstri uygulama ve geleneklerini bünyelerinde barındırırlar.

- Tip sözleşmeler uzun süredir kullanılmaları ve bu sebeple de test edilmiş olmaları nedeniyle kullanıcılara daha güvenli bir ortam vadetmektedirler.

---

[142] Nadar (2017), s. 15.
[143] Rameezdeen & Rodrigo, s. 31.
[144] Fabio Solimene, "Use of FIDIC Forms in the Oil and Gas Construction Sector and Possible Amendments to the Yellow and Silver Books", **Journal of World Energy Law and Business**, Sayı 7/6, 2014, s. 559; Rameezdeen & Rodrigo, s. 32; Nadar (2017), s. 14; Leeuwen, s. 316.

- Tip sözleşmeler taraflar arasında adil bir risk dağılımı sağlamayı hedeflemektedirler.

- Tip sözleşmeler rekabetçi bir ihale ortamında, gizli maliyet korkusu olmaksızın fiyatlandırma için tekdüze bir temel sağlamaktadırlar.

- Tip sözleşmeler kişiye özel sözleşme veya hükümler ihtiva etmediğinden, bunların yorumlanmasıyla ilgili olarak müteahhidin ek riskleri fiyatlandırması gerekmemekte, bu da ihale fiyatlarının daha düşük olmasına imkân tanımaktadırlar.

- Tip sözleşmeler, sözleşme müzakere sürelerini kısalttığından, müzakere işlem maliyetlerini azaltmaktadırlar.

- Tip sözleşmelerde yasalar ve içtihat hukuku ile sözleşmeyi oluşturan diğer belgeler ve taraflar arasındaki muhtemel anlaşmazlık konuları aynı anda göz önünde bulundurulduğundan, ileride taraflar arasında yaşanması muhtemel uyuşmazlıklar minimum düzeye inmektedir.

- Tip sözleşme hükümlerine olan aşinalık, taraflar arasındaki iletişimi ve sözleşme yönetiminin etkinliğini artırmaktadır.

Tip sözleşmelerin yukarıda sayılan faydalarından anlaşılabileceği üzere, inşaat sektöründe tip sözleşmelerin kullanılması taraflar bakımından son derece faydalıdır. Ancak, sözleşme taraflarının sıklıkla bir takım özel gereksinimlerini karşılamak ve risk dağılımının lehlerine olmasını istemeleri sebebiyle, sözleşme hükümlerinde birtakım değişiklikler yaptıkları da bilinmektedir. Bu kapsamda tip sözleşmelerde yapılan küçük değişikliklerin büyük oranda sözleşmelerin okunması ve anlaşılmasını, dolayısıyla da yorumlanmasını zorlaştırdığı ve taraflar arasında yaşanan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun da tip sözleşmelerin değiştirilen hükümler ile geri kalan hükümler arasındaki tutarsızlıklardan kaynaklandığı göz ardı edilmemelidir.[145] Örneğin, Sri Lanka ölçeğinde, hükümlerinde değişiklik yapılmış 281 tip sözleşme incelenmiş ve sonuç olarak iş bu değişikliklerin %60'ının sözleşmelerin okunmasını, doğal olarak da anlaşılması ve yorumlanmasını zorlaştırdığı tespit edilmiştir.[146]

[145] Rameezdeen & Rodrigo, s. 31-33; Joshi, s. 936.
[146] Rameezdeen & Rodrigo, s. 31.

1.3.5.4. İnşaat Proje Sözleşmesine Bağlı Yan Sözleşme Türleri

İnşaat projelerinde kullanılan tek sözleşme türü inşaat sözleşmeleri olmayıp, inşaat sözleşmelerinin yanı sıra danışmanlık ve proje yönetimi gibi bir takım başka sözleşmeler de kullanılmaktadır.

1.3.5.4.1. Danışmanlık Hizmet Sözleşmeleri (Consultancy Services Contracts)

Danışmanlık hizmet sözleşmesi, iş sahibi veya yükleniciye tasarım ve mühendislik konularında danışmanlık hizmeti sağlamak için kullanılan bir sözleşme tipidir. Bu kapsamda genellikle projenin erken aşamalarında mimar veya mühendis gibi profesyonellerce proje kapsamı, risk tespiti, ihale dokümanlarının hazırlanması ve diğer proje sorunları hakkında iş sahibine ve yükleniciye danışmanlık hizmetleri sunulmaktadır.[147]

Mimarlar geleneksel olarak proje tasarımcısı olmanın yanı sıra, iş sahibi temsilcisi konumunda da bulunabilirler. Mimarların görevleri arasında projenin yapılacağı alanın incelenerek değerlendirilmesi, tasarım geliştirme ve maliyet planlama gibi projenin yürütülmesine ilişkin konular ile proje risklerinin tespiti ve uygulanacak sözleşmenin türüne ilişkin iş sahibine danışmanlık yapmak, konsept tasarım ve şartnamenin hazırlanması, ihale dokümanlarının hazırlanması ve gelen teklifleri değerlendirerek iş sahibine tavsiyede bulunmak, yüklenici tarafından yapılan faaliyetlerinin denetlenmesi ve bazı durumlarda yüklenici tarafından yapılan işleri onaylamak yer almaktadır.[148]

1.3.5.4.2. Proje Yönetimi Sözleşmeleri (Project Management Contracts)

Kapsamlı ve uzun süreli inşaat projelerinde, iş sahibi ve yüklenicilerin her ikisi tarafından da inşaat faaliyetlerinin günlük işleyişine ve sözleşmenin yönetimi konularında yardımcı olması için proje yöneticileri atandığına sıklıkla

[147] Stiegler, s. 21.
[148] Stiegler, s. 24-25.

karşılaşılmaktadır. Bu sayede muhtemel riskler en aza indirilerek işin toplam maliyetinin düşürülmesi amaçlanmaktadır. Bu hizmet genellikle yukarıda belirtilen danışmanlık hizmet sözleşmeleriyle temin edilmekle birlikte, mühendislik, tedarik ve inşaat yönetimi (Engineering, Procurement and Construction Management (EPCM)) sözleşmeleri gibi daha karmaşık birtakım sözleşmelerle temin edilmesi de mümkündür. Proje yöneticileri genellikle mühendis ile metraj ve hesap uzmanları arasından seçilmekle birlikte, proje yöneticisi olarak aslında idari bir görevi yerine getirmektedirler.[149]

Proje yöneticisi atanması uygulamasının bir takım avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Bu kapsamda, söz konusu hizmetin risk olasılığını azaltarak toplam maliyetlerin düşürülmesine katkı sağlamasının yanı sıra, iş sahibinin tasarım üzerindeki kontrolünü artırdığı da kabul edilmektedir. Ancak söz konusu hizmet, iş sahibinin tasarım üzerindeki kontrolünü arttırdığı için, tasarım risklerin iş sahibi üzerinde kalmasına sebebiyet verebilmektedir. Sonuç olarak söz konusu hizmetin faydalı olabilmesi için projenin iyi anlaşılmış olması ve kapsamlı bir proje planlaması ile yönetiminin bulunması gerekmektedir.[150]

1.3.5.4.3. Yap-İşlet-Devret İnşaat Sözleşmeleri (YİD) (Build, Operate, Transfer Contracts (BOT))

Yap-işlet-devret inşaat sözleşmeleri (YİD), özel şirketlerin genellikle ücretli yol ve köprü gibi büyük altyapı projelerini üstlenerek gerçekleştirdiği kamu-özel sektör iştirak sözleşmeleri olup, bu sayede büyük altyapı projeleri kamu fonlarına başvurulmaksızın özel fonlar kullanılarak yerine getirilebilmektedir. Bu modelde özel şirket inşaat ve işletme faaliyetlerinin yanı sıra genellikle tasarım faaliyetlerinde de sorumlu kabul edildiğinden, iş bu sözleşmeler bir nevi EPC, yani anahtar teslim inşaat sözleşmesi niteliğindedirler.[151]

YİD projelerinde sözleşmede belirtilen süre boyunca projeyi yapan şirket/yüklenici kâr elde etmek için inşa edilen altyapıyı kullanan müşterilerden ücret

[149] Stiegler, s. 21-25.
[150] Stiegler, s. 21.
[151] Stiegler, s. 21; Gordon Smith, "The FIDIC EPC Conditions of Contract (The "Silver Book") – The Criticism", s. 2, <http://www.gordonsmithlegal.com.au/resources/FIDIC%20(Silver%20Book).pdf > Erişim Tarihi 14.11.2021.

talep etmektedir. Belirtilen sürenin sonunda ise şirket/yüklenici, projenin mülkiyetini bedelsiz olarak veya sözleşmede öngörülen bir bedel karşılığında kamuya devretmek zorundadır.[152]

YİD modelinde kamu sektörü işbirlikçisi, projenin tasarımı ve inşası için özel bir şirket ile birlikte çalışmaktadır. Her ne kadar bu modelde kamu fonlarından ziyade özel fonlar kullanılarak ilgili projenin yerine getirilmesi gerekse de kamu tarafından projede kullanılmak üzere bir miktar finansman sağlanabileceği gibi, vergi muafiyeti şeklinde birtakım ayrıcalıklar da tanınabilir. Ancak bu durumda dahi proje ile ilgili risklerin yanı sıra projenin planlanması, inşası, işletmesi ve bakımı belirli bir süre boyunca özel sektör işbirlikçisi tarafından üstlenilmektedir.[153]

YİD modeli başta gelişmekte olan ülkeler tarafından tercih edilmekte olup, böylece yol, köprü, enerji santrali, tren yolu gibi yüksek maliyetli projelerde kısıtlı kamu kaynakları yerine özel fonlar kullanılarak inşa edilmekte ve ayrıca finansal ve ticari riskler de yatırımcılar üzerinde bırakılmaktadır.[154]

1.3.6. İnşaat Sözleşmelerinde Güvence (Teminat)

1.3.6.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, inşaat sektörü diğer sektörler ile kıyaslandığında bünyelerinde çok daha fazla risk ve belirsizlikler barındırmaktadır. Bu risk ve belirsizliklerin bir nebze de olsa güvence altına alınabilmesi için, inşaat sözleşmelerinde sıklıkla kefalet ve garanti hükümlerine başvurulmaktadır.

Kefalet ve garanti uygulamalarına sıklıkla iş sahibi tarafından başvurulmaktadır. Böylece iş sahibi, yüklenicinin performansından emin olabildiği gibi, faaliyetlerine başlaması ya da yüksek fiyatlı bileşen ve malzemeleri temin edebilmesi için yükleniciye yapmış olduğu peşin ödemeleri de güvence altına alabilmektedir. Ayrıca projenin devamı sırasında iş sahibi tarafından yüklenicinin alıkonulan paralarının vadelerinden önce serbest bırakılması için de iş sahipleri tarafından sıklıkla güvence talep edilebilmektedir. Yükleniciler de ödeme gücü

[152] Stiegler, s. 22; Smith, s. 2.
[153] Stiegler, s. 21.
[154] Smith, s. 2.

konusunda şüphe duydukları iş sahipleri ile siyasi olarak istikrarsız bölgelerde yapılacak projeler için iş sahiplerinden güvence talep etmelerine de uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Böylece yükleniciler, sözleşme kapsamındaki alacaklarını garanti altına almış olmaktadırlar.[155]

1.3.6.2. Güvence Şekilleri

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde genellikle başvurulan iki farklı güvence türü bulunmakta olup, bunlar şart ve sonuçları itibariyle birbirlerinden farklılar ihtiva etmektedirler. Bu kapsamda verilen güvence, sözleşmede belirtilen bir olayın meydana gelmesi ya da belirli belgelerin sunulması halinde güvenceyi veren tarafın belirli bir miktar para ödemesini zorunlu kılacak şekilde asli nitelikte bir güvence olabileceği gibi, üçüncü bir tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da sözleşme kapsamında üçüncü bir tarafça yapılması gerekli bir ödemenin yapılmaması halinde güvenceyi veren tarafın sorumluluğuna yol açan feri nitelikte bir güvence de olabilir. Asli nitelikteki güvencelerde ilgili belgelerin güvence verene tevdi edilmesiyle birlikte güvence bedelinin ödenmesi gerekmekteyken, feri nitelikteki güvencelerin ödenebilmesi için inşaat sözleşmesinin ihlal edildiğinin ispatlanması gerekmektedir.[156]

Güvence uygulamalarına ilişkin olarak inşaat sözleşmelerinde kullanılan terminolojide ne yazık ki tam bir tutarlılık bulunmamaktadır. Bu durum sözleşmede yer alan güvencelerin asli mi yoksa feri nitelikte mi olduğu konusunda bir takım kafa karışıklıklarına sebep olabilmektedir. Burada önemli olan husus, sözleşmede kullanılan terimlerden ziyade hükmün nasıl düzenlendiğine bakılarak, tarafların gerçek iradelerinin ne olduğunun tespitidir. Sözleşme bir bütün olarak taraf iradelerine uygun bir şekilde yorumlanarak, söz konusu güvencenin niteliği belirlenmelidir.[157]

"*Vossloh Aktiengesellschaft v. Alpha Trains (UK) Limited*" kararında güvence sözleşmelerinin özensiz terminoloji kullanılmasına bağlı olarak altüst olmuş bir hukuk alanı olduğu belirtilerek, mahkemelerin sözleşme hükümlerin bir bütün olarak

[155] Christopher Harris & Jane Davies Evans, "Bonds and Guarantees", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 27.
[156] Harris & Evans, s. 27-28.
[157] Harris & Evans, s. 28.

herhangi bir önyargı olmaksızın yorumlaması gerektiği ifade edilmiştir.[158] Yargıtay'da vermiş olduğu kararlarında, teminat mektuplarının asıl olarak garanti niteliğinde olmakla birlikte, ihtiva ettikleri farklı hükümler sebebiyle kefalet olarak nitelendirilmelerinin de mümkün olduğu belirtilmektedir.[159]

1.3.6.2.1. Asli Nitelikteki Güvenceler

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla asli nitelikteki güvenceler kullanılmaktadır. Bu tip güvencelere ilişkin sözleşmelerde genellikle hangi belgelerin garantöre sunulması halinde ödeme yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmekte olup, bunlar duruma göre değişiklik göstermektedir. Hak sahipleri çoğunlukla basit bir talep veya iş sahibi tarafından düzenlenmiş bir belge gibi en zahmetsiz yolla güvenceyi elde etmek istemesine rağmen, yükleniciler, genellikle bir üçüncü kişi tarafından sağlanmış ek bir güvence talep etme eğilimindedirler. Ancak, iş sahibinin, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğine dair usulüne uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunması genellikle taraflarca yeterli kabul edilmektedir. Bu kapsamda hak sahibi tarafından tek yapılması gereken, güvence şartlarına uygun olarak gerekli belgeleri garantöre sunarak talepte bulunmaktır. Ancak yine de güvencenin teminine yönelik şartlar, tarafların pazarlık pozisyonları ile garanti veren tarafın kabul etmeye hazır olduğu şartlara bağlı olarak değişebileceği unutulmamalıdır.[160]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, güvencenin teminine ilişkin olarak ödeme talebinin yanı sıra, ödeme için birtakım belgelerin talebe ekli olarak sunulması hususu taraflarca sıklıkça kararlaştırılmaktadır. Bu kapsamda sözleşme müzakerelerinin bir parçası olan proforma faturanın yanı sıra, yüklenicinin yükümlülüklerini ihlal ettiğine dair mühendis veya FIDIC sözleşmelerinde öngörülen DAAB gibi üçüncü bir kişi veya kurul tarafından düzenlenmiş belge ya da bir tahkim kararının ödeme talebine ekli olarak sunulması gibi bir takım ek koşullara uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır.[161]

---

[158] Vossloh Aktiengesellschaft v. Alpha Trains (UK) Limited [2010] EWHC 2443 (Ch) paragraf 20.
[159] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 13.12.1967 Tarih ve 1966/16 E., 1997/7 K.; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 11.06.1969 Tarih ve 1969/4 E., 1996/6 K.
[160] Harris & Evans, s. 28-29.
[161] Harris & Evans, s. 29.

Teorik olarak garantöre ödeme için bir talep gelmesi halinde, talep ve ekli belgelerin sözleşmede belirtilen şartlara uygun olup olmadığı kontrol edildikten sonra, herhangi bir eksiklik bulunmuyorsa ödemenin yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda güvenceyi veren tarafın, yüklenicinin ilgili inşaat sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal edip etmediğine bakmaksızın, vadesi gelmiş ödemeyi yapması gerekmektedir.[162]

Örneğin *"Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd."* davasında açıkça, kesin teminatın akreditif ile benzer bir yapıya sahip olduğu vurgulanarak, kesin teminat veren bir bankanın garanti şartlarına uygun olarak bunu yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle banka, yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki ile ilgilenemeyeceği gibi, yüklenicinin temerrüde düşüp düşmediği konusunu da araştıramayacaktır. Banka aksi kararlaştırılmadıkça, talep edilmesi halinde herhangi bir kanıt aramaksızın teminatına göre ödeme yapmak zorundadır. Bunun tek istisnası, bankanın olağan bir inceleme sonucu fark edebileceği açık bir sahtecilik vakasının varlığıdır.[163]

Uygulamada garantör banka ile yüklenici ya da duruma göre karşı garantör arasındaki ilişkiye bağlı olarak, banka kendisine bir ödeme talebi geldiğinde ödeme yapmadan önce yüklenici ya da karşı garantöre bildirimde bulunabilmektedir. Bankalar genellikle ödemenin yapılmaması gerektiği konusunda şüpheye düştüklerinde ya da yükleniciye doğrudan ödeme yapma imkânı vererek temerrüde düşmesini önlemek istediklerinde bu yola başvurmaktadırlar.[164]

Yüklenici, iş sahibinin ödeme talebinde bulunmasından korkması ya da bankanın iş sahibinin talepte bulunduğuna dair bildirimde bulunması halinde ancak mahkeme kararı ile ödemeyi engelleyebilir. Uygulamada bankanın ödeme yapmasını engellenmek için genellikle mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı talep edilmektedir. Bu kapsamda mahkemelerden, iş sahibinin ödeme talebinde bulunmaması, iş sahibinin yapmış olduğu ödeme talebini geri çekmesi, talebe rağmen bankanın ödeme yapmaması ya da banka veya iş sahibinin güvenceyi yükleniciye iade etmesine yönelik taleplerde bulunulabilir.

[162] Harris & Evans, s. 29.
[163] Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank International Ltd [1978] QB 159 paragraf 171.
[164] Harris & Evans, s. 30.

Konuyla ilgili olarak İngiliz Mahkemeleri genellikle sahtecilik ile ilgili açık bir delil bulunmadıkça söz konusu taleplerinin reddine yönelik bir yaklaşım benimsemekteydiler. Ancak son yıllarda bu yaklaşımın hem İngiliz hem de diğer ülke mahkemeleri tarafından bir nebze de olsa esnetildiği gözlenmektedir.[165] Gerçekten de "*Simon Carves Limited v. Ensus UK Limited*" kararında, ihtiyati tedbir kararı için tek sebebin sahtecilik olmadığı, esas sözleşme kapsamında hak sahibinin talepte bulunmasına ilişkin bir engellin bulunması halinde de mahkeme tarafından ödeme talebinin engellenebileceği belirtilerek, taraflar arasındaki güvence sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespiti ile iş sahibinin ödeme talebinde bulunmaktan men edilmesine karar verilmiştir.[166] Benzer şekilde *"Doosan Babcock v. Mabe"* kararında da mahkeme, iş sahibinin esas sözleşmeyi ihlal ettiğini belirterek, ödeme talebinin yerine getirilmesini engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı vermiştir.[167]

Ülkemiz açısından konu irdelenecek olursa iki farklı İstinaf Mahkemesi kararı özellikle dikkati çekmektedir. İlkinde davacı yüklenici davalı idareye 406.946,89 Euro bedelli kesin teminat mektubu verdiğini, kendisinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen hakkedişlerinin ödenmediği gibi süre uzatım talepleri konusunda da davalı idare ile uyuşmazlığa düştüklerini, 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap kapsamında iki ayrı Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararı ile taleplerinin haklı olduğu, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi ifa ettiği ve davalı idarenin 1.112.704,52 Euro ödemesine karar verildiği halde davalı idarenin söz konusu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararlarını yok sayarak yerine getirmediği gibi tahkime de başvurmadığını, davalı tarafın teminat mektubunu haksız olarak paraya çevirmesi halinde telafisi mümkün olmayan zararlara uğrayacağını belirterek ihtiyati tedbir talebiyle birlikte teminat mektubunun iadesini talep etmiş, ilk derece Mahkemesi tarafından FIDIC Sözleşmesinin Genel Hükümler kısmının 20/6. maddesi gereğince Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararlarının kesin ve bağlayıcı olmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların nihai olarak uluslararası tahkim ile çözümlenmesi gerektiğinden davanın usulden reddine karar verilmiş, iş bu karar İstinaf Mahkemesi tarafından da onanmıştır.[168]

---

[165] Harris & Evans, s. 30.
[166] Simon Carves Limited v. Ensus UK Limited [2011] EWHC 657 TCC, paraf. 37.
[167] Doosan Babcock Limited (Doosan Babcock Energy Limited) v. Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada (Mabe Chile Limitada) [2013] EWHC 3201 TCC.
[168] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi 22.06.2017 tarih ve 2017/211 E., 2017/313 K.

Diğer kararda ise davacı yüklenici, davalı idare ile yapmış oldukları sözleşme kapsamında iki adet teminat mektubu verdiklerini, aralarındaki itilaf çözülene kadar tahsilatlarının durdurulmasına yönelik teminatsız olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiş olup, ilk derece Mahkemesi tarafından talebin yargılamayı gerektirir olması nedeniyle reddine karar verilmiştir. İstinaf Mahkemesi tarafından davacı tarafın sunmuş olduğu bilgi ve belgelerin talebin haklılığını yaklaşık olarak ispatına yarayan ölçü ve nitelikte olmadığı ve ayrıca teminat mektuplarının tahsilatlarının iadesi veya tahsilatına ilişkin sözleşme hükümlerinin dosya kapsamıyla değerlendirmeye muhtaç olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.[169]

1.3.6.2.2. Feri Nitelikteki Güvenceler

Asli nitelikteki güvencelerin aksine daha külfetli bir süreç gerektirmeleri sebebiyle feri nitelikteki güvenceler uluslararası inşaat sözleşmelerinde daha az tercih edilmektedirler. Zira asli nitelikteki güvencelerin aksine feri nitelikteki güvencelerle ilgili olarak talepte bulunabilmek için, talep edenin öncelikle karşı tarafın inşaat sözleşmesi kapsamında ki yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve bu sebeple de zarara uğrandığının ispatlaması gerekmektedir. Bu bakımdan feri nitelikteki bir güvence ile ilgili olarak talepte bulunmak ile bizzat karşı taraf aleyhine dava açmak arasında pek bir fark bulunmamaktadır. Zira karşı tarafın inşaat sözleşmesi kapsamında ki sorumluklarını yerine getirmediğinin ispatı için ayrıntılı bir soruşturma yapılması gerekmekte olup, bu durum tahkim veya dava yoluna başvurulmasını dahi gerektirebilmektedir.[170]

Feri nitelikteki güvencelere ilişkin sözleşmeler ve bu kapsamda kefalet sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinden bağımsız olmayıp, birlikte değerlendirilmeleri gerekmektedir. İş sahibinin kefalet sözleşmesi kapsamında bir talepte bulunması halinde kefil, yüklenicinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tüm defi ve itirazları ileri sürme hak ve yetkisine sahiptir. Buna ek olarak, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça kefalet sözleşmesinin kendisi de kefile bir takım ek güvenceler sağlamaktadır. Bu kapsamda, kefilin rızası hilafında aleyhine inşaat sözleşmesinin

[169] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi 23.10.2018 tarih ve 2018/1827 E., 2018/1351 K.
[170] Harris & Evans, s. 31.

koşullarında birtakım değişlikler yapılmışsa ya da iş sahibi tarafından yükleniciye ek bir süre verilmişse kefil sorumluluktan kurtulabilecektir.[171]

Sonuç olarak, yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılabildiği üzere, feri nitelikteki bir güvencenin tahsili, talep eden bakımından asli nitelikteki güvencelere nazaran daha zahmetli olduğu gibi daha uzun bir süreci de gerektirmektedir.

1.3.6.3. Güvencenin Temini

İnşaat sektöründe güvence hizmetleri grup şirketleri, bankalar ve uzman kefalet ve sigorta şirketleri tarafından sunulmaktadır. Bu kapsamda yüklenicinin bağlı olduğu ana şirket veya başka bir grup şirketinden güvence temini en hesaplı seçenek olarak karşımıza çıkmaktayken, özel güvence ve risk şirketlerinin sunmuş olduğu güvence hizmetleri en masraflı seçenektir. Zira, ana şirket ile grup şirketlerinden temin edilen güvenceler hariç olmak üzere, güvence temini için yüklenicinin bir bedel ödemesi gerekmektedir. Buna ek olarak, güvencenin süresinin veya miktarının her yükseltilmek istenilmesinde de ek bir ücret ödenmesi gerekmektedir.[172]

Birçok yüklenici yukarıda belirtilen masrafları en aza indirmek için bankalar ile güvence temini de dahil birçok ticari banka hizmetinin sunulduğu kolaylık anlaşmaları imzalamaktadırlar. Buna alternatif olarak yükleniciler, bankalar veya ticari tahvil ve teminat sağlayıcıları ile proje bazlı bir anlaşma da yapabilirler. Ancak, bu seçenek birincisine nazaran yüklenici için daha masraflı olacaktır. Her iki durumda da yüklenici, inşaat sözleşmesi kapsamında kendisine ödenecek tüm meblağların, güvenceyi veren bankada bulunan belirli bir hesaba ödenmesini taahhüt etmek zorunda kalacaktır. Buna ek olarak yüklenici, güvence miktarı kadar teminat göstermekle de yükümlüdür.[173]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kolaylık anlaşmaları kapsamında güvence temini, ekonomik olarak yükleniciler bakımından çok daha avantajlıdır. Ancak, bu kapsamda temin edilen güvence hakkında bankaya ödeme talebinde bulunulmasının sonuçları yüklenici bakımından çok daha yıkıcı olabilmektedir. Zira, kolaylık anlaşmalarının çoğunda temerrüt kaydı yer almakta olup, bu kapsamda bankaya

[171] Harris & Evans, s. 32.
[172] Harris & Evans, s. 32-33.
[173] Harris & Evans, s. 33.

yapılan ödeme talebi yüklenicinin temerrüde düşmesine sebep olabilmektedir. Yüklenici, talep edilen güvence miktarını derhal bankaya ödeyebilirse temerrüde düşmekten kurtulacak, aksi takdirde temerrüde düşecektir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde ise banka, güvencenin verildiği inşaat sözleşmesiyle ilgili olsun ya da olmasın, yükleniciye tahsis edilmiş tüm kredi, kredi limitleri ve güvenceleri de geri çağırma hakkına sahip olacaktır. Dahası, son yıllarda yapılan kolaylık anlaşmalarında çapraz temerrüt kaydına giderek daha fazla yer verilmektedir. Buna göre, bir kolaylık anlaşması kapsamında yüklenicinin temerrütte düşmesi, başka bankalarla yapılan kolaylık anlaşmaları da dahil olmak üzere diğer kolaylık anlaşmaları kapsamında da temerrüde düşmesine yol açmaktadır. Bu gibi durumlarda, asli nitelikteki bir güvencenin ödenmesi için bankaya başvurulması, yüklenicinin ticari hayatının sona ermesine dahi neden olabilmektedir.[174]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde genellikle iş sahibinin ülkesinde bir bankadan temin edilecek asli nitelikteki güvenceler kullanılmaktadır. Böylece iş sahibi, başka bir ülke bankasında ödeme talebinde bulunmak veya yükleniciye karşı yabancı bir ülkede dava açmak zorunda olmaksızın kendi ülkesinde hızlı bir şekilde parasını kurtarabilmektedir.[175]

1.3.6.4. Uluslararası İnşaat Projelerinde Kullanılan Güvence Türleri

Uluslararası büyük inşaat projelerinde birçok güvence türü kullanılmakta olup, bu kapsamda uluslararası inşaat sözleşmelerinde en sık başvurulan güvence türleri aşağıda kısaca açıklanmıştır.

1.3.6.4.1. İhale Teminatı ya da Geçici Teminatlar

Uluslararası büyük inşaat projelerinde yüklenici genellikle bir ihale ile belirlenmekte olup, bunun için büyük zaman ve para harcaması yapılmaktadır. Ancak, müstakbel yüklenicinin sözleşmeyi imzalamadan önce teklifini geri çekmesi, sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi ya da kesin teminat mektubunu temin

[174] Harris & Evans, s. 33-34.
[175] Harris & Evans, s. 33.

edememesi gibi hallerde yeni bir ihale sürecinin başlatılması gerekmektedir. Bu da projede önemli gecikmelere ve ek masraflara sebebiyet vermektedir. İşte bu gibi durumların önüne geçilebilmesi için ihaleye katılmak isteyenlere, belirli bir miktar ihale teminatını nakden yatırmaları ya da bir geçici teminat mektubu sunmaları şart koşulmaktadır. [176]

İhaleyi kazanan tarafın kesin teminatı yatıramaması, kesin teminat mektubunu sunamaması ya da sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi halinde, kazanan tarafça daha önceden yatırılan ihale teminatına el konulmakta ya da geçici teminat mektubu paraya çevrilmektedir. Böylece ihalenin yenilenmesinden kaynaklı zararlar giderilebilmektedir. Söz konusu güvence, katılımcı seçilemezse ya da ihaleyi kazanıp kesin teminat mektubunu sunduğunda serbest bırakılmaktadır.[177]

1.3.6.4.2. Avans Teminatı

Birçok inşaat projesinde, gerekli malzemelerin satın alabilmesi ve projeyle ilgili diğer gerekli işlemlerin yapabilmesi için, yükleniciye, iş sahibi tarafından acil finansman niteliğinde bir peşin ödeme yapılmaktadır. Ancak, yüklenicinin iflas etmesi ya da sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, ödenen iş bu avansın geri alınabilmesi için, iş sahibi tarafından bir güvence talep edilmekte olup, buna avans teminatı adı verilmektedir.[178] Avans teminatının, kesin teminat kapsamına alınması, yani iki teminat türünün tek bir poliçeye dahil edilmesi de mümkündür.[179] Böylece yüklenici, birden fazla güvenceyi tek bir teminat ile yerine getirmiş olmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılabildiği üzere, avans teminatının amacı, iş sahibi tarafından yükleniciye verilen avansların güvence altına alınmasıdır. Genellikle taraflar arasında imzalanan anlaşmalarda avansların hangi durumlarda geri ödeneceği kararlaştırılmaktadır. İş bu şartların gerçekleşmesi halinde teminat veren bankanın teminat kapsamında iş sahibine gerekli ödemeyi yapması gerekmektedir.[180]

[176] Harris & Evans, s. 35.
[177] Köksal (2009), s. 30; Harris & Evans, s. 35.
[178] Harris & Evans, s. 35.
[179] Köksal (2009), s. 116.
[180] Köksal (2009), s. 31.

1.3.6.4.3. Kesin Teminat (Performance Security)

Kesin teminatın amacı, yüklenicinin inşaat sözleşmesi kapsamında ki yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, iş sahibinin bundan kaynaklı zararlarının telafi edilmesidir. Bu kapsamda örneğin FIDIC sözleşmelerinde, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesini güvence altına alabilmek için, sözleşmede belirtilen miktar ve para birimine göre bir kesin teminatın sunulmasını şart koşulmaktadır.[181] Zira yüklenicinin inşaat sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde iş sahibi, gecikme ve de ikame işleri yeniden sipariş etmek zorunda kalacak ve bu sebeple de hatırı sayılır miktarda zarara uğrayacaktır. İşte bu kapsamda kesin teminat mektubunu düzenleyen kurum ya da kuruluş, iş sahibinin uğramış olduğu iş bu zararı telafi etmek için, kendisine bir miktar para ödemesi yapmayı taahhüt etmektedir.[182] Söz konusu güvencenin iş sahibi bakımından önemi dikkate alındığında, sözleşmede bu yönde kasıtlı ya da bir hata sonucu boş bırakılması pek mümkün olmamakla birlikte, sözleşmede herhangi bir miktarın belirtilmemesi halinde, yüklenicinin herhangi bir güvence sunmasına gerek bulunmamaktadır.[183]

FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'a göre yüklenicinin, kabul yazısını aldıktan sonra ki, Gümüş Kitap'a göre ise her iki tarafın da sözleşmeyi imzalamasından sonra ki 28 günlük süre içerisinde kesin teminatı iş sahibine sunması gerekmektedir. Kesin teminat mektubunun kural olarak iş sahibinin onay vereceği bir ülkede ki bir tüzel kişilik tarafından düzenlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu teminatın, kesin kabul belgesini (*performance certificate*) temin edip, inşaat alanı terk edilinceye kadar geçerli ve uygulanabilir nitelikte olması da gerekmektedir. Ancak, güvencede bir geçerlilik tarihi yer alıyor ve yüklenici de bu tarihin sona ermesinden 28 gün öncesine kadar kesin kabul belgesini almaya hak kazanamamış ise, yüklenicinin teminatın geçerliliğini kesin kabul belgesini alana ve inşaat alanını terk edene kadar uzatması gerekmektedir. İşin devamı sırasında FIDIC sözleşmelerinin 13. maddesi kapsamında yapılan değişiklik ve düzeltme talimatları neticesinde sözleşmede

[181] FIDIC Kırmız Kitap (2017) madde 4.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) 4.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) 4.2.
[182] Köksal (2009), s. 116; Harris & Evans, s. 35.
[183] Godwin, s. 46.

belirlenen tutarın %20 artması ya da azalması halinde güvence bedelinde bu oranda bir artış ya da azalış yapılması gerekmektedir.[184]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında iş sahibi her durumda değil, ancak belirli durumlarda kesin teminat mektubu kapsamında kendisine ödeme yapılmasını talep edebilir. Buna göre, yukarıda belirtilen sebeplerle yüklenicinin teminatın geçerliliğini uzatması gerekmesine rağmen uzatamaması, yüklenicinin 3.7. ile 21. madde kapsamında anlaşılan/belirlenen ya da hükmedilen parayı 42 günlük süre içerisinde iş sahibine ödememesi, yüklenicinin 15.1. madde kapsamında kendisine yapılan ihtarata rağmen süresi içerisinde belirtilen hatayı gidermemesi/gideremmemesi, fesih bildirimi yapılmış olsun ya da olmasın, iş sahibinin 15.2. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu durumlarda ve son olarak da yüklenicin 11.5. madde kapsamında kusurlu ve hatalı tesisleri inşaat sahasından kaldırmasına rağmen, süresi içerisinde bu tesisleri tamir edip tekrardan sahaya getirmemesi ve bunları yeniden yerleştirip test etmemesi hallerinde, iş sahibi, yüklenici tarafından sunulan kesin teminat mektubu kapsamında zararlarının giderilmesini isteyebilir.[185]

İş sahibinin, kesin kabul belgesini düzenlendikten ve yüklenici inşaat alanını 11.11. maddeye uygun olarak boşalttıktan 21 gün sonra, 15.5., 16.2., 18.5. ve 18.6. maddeler kapsamında sözleşmenin feshedilmesi halinde ise derhal kesin teminat mektubunu yükleniciye iade etmesi gerekmektedir.[186]

1.3.6.4.4. Ana Şirket Garantisi (Parent Company Guarantee)

Ana şirket, bir şirketi hisselerinin tamamına ya da çoğunluğuna sahip olması sebebiyle yöneten ve denetleyen şirket olarak tanımlanabilir.[187] Bu kapsamda da ana veya grup şirket garantisine özellikle, yüklenicinin belirli bir projeyi yerine getirmek için iş sahibinin bulunduğu ülkenin yargı alanı içerisinde bir iştirak olarak kurulmuş olduğu uluslararası sözleşmeler kapsamında başvurulmaktadır. İş bu iştirak spesifik

[184] FIDIC Kırmız Kitap (2017) madde 4.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) 4.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) 4.2.1.
[185] FIDIC Kırmız Kitap (2017) madde 4.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) 4.2.2; FIDIC Gümüş Kitap (2017) 4.2.2.
[186] FIDIC Kırmız Kitap (2017) madde 4.2.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) 4.2.3; FIDIC Gümüş Kitap (2017) 4.2.3.
[187] Nazmiye Çalgin, "İnşaat Sektöründe Sorun Yelpazesi ve Sorun Yelpazesinde Bir Seçki [Ana Şirket Garantisi], **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017 (2017), s. 153.

bir proje için kurulduğundan muhtemelen iş sahibinin olası zararlarını karşılayabilecek bir malvarlığına da sahip olmayacaktır. İşte bu gibi durumlarda mali bakımdan yükleniciye nazaran daha iyi bir konumda bulunan ana şirket veya bir grup şirketi tarafından, yüklenicinin yükümlülükleri garanti edilerek söz konusu olumsuz durum bertaraf edilmeye çalışılmaktadır.[188]

Bu tarz bir garantinin değeri, garantiyi veren grup şirketinin kredibilitesine bağlıdır. Bu sebeple garantinin, maddi varlıkları elinde tutan ve tutmaya da devam edecek olan bir grup şirketi tarafından sağlanmış olması son derece önemlidir.[189]

1.3.6.4.5. Alıkoyma Garantisi

Yüklenicinin eksik ya da kusurlu olarak yapmış olduğu işlerinin düzeltilmesi için, inşaat sözleşmelerinde ödenecek sözleşme bedelinin belirli bir yüzdesi (genellikle %5) yüklenicinin sorumluluk süresi boyunca iş sahibi tarafından alıkonulabilmektedir. Bu kapsamda alıkonulan paranın genellikle %50'si inşaatın tamamlanması ile birlikte serbest bırakılırken, geri kalan %50 ise yüklenicinin kusur sorumluluğunun sona ermesi ile birlikte yükleniciye geri ödenmektedir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, uygulamada yüklenici tarafından asli nitelikte bir teminat sunulması halinde, alıkonulan paralar erkenden de serbest bırakılabilmektedir. Böylece iş sahibinin riski artmazken, yüklenici için daha iyi bir para akışı sağlanmış olmaktadır.[190]

1.3.6.4.6. Ödeme Garantisi

İş sahibinin mali durumu ile ilgili birtakım endişelerin bulunması halinde, yüklenici tarafından iş sahibinden sözleşme bedelinin belirli bir yüzdesini kapsayacak bir ödeme teminatı sunması istenilebilir. Böylece yapılacak ödemeler konusunda yükleniciye yeterli bir güvence sağlanmış olmaktadır.[191]

[188] Harris & Evans, s. 36; Çalgin (2017), s. 156-158.
[189] Harris & Evans, s. 36.
[190] Harris & Evans, s. 36.
[191] Harris & Evans, s. 36.

1.3.6.5. İnşaat Sözleşmelerinde Kullanılan Teminatlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü

Daha önce de ifade edildiği üzere, uluslararası inşaat sözleşmelerinde, ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözülebilmesi için bir takım uyuşmazlık çözüm yöntemleri belirlenmektedir. Bu kapsamda taraflarca en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemi şüphesiz tahkimdir. Ancak, birden fazla taraf ve alt sözleşmenin yer aldığı bir uluslararası inşaat projesi kapsamındaki tüm muhtemel uyuşmazlıklarla ilgili genel bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının belirlenmesi ne yazık ki mümkün değildir. Örneğin, bir inşaat projesine teminat sözleşmesi ile dahil olan bir banka ile yaşanan sorunların tahkimden ziyade yerel mahkemeler aracılığıyla çözülmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlar proje kapsamında birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir.[192]

Yukarıda da açıklandığı üzere, feri nitelikteki bir teminat ile ilgili olarak iş sahibinin bir talepte bulunması halinde, sanki yüklenici aleyhine dava açmış gibi, yüklenicinin inşaat sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği ve bu sebeple de zarara uğradığını ispatlaması gerekmektedir. Bu kapsamda teminat sözleşmesinde açıkça aksi yönde bir hüküm yer almıyorsa, iş sahibi ve yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinde belirtilen uyuşmazlık çözüm prosedürleri kapsamında elde edilecek kararlar, kefil olan bankayı bağlamayacağı için konunun yeniden ele alınmasını gerekecektir. Bu gibi durumlarda iki farklı prosedür kapsamında iki farklı değerlendirmenin yapılacak olması, birbirleriyle taban tabana zıt iki farklı kararın çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. İleride değinileceği üzere, bu tarz çelişkili kararların önlenmesi için iş bu iki prosedürün birleştirilmesi mümkün olsa da bu göründüğü kadar kolay bir yol değildir. Zira, bu gibi durumlarda birbirleri ile çelişen tahkim ve yargı yetkisi hükümlerinin bulunması kuvvetle muhtemel olacağından, tüm tarafların rızası olmaksızın prosedürlerin birleştirilmesi pek mümkün olmayabilir.[193]

Söz konusu olumsuz durum asli nitelikteki teminatlar için pek geçerli değildir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, asli nitelikli teminatlar esas inşaat

[192] Harris & Evans, s. 36-37.
[193] Harris & Evans, s. 37.

sözleşmesinden bağımsız oldukları gibi gerekli belgelerin sunulması halinde güvenceyi veren tarafın ilgili ödemeyi yapması da gerekmektedir.[194]

Teminatın bir mahkeme tarafından bloke edilmesi veya iş sahibinin başka bir nedenden ötürü teminatın iadesini reddetmesi halinde ise yüklenici, teminatın derhal iade edilmesi ve ayrıca teminatın zamanında iade edilmemesinden kaynaklı zararlarının tazmini için inşaat sözleşmesi kapsamında ilgili uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda, teminatın bloke edilmesi sebebiyle yüklenicinin yeni projelere katılma imkânı kısıtlanmış olacağından, kazanç kaybına dayalı tazminat talebinde bulunulması da mümkündür. İş sahibinden kaynaklı diğer sorunlar sebebiyle projenin uzaması durumunda da benzer iddialar gündeme gelebilmektedir.[195]

[194] Harris & Evans, s. 37.
[195] Harris & Evans, s. 37.

İKİNCİ KISIM
FIDIC SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.1. FIDIC SÖZLEŞMELERİ

2.1.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, günümüzde ulusal ve uluslararası inşaat projelerinde kullanılmak üzere meslek birlikleri tarafından yayınlanmış çok sayıda tip sözleşme bulunmaktadır. Bu tip sözleşmeler içerisinde en önemlisi ve üzerinde en çok durulması gereken şüphesiz FIDIC sözleşmeleridir.[196]

FIDIC sözleşmelerine uluslararası nitelikteki inşaat faaliyetlerinin yanı sıra, yerel nitelikteki inşaat faaliyetleri için de sıklıkla başvurulmakta olup, bu kapsamda FIDIC sözleşmeleri, ulusal ve uluslararası alanda yürütülen inşaat faaliyetlerinde en sık tercih edilen tip sözleşmeler olma özelliğine sahiptirler.[197] İnşaat yatırımlarına kredi ve finansman sağlayan birçok uluslararası kurum ve kuruluşun FIDIC sözleşmelerinin kullanılmasını bir ön koşul olarak öne sürmesinin yanı sıra, tarafların da bilinen ve sektörde sıklıkla kullanılan sözleşmeleri tercih etme eğiliminde olmaları, bu durumun en önemli sebepleri arasında gösterilmektedir.[198]

---

[196] Yaman Mustfa Bdaiwi & Samer Skaik, "Suitability of The New Extension of Time Procedures Under FIDIC 2017 Red Book", **Construction Law Journal**, Sayı 35/6, 2019, s. 366.

[197] Seppala (1987), s. 580; David Kershaw, "Qualifications of Arbitrators in A "Disruption" Dispute Under FIDIC", **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 55, 1989, s. 125; Christopher R. Seppala, "International Construction Contract Disputes; Commentary on ICC Awards Dealing With The FIDIC International Condition of Contract", **International Business Law Journal**, Sayı 6, 1999 (1999), s. 700; Donald Charrett, "The Commercial Value of Dispute Boards under FIDIC Contracts" **The Turkish Commercial Review**, Sayı 1/3, 2015, s. 205; Ağaoğlu, s. 114; Lenz, s. 240; Ellis Baker & Anthony Lavers, "Introduction to the FIDIC Suite of Contracts", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 50; Ataseven, s. 51-52; Dezhi Li & Huiyan Zhang & Xuehua Fang, "The Deficiency of Dispute Settlement Mechanism Seen in Chinese Construction Field from FIDIC", **MATEC Web of Conferences 251**, 2018; Andrew Burr, "FIDIC Changes", **Construction Law Journal**, Sayı 35/7, 2019, s. 457; Leeuwen, s. 316; Bdaiwi & Skaik, s. 366; Micheal E. Schneider, "A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC Suite of Contracts", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020, s. 221.

[198] Köksal (2009), s. 96-97; Karaca, s. 1485; Ekşi (2017), s. 182-183; Ekşi (2018), s. 60; S. Aslı Budak, "Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 89; Lenz, s. 240.

FIDIC tip sözleşmeleri herhangi bir milli hukuk sistemine dahil olmadıklarından, taraflarca kabul edilip atıf yapılmak suretiyle ya da sözleşmenin bir hükmü veya eki haline getirilmedikçe uygulanmaları mümkün değildir. Taraflarca FIDIC sözleşmelerinde yer alan hükümler aynen kabul edilebileceği gibi, değiştirilerek ya da bir kısım ekleme çıkartma yapılarak da kullanılması mümkündür.[199]

FIDIC tip sözleşmeleri son derece ayrıntılı düzenlemeler içeren uluslararası inşaat sözleşmeleridir. Ancak, söz konusu düzenlemelerde bir boşluk bulunması ihtimali her zaman mümkün olduğundan, bunların bir hukuk sistemi ile desteklenmeye de ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu sebeple, tarafların uygulanacak hukuka ilişkin bir hükmü sözleşmeye eklemeleri de gerekmektedir. Bu kapsamda uygulanacak milli hukukun emredici kuralları ile FIDIC sözleşmelerinde yer alan düzenlemeler arasında bir çelişki bulunması halinde, ilgili sözleşme hükümleri geçersiz olacaklardır. Dolayısıyla uygulanacak hukuk seçiminde son derece dikkatli olunması gerekmektedir.[200]

Sonuç olarak, FIDIC tip sözleşmeleri diğer tip sözleşmeler gibi tavsiye niteliğinde olup, irade özerkliği ilkesi doğrultusunda taraflarca kabul edilip bir özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmedikçe bağlayıcı niteliğe sahip değillerdir. FIDIC sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olmaları sebebiyle taraflarca imzalanması sırasında veya daha sonra taraflar anlaşarak söz konusu şartları her zaman değiştirilebilirler. Yukarıda da ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinin tavsiye niteliğinde olması ve irade özerkliği ilkesi sebebiyle bunlar sadece uluslararası niteliğe sahip inşaat faaliyetlerinde değil, aynı zamanda yerel inşaat faaliyetlerinde de rahatlıkla kullanılabilmektedirler.[201]

FIDIC tip sözleşmeleri ülkemiz ve Türk müteahhitlik firmaları bakımından da son derece önemlidir. Zira, uluslararası inşaat projeleri ihalelerine katılan Türk yükleniciler sıklıkla FIDIC tip sözleşmeleri ile karşı karşıya kaldıkları gibi yabancı yatırımcıların ülkemizde yaptıkları inşaat projeleri ile Dünya Bankası ve benzeri uluslararası kredi kurum ve kuruluşları ile yabancı bankalardan sağlanan kredi ile

[199] Ekşi (2017), s. 184; Ekşi (2018), s. 61-62.
[200] Ekşi (2017), s. 184-185; Ekşi (2018), s. 62-63.
[201] Nassar, s. 406; Köksal (2009), s. 102-103; Köksal (2010), s. 92; Köksal (2011), s. 141.

finanse edilen inşaat projelerinde de genellikle FIDIC tip sözleşmeleri tercih edilmektedir.[202]

2.1.2. Tarihçe

Kısa adı FIDIC olan "Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils" daha sonraki adıyla "International Federation of Consulting Engineers" (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu) 22 Temmuz 1913 tarihinde, uzman mühendisleri temsil edecek bir birlik olarak Belçika'da kurulmuştur. Sözleşme Komitesi FIDIC'ın ilk oluşturulan birimlerinden biri olmasına rağmen, 1957 yılına kadar herhangi bir tip sözleşme yayınlanmamış, 1957 yılında ise ilk FIDIC tip sözleşmesi olan Kırmızı Kitap, İngiltere merkezli "Institute of Civil Engineers" (ICE) tarafından 1945 yılında ilk baskısı yapılan tip sözleşmelerin 4. baskısından faydalanılarak yayınlanmıştır.[203] Bu Anglosakson orijin, başta Kıta Avrupası Hukuk Sistemini benimsemiş olanlar olmak üzere, birçok uzman tarafından halen eleştirile gelmekte ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemine uygun olmadığı için bir takım problemlere sebep olduğu dile getirilmektedir.[204]

FIDIC tarafından hazırlanan Kırmızı Kitap'ın ilk baskısının tanıtımında FIDIC Başkanı Julian S. Tritton, sözleşmenin asıl amacının, inşaat projelerinde yer alan

---

[202] Köksal (2009), s. 96-97; Köksal (2010), s. 87; Köksal (2011), s. 141; Ağaoğlu, s.115; Budak, s. 89.

[203] John W. K. Luk & Bernard Wijedoru, "A Proposal for a More Effective and Efficient Dispute Resolution System for International Construction Contracts", **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 59/2, 1993, s. 100-101; Christopher R. Seppala, "The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract", **International Business Law Journal**, Sayı 6, 1995 (1995), s. 661; Seppala (1999), s. 700; Jamal Al-Dine Nassar, "Claims, Disputes and Arbitration Under the Red Book and the New Red Book (Part 1)", **Construction Law Journal**, Sayı 25/6, 2009, s. 406; Köksal (2009), s. 95-96; Tunay Köksal, "Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları", **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 2010/1, Sayı 20, s. 86; Tunay Köksal, "FIDIC Conditions of Contract as A Model for An International Construction Contracts", **International Journal of Humanities and Social Science**, Temmuz 2011, Cilt 1/8, s. 140; Iain Aitchison, "Contracted Mediation in Multiple and Parallel Construction Contracts" **Construction Law Journal**, Sayı 29/6, 2013, s. 424; Rosher (2015), s. 124; Ağaoğlu, s. 114; Baker & Lavers, s. 38; Nadar (2018), s. 274; Schneider, s. 222-223. Benzer biçimde 1991 yılında ICE'nin 6. baskısı hazırlanırken de FIDIC Tip Sözleşmelerinin 1987 tarihli baskısından faydalanılmıştır. Bu sebeple ICE Tip Sözleşmeleri ile FIDIC Tip Sözleşmeleri hemen hemen benzer hükümler içermektedirler (Köksal (2009), s. 95-96; Köksal (2010), s. 86; Köksal (2011), s. 140). FIDIC'in tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. https://fidic.org/history.

[204] Shorland, s. 94; Rosher (2015), s. 124; Baker & Lavers, s. 38; Agnieszka Malgorzata Dabrowska, "Analysis of the FIDIC Arbitration Clause in the Light of International Jurisprudence", **Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law**, Sayı 23/1, 2019, s. 5.

risklerin iş sahibi ile yüklenici arasında adilane biçimde dağıtılarak, yüklenicinin iş sahibine karşı korunması olduğunu ifade etmiştir.[205] Bu ilk baskının ardından uygulamanın getirdiği tecrübeler ile değişen koşullara ayak uydurmak amacıyla, FIDIC tip sözleşmelerinde bir takım önemli değişiklikler yapılarak yeni tip sözleşmeler yayınlanmıştır. Zamanla FIDIC tarafından hazırlanan iş bu tip sözleşmeler, çeşitli kitaplarda toplanmış ve her bir kitap renkleriyle anılmaya başlanmıştır. Ancak, FIDIC tip sözleşmeleri emredici ya da bağlayıcı mevzuat niteliğinde olmayıp, tavsiye niteliğinde sözleşmeler olmaları sebebiyle, sonradan çıkan baskılar önceki baskıları geçersiz kılıp yürürlükten kaldırmamaktadır. Bu sebeple önceki baskılar da halen yaygın bir şekilde kullanılmaya devam edilmektedir.[206]

FIDIC tip sözleşmelerinin 1969 yılında "International Federation of Asian and Western Pacific Contractors' Associations" tarafından, 1971 yılında ise "Associated General Contractors of America" ile "Inter-American Federation of the Construction Industry" tarafından kabul ve tasdik protokollerinin imzalanmasıyla birlikte uluslararası bir nitelik kazandığı kabul edilmektedir.[207] Günümüzde 100'den fazla ülkeden üyesi bulun FIDIC'e, her ülkeden ancak bir temsilci atanabilmekte olup, bu temsilci Türkiye'de 1987 yılından beri "Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği"dir.[208]

2.1.3. Gökkuşağı Serisi (FIDIC Rainbow Suite of Contracts)

FIDIC tip sözleşmeleri, uluslararası inşaat projelerinde, özellikle de gelişmekte olan ülkelerin altyapılarının iyileştirilmesine yönelik projelerde sıklıkla kullanılmaktadır.[209] Yukarıda da ifade edildiği üzere, FIDIC tarafından hazırlanan tip sözleşmeler, çeşitli kitaplarda toplanmış ve her bir kitap renkleriyle anılmaya başlanmıştır.[210] Bunlardan Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kısaca "*Gökkuşağı"* serisi olarak anılmaktadır.

[205] Köksal (2009), s. 100; Köksal (2010), s. 90; Köksal (2011), s. 143.
[206] Köksal & Özer, s. 166; Ekşi (2018), s. 60-62.
[207] Köksal (2009), s. 95; Köksal (2010), s. 86; Köksal (2011), s. 140.
[208] Üyelerin ayrıntılı listesi için bkz. https://fidic.org/members.
[209] Rameezdeen & Rodrigo, s. 37.
[210] Köksal & Özer, s. 166; Ekşi (2018), s. 60-62.

1999 tarihli Gökkuşağı serisi uluslararası arenada mühendislik alanında en çok kullanılan tip sözleşmeler olma özelliğine sahiptir. Bununla birlikte, söz konusu sözleşmelerin yayınlandığı 1999 yılından bu yana, müteahhitlik alanında yaşanan gelişmeler ile sözleşmelerin kullanılmasından kaynaklı elde edilen deneyimlerin dikkate alınarak serinin gözden geçirilmesi gerekmiştir. Bu kapsamda 2017 yılında yeni Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap sektörün kullanımına sunulmuştur.

2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap (bundan sonra kısaca 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri olarak ifade edilecektir) önceki baskılarına nazaran çok daha kapsamlı hükümler içermektedir. Gerçekten de 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri, 1999 tarihli bir önceki baskıya nazaran neredeyse %50 daha fazla kelime ihtiva etmektedirler. Böylece önceki baskılarla alakalı belirsizliklerin bir nevi ortadan kaldırılarak sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin tartışmalara son verilmek istenilmiştir. Ancak bu durum, iş bu yeni baskıların çok kapsamlı ve kazuistik oldukları, özellikle ana dili İngilizce olmayan kullanıcıların sözleşme hükümlerini anlamalarını çok zorlaştırdığı şeklinde eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda söz konusu ayrıntılı düzenlemelerin sorunları çözmek yerinde daha fazla soruna sebep olabileceği, örneğin 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde yaklaşık 350 farklı yerde bildirime (*notice*) ilişkin atıfta bulunulduğu dikkate alındığında, sürekli olarak ilgili bildirimin süresinde yapılmadığı ya da geçerli olmadığı gibi bildirim yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmediğine yönelik yeni birtakım uyuşmazlıklara sebep olabileceği ifade edilmektedir.[211]

Yukarıda yapılan eleştirilerle ilgili olarak 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerini hazırlama komisyonunda yer alan bazı üyeler, ayrıntılı düzenlemelerle taraflar ile mühendisin hak ve yükümlülüklerinin netleştirilmesi, proje yönetiminin geliştirilmesi ve taraflar arasındaki muhtemel anlaşmazlıkların önlenmesinin amaçlandığını ifade etmişlerdir.[212] Ancak, söz konusu ayrıntılı düzenlemeler kanımızca istenilen amaca ulaşılmasından ziyade, yukarıda da ifade edildiği üzere daha büyük sorunlara sebep olabilecek niteliktedir. Zira 2017 tarihli FIDIC Gökkuşağı Serisi'nin çok kapsamlı hükümler ihtiva etmeleri ve sürekli maddeler arasında çapraz atıflar yapılmış olması,

[211] Simon Longley, "The Enhanced Claims Provisions of the 2017 FIDIC Contracts", **Construction Law Journal,** Sayı 35/6, 2019 (The Enhanced Claims Provisions of the 2017 FIDIC Contracts), s. 346-348

[212] Godwin, s. 1-2.

sözleşmelerin anlaşılmasını, bu kapsamda da uygulanmasını oldukça zorlaştırmaktadır. Bu sebeple de taraflar arasında şimdiden öngörülmesi mümkün olmayan çok sayıda farklı uyuşmazlığın yaşanması kuvvetle muhtemeldir.

Gökkuşağı Serisi'nin en önemli özelliklerinden birisi şüphesiz sözleşme içeriklerinin yapı ve numaralandırma olarak göstermiş oldukları tutarlılıktır. Gerçekten de bu sözleşmeler aynı maddeler çevresinde inşa edildiği gibi, madde numaraları da mümkün olduğunca her bir sözleşmede aynı tutulmaya çalışılmıştır. Bu durum sözleşmelerinin kullanımını ve çalışılmasını oldukça kolaylaştırdığı söylenebilir.[213]

Gökkuşağı Serisi'ni oluşturan sözleşmelerin bir diğer ortak özelliği de iki bölümden oluşmalarıdır. Buna göre, birinci bölümde sözleşmede bulunması gereken genel ilkeler yer alırken, ikinci bölümde ise somut işin niteliğine ya da uygulanacak olan hukuk sistemi ile ilgili yapılması gerekli değişiklikler yer almaktadır. Ancak bu iki bölümün birbirinden ayrılması mümkün değildir. Zira, birinci kısımda yer alan ve uluslararası kabul görmüş ana kurallar ile işin yapılacağı yerin jeolojik şartlarının yanı sıra o ülkedeki sosyoekonomik şartları, iş sahibinin işe müdahale arzusunun sınırlarını, işin tamamının bir seferde veya kısım kısım teslimi gibi değişken şartları içeren ikinci bölüm birlikte tek bir FIDIC sözleşmesini oluşturmaktadırlar.[214]

Sözleşmelerde birinci ve ikinci kısma ek olarak, sözleşmelerin yerel koşullara uygun hale getirilebilmesi için ikinci kısımda yapılabilecek değişikliklerin, birinci kısımda yer alan hangi genel hükümlere yönelik olması gerektiğini gösterir tavsiye niteliğinde bir ek kısım daha bulunmaktadır. Ancak, söz konusu tavsiyeler uygulamada pek dikkate alınmamakta ve yerel koşullara uyum sağlama kisvesi altında ikinci kısımda yer alan Özel Hükümler adeta iş sahibinin kendi arzu ve iradesi doğrultusunda birinci kısımda yer alan Genel Hükümleri etkisiz hale getirerek, iş sahibi ile yüklenici arasındaki risk dengesinin bozulmasına ve risklerin yükleniciye aktarılması amacıyla kullanılmaktadır.[215] Ancak böyle bir durumla karşı karşıya kalan deneyimli bir yüklenici, doğal olarak kendisine yüklenen bu ekstra riskleri fiyatlandırarak normalden daha fazla ücret talep edecektir. Bu da proje maliyetleri

[213] Baker & Lavers, s. 39; Godwin, s. 2.
[214] Köksal (2009), s. 98; Köksal (2010), s. 91; Köksal (2011), s. 141-143; Budak, s. 91; Nadar (2018), s. 275.
[215] Köksal (2009), s. 101; Köksal (2010), s. 91; Köksal (2011), s. 143; Joshi, s. 937.

artırarak projenin finansal olarak uygulanabilirliğini olumsuz yönde etkileyebileceği gibi, inşaatın bitiş tarihini uzamasına ya da taraflar arasında uyuşmazlıkların çıkması olasılığının artmasına da neden olabilmektedir.[216]

FIDIC, kısmen gayri resmi ve çoğu zaman yanlış olan çevirilerin yol açtığı sorunların üstesinden gelebilmek için bu üç ana sözleşmenin resmi çevirilerini de hazırlamıştır. Bu kapsamda Kırmızı Kitap, Sarı Kitap ve Gümüş Kitap'ın 2017 tarihli baskıları hariç, önceki baskılarının tümü Arapça, Çince, Fransızca, Lehçe, Portekizce, Romence, Rusça, İspanyolca, Türkçe ve Vietnamcaya çevrilmiştir. Dokuz Avrupa dilinin (Boşnakça, Hırvatça, Estonca, Macarca, İtalyanca, Letonca, Litvanyaca, Sırpça ve Slovakça) yanı sıra üç Asya dili (Endonezya, Japonca ve Moğolca) için de en az bir sözleşme tercüme edilmiştir. 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinin çeşitli kitapları ise Çince, İngilizce, Fransızca, Korece, Litvanyaca, Portekizce, Sırpça, Slovakça, İspanyolca, Rusça, Tayca, Lehçe ve Ukraynaca gibi dillere tercüme edilmiş olmalarına rağmen, Kırmızı Kitap hariç diğer kitaplar henüz Türkçe'ye tercüme edilmemişlerdir.

2.1.3.1. Kırmızı Kitap

Kırmızı Kitap olarak da bilinen "İş Sahibi Tarafından Tasarlanmış Mühendislik İşleri ve İnşaat Sözleşmesi Şartları (Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer) ilk yayınlanan FIDIC tip sözleşmesi niteliğinde olup, ihale ve inşaat sözleşmelerinin temelini oluşturan ilkeleri tespit etmektedir. Kırmızı Kitap yukarıda da belirtildiği üzere 1957 yılında yayınlanmış olup, 2017 yılında 60. yılını kutlamıştır. Söz konusu tip sözleşmede projenin iş sahibi tarafından hazırlanıp/hazırlatılmasından sonra yükleniciye işin yaptırılması öngörülmektedir. Başka bir ifadeyle, Kırmızı Kitap kapsamında yüklenicinin temel yükümlülüğü, iş sahibi tarafından tasarlanan/tasarlatılan işin ifasıdır.[217]

Kırmızı Kitap ülkemizde ve dünyada inşaat işlerinde en çok kullanılan FIDIC tip sözleşmesi olma özeliğine sahip olup, otoyol, baraj, tünel, liman, havaalanı gibi her

[216] Joshi, s. 937.
[217] Köksal (2009), s. 97; Köksal (2010), s. 88; Köksal (2011), s. 142; Baker & Lavers, s. 40; Godwin, s. 2-3.

türlü sivil mühendislik işlerinde kullanılmaktadır. Bu sebeple de temel kitap olarak kabul edilmektedir.[218]

Kırmızı Kitap'ta taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça kabul edilen ödeme yöntemi birim/parça başına ödemedir (*re-measurement*). Ancak taraflar isterlerse diğer ödeme yöntemleri olan sabit fiyatlı ya da maliyet artı kar ödeme yöntemlerini de tercih edebilirler.[219]

Kırmızı Kitap'ın inşaat sahibi ile yüklenici arasında adil ve eşit bir risk dağılımı kurduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte,[220] son zamanlarda iş sahibi konumunda olan kamu idarelerin sözleşmelere kendileri lehine özel koşullar eklemeleri, taraflar arasında oluşturulmuş olan risk dengesini yükleniciler aleyhine bozarak taraflar arasında uzun süreli uyuşmazlıklara neden olduğu ifade edilmektedir.[221]

2.1.3.2. Sarı Kitap

Sarı Kitap olarak da bilinen "Yüklenici Tarafından Tasarlanmış Elektrik ve Mekanik Tesis Tasarım, İnşa ve Mühendislik İşleri Sözleşmesi Şartları" (Conditions of Contract for Plants and Design-Build for Electrical and Mechanic Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor), Kırmızı Kitap'ın ardından en eski ve en çok kullanılan FIDIC tip sözleşmesi olma özelliğine sahip olup, ilk olarak 1963 yılında yayınlanmıştır. Söz konusu sözleşme, tasarım ve inşaat işlerinin yüklenici tarafından yapıldığı yapım ve mühendislik işleri için, yani tasarla yap inşaat sözleşmeleri için kullanılmaktadır.[222]

Sarı Kitap, elektrikli ve mekanik tesislerin yanı sıra daha genel olarak tasarım ve yapım işleri için hükümler içermekte olup, FIDIC'in asıl yüklenici tasarım sözleşmesi olma özelliğine sahiptir.[223] Sarı Kitap kapsamında tasarım faaliyetleri yüklenici tarafından iş sahibinin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak yerine

[218] Seppala (1995), s. 660; Köksal (2009), s. 100; Köksal (2010), s. 89-90; Köksal (2011), s. 142; Baker & Lavers, s. 40.
[219] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 12.3. ve 14.1.
[220] Sepalla (1995), s. 661; Rosher (2015), s. 124.
[221] Köksal (2010), s. 87; Köksal (2011), s. 141.
[222] Bruno De Cazalet & Rupert Reece, "The New FIDIC Yellow Book: New Conditions of Contract for Plant and Design-Build", **International Business Law Journal,** Sayı 7, 2000, s. 885-886; Köksal (2009), s. 98; Köksal (2010), s. 88; Köksal (2011), s. 142; Baker & Lavers, s. 39; Godwin, s. 4-5.
[223] Baker & Lavers, s. 41.

getirilecektir. Bu kapsamda tasarım faaliyetleri, uygulanacak ülke hukukunda yürürlükte bulunan yasal mevzuat uyarınca ilgili işi yapmaya yetkili kişiler tarafından, sorumlu oldukları tasarım disiplinlerinde yeterli kalifiye, deneyim ve yetkinliğe sahip mühendisler veya diğer profesyoneller tarafından iş sahibi gereksinimleri göz önünde bulundurularak yapılacaktır. Bunun için de aksi belirtilmedikçe, yüklenici, önerilen her tasarımcı ya da alt yüklenicisinin adını, adresini, ayrıntılı bilgilerini ve ilgili deneyimini mühendise bildirerek, mühendisin onayını alması gerekmektedir. [224]

Sarı Kitap'ta taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma olmadıkça mühendisin onayına dayalı sabit fiyatlı ödeme yöntemi esas alınmaktadır. Ancak, taraflar kendi aralarında anlaşarak diğer ödeme yöntemlerine de başvurabilirler.[225]

2017 yılında yayınlanan Sarı Kitap'ın yeni baskısına kadar, Kırmızı Kitap'tan farklı olarak Sarı Kitap'ta, uyuşmazlık kurulu üyelerinin atamasının projenin başında değil, taraflardan birinin uyuşmazlık için uyuşmazlık kuruluna başvurmaya niyetli olduğunu diğer tarafa bildirmesinden itibaren 28 günlük süre içerisinde yapılacağı öngörülüyordu.[226] Doktrin tarafından bu sistem geçici DAB olarak isimlendiriliyor ve bu durum sistemin en önemli avantajı olarak kabul edilen kurul üyelerinin projeye aşina olmasını ve projede çalışan personeli tanımasına engel olduğu, diğer bir deyişle kurulun projenin işleyişinin dışına çıkartıldığı gerekçesiyle eleştiriliyordu.[227] Söz konusu eleştirileri dikkate alan FIDIC Sözleşme Komitesi tarafından 2017 yılında yapılan değişiklikler ile uyuşmazlık kurulunun atanmasına ilişkin prosedür ile diğer hususlar Kırmızı Kitap ile özdeş hale getirilmiştir. Bu sebeple artık Kırmızı Kitap'ta olduğu gibi Sarı Kitap'ta da uyuşmazlık kurulu üyelerinin, taraflarca projenin başından itibaren belirli bir süre içerisinde atanması gerekmektedir.[228]

2.1.3.3. Gümüş Kitap

Gümüş Kitap olarak da bilinen "EPC/Anahtar Teslim Projeler İçin Sözleşme Şartları" (Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects) FIDIC'in en önemli 3. tip

[224] Sarı Kitap (2017) madde 5.1.
[225] Sarı Kitap (2017) madde 14.1.
[226] Sarı Kitap (1999) madde 20.2.
[227] Baker & Lavers, s. 41.
[228] Sarı Kitap (2017) madde 21.1.

sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.[229] Söz konusu sözleşme şekli genellikle, projenin finansmanındaki sorunlar nedeniyle maliyet, zaman ve performans konusunda yüksek derecede kesinlik gerektiren enerji santrali, fabrika veya arıtma tesisi gibi anahtar teslimi yapılacak karmaşık mühendislik tesislerinde kullanılmaktadır.[230]

Gümüş Kitap bir sabit fiyatlı EPC anahtar teslim sözleşmesi olup, Sarı Kitap gibi Gümüş Kitap'ta da tasarım faaliyetleri yüklenici tarafından iş sahibinin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak yerine getirilmektedir. Bu kapsamda yüklenici, projenin mühendislik, tedarik ve inşa faaliyetlerinden tamamen sorumlu olup, iş sahibine anahtarı çevirdiği anda tam kapasite olarak sorunsuz bir biçimde çalışabilecek hazır bir tesis sunmakla yükümlüdür. Bu noktada iş sahibi, işin proje gereksinimlerini karşılayıp karşılamadığı dışında projeye pek müdahil olmamakta, tüm sorumluluğu yükleniciye bırakmaktadır.[231] Dolayısıyla da Gümüş Kitap kapsamında yapılan işlerde, yüklenici diğer sözleşmelere nazaran çok daha fazla riski kabul etmiş olmaktadır. Proje kapsamındaki risklerin çok büyük bir bölümünün yüklenici tarafından üstlenilmiş olması sebebiyle teorik olarak iş sahibinin daha fazla bir ücret ödemesi gerekmektedir.[232]

Kırmız ve Sarı Kitap'tan farklı olarak Gümüş Kitap'ta iş sahibinin bir mühendis atamasına gerek bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, proje bir mühendis tarafından yönetilmemekte, böyle bir atama yapılmamaktadır. Ancak iş sahibi tarafından kendisini temsil etmesi için yine de bir temsilci atanması gerekmektedir. Diğer tip sözleşmelerden farklı olarak temsilcinin illa bir profesyonel mühendis olması da şart değildir.[233] FIDIC Gümüş Kitap kapsamında iş sahibinin bir mühendis atamasına gerek bulunmadığından, Gümüş Kitap kapsamında tarafların hak ve yükümlülüklerini kullanırken diğer sözleşmeler kapsamında mühendise yapılması gerekli bildirimler ile mühendisin yerine getirmekle yükümlü olduğu sorumlulukları,

[229] Baker & Lavers, s. 41.
[230] Pierrick Le Goff, "A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book", **International Business Law Journal**, Sayı 2, 2000, s. 153-154; Fiona Reilly & Andrew Tweeddale, "FIDIC's New Suite of Contracts", **Construction Law Journal**, Sayı 16/3, 2000, s. 188; Köksal (2009), s. 98; Köksal (2010), s. 89; Köksal (2011), s. 142; Baker & Lavers, s. 41-42; Godwin, s. 6.
[231] Reilly & Tweeddale, s. 188; Godwin, s. 58; Baker & Lavers, s. 42; Simon Longley, "Extension of Time Under the FIDIC Silver Book", **Construction Law Journal**, Sayı 36/1, 2020 (2020), s. 18.
[232] Reilly & Tweeddale, s. 190; Longley (2020), s. 18.
[233] Gümüş Kitap (2017) madde 3.1.

iş sahibi yerine getirecektir. Bu sebeple ileride yapılacak olan açıklamalarda mühendis olarak ifade edilen hususlar Gümüş Kitap bakımından iş sahibi olarak anlaşılmalıdır.

Gümüş Kitap kapsamında proje risklerinin çok büyük bir kısmının yükleniciye bırakılarak iş sahibine fiyat ve süre konusunda daha fazla bir kesinlik sağlanmak istenmektedir. Bu kesinliğin sağlanabilmesi için de Kırmızı ve Sarı Kitap'a kıyasla Gümüş Kitap'ta süre uzatımı ve ek ücret konusunda yükleniciye nispeten daha az bir imkân tanınmaktadır.[234] Diğer sözleşmelerle benzer şekilde yüklenici, değişiklikler, sözleşme hükümleri gereğince süre uzatımına imkan tanıyan herhangi bir gecikme sebebinin varlığı veya iş sahibi, çalışanları ya da şantiye alanındaki diğer yüklenicilerin neden olduğu ya da onlarla ilişkilendirilebilecek herhangi bir gecikme, mani veya engelin bulunması halinde, süre uzatımı ve ek ödeme talebinde bulunabilir. Ancak diğer sözleşmelerden farklı olarak, yüklenicinin, üstlendiği işleri etkileyebilecek riskler, olasılıklar ve diğer durumlarla ilgili gerekli tüm bilgilere sahip olduğu ve sözleşmeyi imzalamakla da bu işleri başarıyla tamamlamanın tüm zorlukları ile maliyetlerini öngörerek tüm sorumluluğu kabul ettiği farz edildiğinden, öngörülemeyen durum ve koşulların ortaya çıkması sebebiyle süre uzatım talebinde bulunması kural olarak mümkün değildir.[235]

Gümüş Kitap lanse edildiği günden buyana iş sahibi ile yüklenici arasındaki geleneksel risk dengesini bozduğu ve bu sebeple de çoğu durumda uygulanamaz olduğu belirtilerek eleştirilmektedir.[236]

Bahsi geçen tip sözleşmelerin şartları arasında konumuz bakımından en önemli olanı şüphesiz taraflar arasında meydana gelecek herhangi bir uyuşmazlık halinde başvurulabilecek uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, bunların koşulları ile verilecek kararların uygulanmasına yönelik hükümlerdir. Böylece dava süreci bertaraf edilerek daha hızlı bir çözüme ulaşılması mümkün olmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası tahkime başvurulmasının ardından elde edilecek kararın iş sahibi idarenin bağlı olduğu devletin onayına bağlı olmamasıdır. Bu konuda 1958 tarihli "*Yabancın Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi"* (*The Convention*

[234] Nadar (2018), s. 276.
[235] Gümüş Kitap (2017) madde 4.12. ve 8.5.
[236] Köksal (2010), s. 89; Köksal (2011), s. 142; Budak, s. 91; Baker & Lavers, s. 41-42.

on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)[237] son derece önemlidir. Ancak, çok sayıda gelişmekte olan ülkenin iş bu sözleşmeye taraf olmaması, konu ile alakalı en önemli problem olarak gösterilmektedir. Bu problem ile baş edebilmek için Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği (*European International Contractors* (EIC)), sözleşmeye konu yapım işinin uluslararası bir finans kuruluşunun veya kalkınma bankasının sağlamış olduğu kredi ile yapılacak olması halinde, kredi sözleşmesine, kredi alan iş sahibi ülkenin, tahkim kararlarını nihai ve geri dönülemez olarak kabul edeceğine dair bir hükmün ilave edilmesini önermektedir.[238] Ancak bu halde dahi, ulusal mevzuatın, uluslararası sözleşmelere göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği ileri sürülerek tahkim kararlarının tartışılmaya açılabileceği iddia edilmektedir.[239]

2.2. FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

2.2.1. Genel Olarak

Uluslararası inşaat sektörü oldukça rekabetçi bir piyasadır. 2008 yılında yaşanan ekonomik krizin etkileri henüz atlatılmamışken, son yıllarda yaşanan covid-19 kaynaklı pandemi ve devamında yaşanan küresel büyümedeki yavaşlama ve durgunluk, dünya çapında inşaat faaliyetlerinde dramatik bir azalmaya sebebiyet vermektedir. Kıt kaynaklara sahip iş sahipleri, sıkı bütçe kuralları ile kendi lehlerine hükümler bulunan şartnameler dahilinde ihaleler yaparken, yükleniciler de söz konusu ihaleleri kazanabilmek için tekliflerini olabildiğince düşük tutmaya çalışmaktadırlar. Bu durum nakit akışı sorunlarının yanı sıra, belirlenen sürelerde gecikmelere ve standart dışı işlere sebebiyet verdiği gibi, taraflar arasında çok sayıda uyuşmazlığın ortaya çıkmasına da neden olmaktadır.[240]

---

[237] 1958 tarihli Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The New York Convention <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf> Erişim Tarihi 08.05.2020.

[238] EIC Mavi Kitap s. 30.

[239] Köksal (2010), s. 89; Köksal (2011), s. 142.

[240] James Bremen & Leith Ben Ammar, "Contractors' Claims, Reliefs and Remedies", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 63.

Bu bölümde sektör uygulamaları ile inşaat sektöründe en sık kullanılan FIDIC tip sözleşmeleri olan Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında, inşaat sözleşmelerinin aslı tarafları olan yüklenici ile iş sahibinin hak ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde ele alınarak incelenecektir. Bu kapsamda hemen belirtilmelidir ki 2017 tarihli söz konusu FIDIC sözleşmeleri ile önemli bir prosedür değişikliğine gidilmiş ve herhangi bir hakkın kullanılabilmesi için karşı tarafa mutlaka yazılı bir bildirimde bulunulması ve iş bu yazılı bildirimde de açıkça bunun ilgili madde kapsamında yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir.[241] Bu sebeple 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde önceki baskılara nazaran çok daha fazla durumda bildirim yapılması gerekli olmakla birlikte, birtakım sürelerin işlemeye başlaması için de bildirim yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.[242] Yukarıda da ifade edildiği üzere bu husus doktrinde bazı yazarlar tarafından sürekli olarak ilgili bildirimin süresinde yapılmadığı ya da geçerli olmadığı gibi bildirim yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmediğine yönelik yeni bir takım uyuşmazlıklara sebep olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.[243]

2.2.2. Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri

2.2.2.1. Genel Olarak

Bu bölümde FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında yüklenicinin hak ve yükümlülükleri incelenecektir. Bu doğrultuda öncelikli olarak süre uzatım talepleri ele alınacak olup daha sonra, zarar ve gider talepleri ile bunları şartları üzerinde durulacaktır. Daha sonra sırasıyla öngörülemeyen fiziksel koşullar, alt yüklenici, değişiklik, düzeltmeler, beklenmeyen hal ile ödeme konuları ele alınacaktır. Son olarak ise sözleşmenin ifasının askıya alınması ile feshi konuları incelenecektir.

[241] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3.
[242] Godwin, s. 1.
[243] Longley (The Enhanced Claims Provisions of the 2017 FIDIC Contracts), s. 346-348

2.2.2.2. Süre Uzatım Talepleri (Extension of Time - EOT)

2.2.2.2.1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin temel yükümlülüğü şüphesiz inşaat sözleşmesi ve eklerine uygun olarak, yani süresi içerisinde, belirlenen kalite ve maliyetle projeyi tamamlamaktır. Buna karşılık inşaat projelerinin genelde öngörülenden daha masraflı ve uzun sürelerde tamamlandığı gözlenmektedir.[244] İnşaat projelerinde zaman kritik bir öneme sahiptir ve işlerin tamamlanmasındaki gecikmeler iş sahibi için önemli miktarda maddi kayıplara yol açabilmektedir. Örneğin, bir enerji santrali ya da petrol rafinerisi projesinde yaşanan gecikmeler üretimi, dolayısıyla da gelirleri doğrudan etkileyerek, iş sahibinin projenin finansmanı için kullanmış olduğu kredilerin geri ödemesinde sorunlar yaşamasına ve buna bağlı olarak da yüksek oranda faiz ve tazminat yaptırımları ile karşı karşıya kalmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple, inşaat projelerinin belirlenen süre, maliyet ve isterler dahilinde tamamlanması taraflar, özellikle de iş sahibi bakımından son derece önemlidir. Ancak, iş sahibi tarafından yapılan değişiklikler, beklenmedik durum ve koşullar, mücbir sebepler, yüklenicinin temerrüdü ya da diğer sebeplerden ötürü sözleşmede öngörülen sürelerde birtakım gecikmeler yaşanabilir. Bu sebeple de işlerin belirlenen süre içerisinde tamamlanabilmesini sağlamak adına inşaat sözleşmelerinde gecikmelere ilişkin çok sayıda ayrıntılı düzenlemeye yer verilmektedir. Böylece yüklenicin daha disiplinli çalışmaya zorlanması, iş sahibinin de projedeki gecikmelere karşı daha güvenceli bir hale getirilmesi amaçlanmaktadır.[245]

Büyük ve uzun süreli inşaat projeleri genellikle birkaç etaba ayrılmış olup, yüklenicinin belirlenen süre içerisinde bu etapları tamamlaması gerekmektedir. Yüklenicinin öngörülen süre içerisinde ilgili etabı tamamlayamaması halinde ise, sözleşmede öngörülen maktu ve genel zararları karşılamak zorunda kalacaktır. Böyle durumlarda genellikle her bir etap için farklı tazminat miktarları belirlenmektedir.

[244] Daniel Brawn, "Extension of Time and Liquidated Damages in Construction Contracts in England and Wales", **International Journal of Law in the Built Environment**, Sayı 1/4, 2012, s. 75.

[245] Nick Gillies, "Concurrent Delay A Guide for New Zealand Construction Professionals" <https://www.heskethhenry.co.nz/assets/uploads/2018/08/Concurrent-Delay-Paper.pdf> (04.12.2020), paragraf 7; Longley (2020), s. 18

Ancak unutulmamalıdır ki, her bir etap ve bir bütün olarak projeyle ilgili ödenecek tazminat miktarı toplamı, varsa sözleşmede öngörülen tavanı aşamaz.[246]

Yükleniciden kaynaklanmayan ya da kontrolü dışında ki birçok olay sebebiyle inşaat projelerinin gecikmesi mümkün olabileceğinden, her bir gecikme ile bu gecikmelerden kaynaklı zarar ve kayıplardan yüklenicinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Uygulanacak yasa ve sözleşmeye bağlı olarak, yüklenicin belirli durum ve koşullarda sürenin uzatılmasını talep etme imkânı bulunmaktadır. Bu kapsamda, iş sahibi ya da temsilcilerinden -iş sahibi tarafından istihdam edilen diğer yükleniciler de dahil olmak üzere- kaynaklı sebepler, mücbir sebepler, öngörülemeyen olağanüstü iklimsel koşullar, malzeme ve mal kıtlığı veya yetkililerin neden olduğu gecikmeler gibi iş sahibinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecek ya da her iki tarafın kontrolü dışında ki olaylar ile proje kapsamındaki değişiklikler sebebiyle yaşanan gecikmelerden ötürü yüklenici süre uzatım talebinde bulunabilir. Uygulamada süre uzatım talebi inşaat sektöründe en sık karşılaşılan uyuşmazlık konularının başında yer almaktadır.[247]

Taraflar arasında imzalanmış inşaat sözleşmesinde, süre uzatımına ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması halinde yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmeye uygulanacak olan hukuk kurallarına bakılması gerekmektedir. Bu kapsamda İngiliz Hukuku'nda yer alan önleme ilkesine *(prevention principle/act of prevention)* değinmekte fayda vardır. Söz konusu ilkeye göre, iş sahibinin kusuru sebebiyle yüklenici öngörülen süre içerisinde işi tamamlayamamış ve taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmede de süre uzatımına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almıyorsa (süre uzatımına ilişkin düzenlemenin muğlak nitelikte olması halinde ise yüklenici lehine yorum yapılarak), yükleniciye işi tamamlaması için makul bir sürenin verilmesi gerekmektedir. Ayrıca ileride karşılıklı temerrüt konusunda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, söz konusu ilke gereğince iş sahibinin gecikme tazminatı talebinde bulunması da mümkün değildir. Bu kapsamda süre uzatımına ilişkin sözleşmeye

[246] James Bremen & Mark Grasso, "Employers' Claims and Remedies", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 72-73.
[247] Bdaiwi & Skaik, s. 367.

eklenen hükümlerin bir amacının da iş sahibinin gecikme tazminatı talep etme hakkının korunması olduğu ifade edilmektedir.[248]

Süre uzatım talebinin, yüklenici tarafından gecikmeye sebep olan olayın ortaya çıkmasından veya bunun farkına varıldığı tarihten itibaren belirli bir süre içerisinde iş sahibine ya da onun temsilcisine yapılacak bir bildirimle ileri sürülmesi gerekmektedir. Bildirim yükümlülüğünün yanı sıra, yüklenicinin süre uzatım talebine ilişkin sözleşmede öngörülmüş olan usul koşullarını da yerine getirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin, iş sahibine veya onun temsilcisine yapacağı bildirime ek olarak, süre uzatımına sebep olan olayın ispatına yarar detaylı bilgi ve belgeleri de ibraz etmesi gerekmektedir. Süre uzatım talepleri genellikle iş sahibi temsilcileri tarafından karara bağlanmakta olup, bu karara karşı her iki tarafın da nihai olarak tahkime başvurma hakkı bulunmaktadır. Tahkim aşamasında tarafların herhangi bir sorunla karşılaşmamaları içinse, iş bu bilgi ve belgeleri saklamaları son derece önemlidir. Zira yapılacak tahkim yargılamasında, bu kayıtlar yüklenici tarafından iddia edilen gecikme olayının varlığı ve yüklenicinin işleri tamamlaması üzerindeki etkilerinin ispatı bakımından kullanılacaktır.[249]

Süre uzatım taleplerinin sıkı zaman ve usul koşullarına bağlı kılınması halinde, bunların süre uzatım talebinde bulunabilmek için yerine getirilmesi gerekli birer ön koşul (*condition precedent*) oldukları kabul edilmektedir.[250] Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılan ön koşulların yerine getirilmemesi halinde, süre uzatım taleplerinin reddine karar verilmesi gerekmektedir. Örneğin *"Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communication Ltd."* davasında, ertelemeye sebep olan olayların makul bir süre içerisinde yazılı olarak iş sahibine bildirilmesine yönelik sözleşme hükmü, bir ön koşul olarak kabul edilmiş ve yüklenicinin bu ön koşulu yerine getirmemesi sebebiyle, süre uzatım talebinde bulunulamayacağına hükmedilmiştir. Söz konusu mahkeme kararında ayrıca, taraflar arasında imzalanan sözleşmede ilgili yazılı bildirim şartının yerine getirilmemesinin sonuçlarının açıkça belirtilmiş olmasına da gerek bulunmadığı

---

[248] Nadar (2018), s. 273; Adam Constable & Thomas Lazur, "The Prevention Principle: Onshore v. Offshore and The Problem of Time at Large", **KC Legal Update**, Summer 2019, s. 3-4.

[249] Bremen & Ammar, s. 65; David Falkenstern & İlke Şahin, "A Planing Expert's Advice on Termination", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 208-210.

[250] Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Steve Donohoe, "The WW Gear Case, Conditions Precedent and Construction Contracts", **Structural Survey**, Sayı 29/2, 211, s. 99-105.

ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, taraflar arasında imzalanan sözleşmede yer alan şartların birer ön koşul olarak kabul edilmesi halinde, söz konusu ön koşulların yerine getirilmemesinin ne gibi sonuçları olacağının sözleşmede açıkça ifade edilmesine gerek bulunmadığına hükmedilmiştir.[251]

Ön koşullar ile alakalı olarak dikkat edilmesi gerek bir diğer husus da hakkın kötüye kullanılmaması (*estoppel by conduct*) ilkesidir. Buna göre, taraflardan birisinin davranışlarıyla diğer tarafa, sözleşmede öngörülen haklarının bir veya birkaçından vazgeçtiği veya bunu/bunları gevşettiği şeklinde düşünmesine sebep olması ve diğer tarafın da bu haklı inanca göre hareket etmesi halinde, hak sahibi tarafın söz konusu hakka dayanması mümkün değildir. Bu kapsamda, iş sahibinin davranışlarıyla süre uzatımına ilişkin sözleşmede öngörülen şartların bir veya birkaçından vazgeçtiği sonucuna ulaşılabiliyorsa, iş sahibinin, sözleşmede öngörülen iş bu usul hükümlerine uygun olmadığı gerekçesiyle, yüklenicinin süre uzatma talebini reddetmesi mümkün değildir. Aksi takdirde bir hakkın kötüye kullanılması itirazı gündeme gelebilir.[252]

2.2.2.2.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Süre Uzatımı

2.2.2.2.2.1. Genel Olarak

FIDIC sözleşmelerine göre, yüklenicinin, belirlenen işin tamamını sözleşme ve eklerine uygun olarak, belirlenen kalite ve öngörülen süre içerisinde tamamlaması gerekmektedir.[253] Aksi halde yüklenici, bir sözleşmeye aykırılık iddiası ile karşı karşıya kalabilir. Ancak, çeşitli sebeplerle sözleşmede öngörülen süreye ilişkin birtakım aksaklıklar yaşayan yüklenici, belirli kurallar çerçevesinde süre uzatım talebinde bulunabilir.

[251] Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. [2007] EWHC 3454 TCC, paraf. 83-92.
[252] Bremen & Ammar, s. 65.
[253] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.2.

2.2.2.2.2.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Öngörülen Süre Uzatımı Sebepleri

Yüklenicinin hangi hallerde süre uzatım talebinde bulunabileceği genel olarak FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 8.5. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemelere göre, yüklenici, sözleşmede yer alan bir madde uyarınca süre uzatımına imkan sağlayan bir gecikmenin yaşanması, iş sahibi tarafından sağlanan ya da işin yapılacağı ülkede yayınlanan iklimsel veriler dikkate alındığında öngörülmesi mümkün olmayan son derece olumsuz iklimsel koşulların ortaya çıkması, salgın hastalıklar ya da hükümet eylemlerinden kaynaklı sebeplerle personel ve mal tedarikinde sıkıntılar yaşanması, iş sahibi, iş sahibi personeli ya da iş sahibi tarafından istihdam edilen diğer yüklenicilerin neden olduğu veya bunlara atfedilebilecek gecikme, engel veya önlemelerin bulunması halinde, 20.2. maddede öngörülen prosedürü takip ederek iş sahibinden süre uzatım talebinde bulunabilir. Bu sayılanlara ek olarak, projede yapılan değişiklikler sebebiyle de yüklenicinin süre uzatım talebinde bulunması mümkündür. Ancak, bu durumda diğerlerinden farklı olarak 20.2. maddede öngörülen prosedürün izlenmesine gerek bulunmamaktadır.[254]

Yukarıda sayılanların yanı sıra, yüklenicinin işin yapıldığı ülkedeki ilgili kamu makamları veya özel hizmet kuruluşları tarafından belirlenen prosedürleri titizlikle yerine getirmiş olmasına rağmen, bu makam ve kuruluşların önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir şekilde yüklenicinin çalışmasını geciktirmiş ya da aksatmış olmaları halinde de bu durum 8.5.(b) maddesi kapsamında değerlendirilerek, 20.2. maddede öngörülen prosedüre uygun olarak süre uzatım talebinde bulunulabilir.[255]

İş sahibinin inşaat sözleşmesinde belirtilen süre içerisinde yükleniciye inşaat alanına erişim ve zilyet olma imkanı tanımaması[256] ya da ileride ayrıntılı olarak açıklanacak olan öngörülemeyen fiziksel koşullar nedeniyle de yüklenici, 20.2. madde kapsamında süre uzatım talebinde bulunabilir.[257] Ancak, yüklenicinin herhangi bir

[254] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.5.
[255] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.6.
[256] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 2.1.
[257] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.12.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.12.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.12.4.

kusur ya da hatası sebebiyle, iş sahibinin yükleniciye inşaat alanına erişim ve zilyet olma imkanı verememesi halinde ise, doğal olarak yüklenicinin süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunması mümkün değildir.[258]

Yukarıda açıklananların yanı sıra, mevzuat değişiklikleri sebebiyle de yüklenici tarafından sözleşmede öngörülen sürenin uzatılması talep edilebilir. Gerçekten 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 13.6. maddesine göre, yeni kanunların yürürlüğe girmesi, mevcut kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması dahil olmak üzere projenin yürütüldüğü ülke mevzuatında değişiklik yapılması, uygulanacak olan mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak adli ve idari merciler tarafından değişikliğe gidilmesi, iş sahibi ya da yüklenici tarafından 1.13. madde kapsamında alınması gerekli izin, ruhsat, lisans ve onay koşullarında değişiklik yapılması halinde, yüklenici tarafından süre uzatımı talep edilebilir.[259]

Mevzuatta yapılan her değişikliğin 13.6. madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu kapsamda da yüklenicinin süre uzatımı talebinde bulunması mümkün değildir. Yüklenicinin süre uzatımı talebinde bulunabilmesi için, söz konusu değişikliklerin ihale teklifi için öngörülen son başvuru tarihinden önceki 28 gün veya daha sonraki bir tarihte yapılmış ya da resmi olarak yayınlamış olması ve bu değişikliklerin yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini olumsuz yönde etkilemiş olması gerekmektedir. Bu durumda yüklenici, 20.2. madde kapsamında süre uzatım talebinde bulunabilir. [260]

Süre uzatımı talebinden bağımsız olarak, mevzuatta yapılan herhangi bir değişiklik sebebiyle proje kapsamındaki işlerin yürütülmesine ilişkin olarak herhangi bir düzeltme yapılması gerekiyorsa, yüklenicinin mühendise ya da mühendisin yükleniciye derhal tüm ayrıntılarıyla birlikte bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Bu durumda mühendis, 13.3.1. madde kapsamında bir değişiklik talimatı verebileceği gibi, 13.3.2. madde kapsamında yüklenicinden bir değişiklik önerisi sunmasını da isteyebilir.[261]

---

[258] Godwin, s. 27.

[259] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.

[260] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.

[261] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.

Yukarıda sayılanların yanı sıra, FIDIC sözleşmeleri emredici uluslararası hukuk kuralları olmayıp, birer özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmaları sebebiyle, taraflarca sözleşmeye eklenen başka sebeplerle de yüklenicinin süre uzatım talebinde bulunması mümkündür.

2.2.2.2.2.3. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Süre Uzatımı İçin Uygulanması Gerekli Usul

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 20.2. maddesine göre, süre uzatım talebinde bulunacak olan yüklenicinin, öncelikle mümkün olan en kısa süre içerisinde, mühendise (Gümüş Kitap kapsamında işveren temsilcisine (bundan sonra sadece mühendis olarak ifade edilecektir)) ertelemeye neden olan olay ya da durumu da açıklayan, süre uzatım talebine ilişkin yazılı bir bildirimde *(Notice of Claim)* bulunması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki yüklenicinin bu aşamada bir iki cümleden oluşan bir bildirimde bulunması yeterli olup, talep edilen süreyi ya da talebine dayanak herhangi bir belge sunmasına gerek bulunmamaktadır.[262]

Yüklenicinin, ertelemeye neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre geçtikten sonra süre uzatım talebinde bulunması ise kural olarak mümkün değildir.[263] Zira, söz konusu süre bir ön koşul (*condition precedent*) olup, kesin ve bağlayıcı niteliktedir. Bu sebeple de iş bu süre geçtikten sonra ilgili tarafın süre uzatım ya da tazminat talebinde bulunması kural olarak mümkün değildir.[264]

Yüklenicinin 28 günlük süre geçtikten sonra kural olarak süre uzatım talebinde bulunamayacağına dair söz konusu hükmün geçerliliği konusunda, uygulanacak hukuka bağlı olarak birtakım tartışmalar yaşanmaktadır. Buna göre, FIDIC sözleşmeleri daha önce de ifade edildiği üzere emredici uluslararası hukuk kuralları

---

[262] Christopher R. Seppala, "Contractor's Claims Under the FIDIC Contracts for Major Works", **Construction Law Journal**, Sayı 21/4, 2005 (2005), s. 285.

[263] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.1.

[264] Aynı yönde bkz. Ahmed El-Ghrory & Md. Nor Hayati Bin Tahir & Norain Binti Ismail, "Claim Management Framework Under FIDIC 2017: Contractor Claim Submission", **Humanities & Social Sciences Reviews**, Sayı 7/2, 2019, s. 171; Godwin, s. 183. 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından aynı yöndeki görüşler için bkz. Christopher R. Seppala, "FIDIC's New Standard Forms of Contract: Claims, Resolution of Disputes and Dispute Adjudication Board", **International Business Law Journal**, Sayı 1, 2001 (2001), s. 4.

olmayıp, birer özel hukuk sözleşmesi niteliğindedirler. Bu sebeple de sözleşme hükümlerinin, uygulanacak ülke hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir.

Bu kapsamda İngiliz Hukuku bakımından söz konusu hükmün geçerliliği, başka bir ifadeyle, yüklenicinin iş bu 28 günlük süreyi kaçırması halinde süre uzatım talebinde bulunup bulunamayacağı konusu tartışmalıdır. Gerçekten de 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 20.1. maddesinde yer alan yüklenicinin, ertelemeye neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre geçtikten sonra süre uzatım talebinde bulunamayacağına dair açık düzenlemeyle alakalı olarak doktrinde yer alan bir görüşe göre[265], İngiliz Hukuku'nda genellikle, inşaat sözleşmelerinde öngörülen zaman çizelgeleri zorunlu olmaktan ziyade yol gösterici niteliktedir. Bunun yanı sıra maddede, ön görülen 28 günlük süre içinde bildirimde bulunmaması halinde yüklenicinin hakkını kaybedeceğine ilişkin açık bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu sebeplerle sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku'nun seçildiği hallerde iş bu 28 günlük süre geçtikten sonra da yüklenicinin süre uzatım talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir.[266]

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise, İngiliz Hukuku bakımından da bu tarz zaman kısıtlamaları geçerlidir. Bu sebeple de uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku'nun seçildiği sözleşmelerde iş bu 28 günlük sürenin bir ön koşul olarak kabul edilerek, kaçırılması halinde süre uzatım talebinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.[267]

Kanaatimizce uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku'nun seçildiği hallerde, iş bu 28 günlük sürenin bir ön koşul/hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi ve iş bu 28 günlük sürenin kaçırılmış olması halinde de yüklenicinin süre uzatımı talebinin reddi gerekmektedir. Zira FIDIC sözleşmelerinde açıkça, iş bu sürenin kesin olduğu ve sürenin kaçırılması halinde yüklenicinin süre uzatım talebinde

---

[265] 1999 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 20.1. maddesi ile 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 20.2.1. maddesi özdeş niteliktedir.

[266] Nicholas Gould, "Establishing Dispute Boards; Selecting, Nominating and Appointing Dispute Board Members", **DRBF 6th Annual International Conference,** Budapest 6-7 May 2006 (Budapest), s. 6. Buna karşılık aynı yazar, birkaç ay sonra düzenlenen başka bir konferansta bu görüşünün tam tersini ileri sürmüştür (Nicholas Gould, "Establishing Dispute Boards - Selecting, Nominating and Appointing Board Members", **Society of Construction Law International Law Conference in Singapore,** 16th 17th October 2006 (Singapore), s. 7).

[267] Godwin, s. 183.

bulunamayacağı ifade edilmektedir.[268] Bir an için bu tarz bir açık ifadenin yer almadığı düşünülecek olsa dahi, yukarıda vurgulanan *"Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communication Ltd."* davasında İngiliz Mahkemesi, ertelemeye sebep olan olayların makul bir süre içerisinde (açık bir süre öngörülmeyip, makul bir süre denilerek muğlak bir ifade kullanıldığına özellikle dikkat edilmelidir) yazılı olarak iş sahibine bildirilmesine yönelik sözleşme hükmünü bir ön koşul olarak kabul etmiş ve yüklenicinin bu ön koşulu yerine getirmemesi sebebiyle süre uzatım talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir. Daha da önemlisi söz konusu kararda, taraflar arasında imzalanan sözleşmede ilgili yazılı bildirim şartının yerine getirilmemesinin sonuçlarının açıkça belirtilmiş olmasına dahi gerek olmadığı ifade edilmiştir.[269] Benzer şekilde "*Obrascon Huarte*" kararında da 1999 tarihli Sarı Kitap'ın 20.1. maddesi kapsamında (Kırmızı ve Gümüş Kitap'ta da aynı düzenleme yer almaktadır) süre uzatımı ve tazminat talebinde bulunabilmek için öngörülen söz konusu süre sınırlamasının hakkaniyet ilkesi gereği dar olarak yorumlanmak suretiyle, İngiliz Hukuku bakımından geçerli ve uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir.[270] Dolayısıyla, FIDIC sözleşmelerinde yer alan 28 günlük süre şartı Anglosakson Hukuk Sistemi bakımından geçerli olup, bu sürenin söz konusu hukuk sistemi bakımından bir ön koşul/hak düşürücü süre olarak kabul edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bizim de içerisinde olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bakımından ise durumun biraz karmaşık olduğu söylenebilir. Zira, iş bu 28 günlük süre sınırlamasına ilişkin hükmün, taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olarak nitelendirilerek, geçerli olmadığı iddiasının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.[271]

Türk yargı uygulamasına bakılacak olursa, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) döneminde verilmiş Yargıtay kararlarında iş bu sürenin Türk Hukuku bakımından da geçerli olduğu ve yüklenicinin süresi içerisinde başvuru yapmaması

[268] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.1.

[269] Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. [2007] EWHC 3454 TCC, paraf. 83-92.

[270] Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC); [2014] B.L.R. 484; [2014] C.I.L.L. 3536. Benzer yönde kararlar için bkz. Multiplex Construction v. Honeywell Control Systems [2007] EWHC 447 (TCC); WW Gear Construction Ltd v. McGee Group Ltd [2010] EWHC 1460. Aynı yönde bkz. Lenz, s. 242-244.

[271] Rosher (2015), s. 131-132; Lenz, s. 244-245; Nadar (2018), s. 271; Atamer, s. 87-88.

halinde talebin reddine karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Gerçekten de Yargıtay vermiş olduğu bir kararında;

> *...Söz konusu sözleşmenin 44. maddesinde süre uzatımı verilmesi gereken haller ve bu konudaki talebin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. Maddenin 1. fıkrasında; hangi hallerde süre uzatımına hak kazanılacağı 2. fıkrada ise süre uzatımı verilebilmesi için yüklenicinin 28 gün içerisinde durumu Mühendise bildirmesi ve bir kopyasını da iş sahiplerine gönderilmesi, belge ve kanıtların da süre uzatım talebine ekleneceği belirtilmiştir. Aynı sözleşmede çalışılmayan dönem diye bir tanıma yer verilmemiş ve istisnai hava şartlarının 44.1 maddesinde değerlendirilmesi öngörülmüştür... (FIDIC) inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımının da muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle davacının süresinde sözleşmeye uygun talepte bulunmaması ve belgelendirilmemesi nedeniyle süre uzatımı taleplerinin mühendis firmaca reddedilmesinde sözleşmeye aykırı bir tutum ve davranış yoktur. Davacının davadaki alacak talepleri süre uzatımına hak kazanmasına bağlı olup, ortada davacıya verilmesi gereken süre olmadığına göre davanın tümüyle reddi yerine kabulü doğru olmamıştır* demektedir.[272]

Belirtilen kararda temyiz mahkemesi tarafından açıkça iş bu 28 günlük süre sınırlamasının Türk Hukuku bakımından geçerli olduğuna karar verilmiş olsa da söz konusu karar zamanında genel işlem koşullarına ilişkin mülga 818 sayılı BK'nda herhangi bir somut düzenlemenin bulunmaması sebebiyle konunun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümler göz önünde bulundurularak yeniden değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki her bir hukuki olay kendi içinde farklılıklar ihtiva edebileceğinden, her bir somut olay için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmekle birlikte, TBK'nın 20 vd. maddelerinde yer alan genel işlem koşularına ilişkin hükümler dikkate alındığında, FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen iş bu 28 günlük süre sınırlamasının TBK'nın 20 vd. maddeleri kapsamında geçersiz olduğu kabul edilemez.[273]

---

[272] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 26.02.2001 tarih ve 2000/4429 E., 2001/1032 K. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17.09.2002 tarih ve 2001/5595 E., 2002/3931 K. sayılı kararında ise; "*FIDIC sözleşmelerinde süre uzatım istemlerinin sıkı şekil şartlarına bağlandığı, süre uzatım incelemelerinin ancak bu şartlara uyulması halinde yapılabileceği bilinen bir gerçektir*" demektedir.

[273] Konu ile alakalı ayrıntılı değerlendirme için bkz. Battal Şener, "Yüklenicinin Süre Uzatım ve Ek Ödeme Taleplerine İlişkin FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. Maddede Öngörülen 28 Günlük Süre Sınırlamasının Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 29, Sayı 1, 2023, s. 802-806.

Uygulanacak hukuk olarak İslam Hukuku'nun seçilmesi halinde ise, İslam Hukuku'nda hukuki taleplerin zamanaşımına tabi olmaması sebebiyle, öngörülen iş bu 28 günlük sürenin uygulanmasına ilişkin birtakım sorunlarla karşılaşılabileceği belirtilmektedir.[274]

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, bu tarz bir bildirim alan mühendisin, öncelikli olarak söz konusu bildirimin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığını incelemesi gerekmektedir. Bu kapsamda mühendisin, söz konusu bildirimin yüklenicinin ertelemeye neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre geçtikten sonra yapıldığını tespit etmesi halinde, bildirimi aldığı tarihten itibaren 14 günlük süre içerisinde, yükleniciye durumu açıklayan bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin iş bu 14 günlük süre içerisinde yükleniciye bu yönde bir bildirimde bulunmaması halinde ise, yapılan bildirimin geçerli olduğu kabul edilecektir. Ancak karşı taraf, yani iş sahibi, mühendisten farklı olarak, söz konusu bildirimin geçerli olmadığını düşünüyorsa, sebepleri ile birlikte mühendise bir bildirimde bulunarak söz konusu kararını gözden geçirmesini isteyebilir.[275]

Söz konusu bildirimin süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılmasının ardından yüklenicinin süre uzatımına ilişkin ayrıntılı talebini (*fully detailed claim*) mühendise sunması gerekmektedir. Buna göre yüklenici, mühendis ile farklı bir süre kararlaştırılmadıkça, ertelemeye neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 84 günlük süre içerisinde mühendise ayrıntılı talebini sunmalıdır.[276]

Bir süre uzatım talebinin ayrıntılı talep olarak kabul edilebilmesi için, süre uzatım talebine sebep olan olay ya da durumun ayrıntılı açıklamalarını, iş bu talebinin sözleşme ve diğer yasal kurallar çerçevesindeki dayanaklarını, talebin dayandığı tüm güncel kayıtları ve süre uzatım talebini destekleyen diğer ayrıntıları içermesi gerekmektedir.[277]

---

[274] Gelişen, s. 292.

[275] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2.

[276] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.

[277] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.4.

Güncel kayıtlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda FIDIC sözleşmelerinden herhangi bir açıklama bulunmaması sebebiyle, söz konusu sözleşme hükmünün mahkeme ve tahkim kararlarında yorumlanması gerekmektedir. Bir İngiliz Mahkemesi kararında, güncel kayıtlar terimi, yüklenici veya işveren tarafından süre uzatım talebiyle ilgili olarak üretilmiş veya hazırlanmış orijinal veya birincil belgeler ya da bunların kopyaları olarak tanımlanmıştır.[278]

Yüklenicinin 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini mühendise sunmaması halinde yapmış olduğu bildirim *(Notice of Claim)* geçersiz hale gelecektir. Bu durumda mühendisin 84 günlük sürenin dolmasından sonraki 14 günlük süre içerisinde yükleniciye, yapmış olduğu bildirimin geçersiz hale geldiğine dair bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin iş bu 14 günlük süre içerisinde bu yönde bir bildirimde bulunmaması halinde ise, yapılan bildirimin geçerli olduğu kabul edilecektir. Ancak iş sahibinin, mühendisten farklı olarak, söz konusu bildirimin geçerli olmadığı kanaatinde olması halinde, sebepleri ile birlikte mühendise bir bildirimde bulunarak söz konusu kararını gözden geçirmesini isteme hakkı bulunmaktadır.[279]

Her ne kadar yüklenicinin 28 günlük süre içerisinde bildirimde bulunmaması ya da 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini sunmaması halinde, yapılan iş bu bildirimin kural olarak geçersiz sayılacağı belirtilmiş olsa da yüklenici geç başvuruda bulunmasını haklı kılan sebepleri açıklayarak bildirimin geçersiz sayılmasını engelleyebilir.[280] Nelerin geç başvuruda bulunmasını haklı kılan sebep olarak kabul edilebileceğine dair FIDIC sözleşmelerinde herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi (*estoppel by conduct*) bir haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de iş sahibinin yazılı bildirim yapıldıktan sonra yükleniciye ayrıntılı talebini sunmasına gerek olmaksızın istediği sürenin kendisine verileceği yönünde haklı bir izlenim uyandırması halinde, artık yüklenicinin 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini sunmadığı gerekçesiyle süre uzatım talebinin reddedilmemesi gerekmektedir.

---

[278] Her Majesty's Att.-Gen. for the Falkland Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd [2003] B.L.R. 285.

[279] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.4.

[280] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.

Ayrıntılı talebin usulüne uygun olarak süresi içerisinde yapılmasının ardından 3.7. maddede belirtilen prosedür işletilecektir. Buna göre mühendis, öncelikli olarak taraflarla bir araya gelerek, talep hakkında tarafların bir anlaşmaya varmaları için çalışacaktır. Tarafların taleple ilgili bir anlaşmaya varamamaları halinde ise mühendis, sözleşme uyarınca, bütün ilgili koşulları göz önünde bulundurarak adil bir karar verecek ve bunu taraflara bildirecektir. Mühendisin verdiği karardan tarafların memnun olmaması halinde ise, iş bu karara karşı olarak taraflar 21. madde gereğince sırasıyla uyuşmazlık önleme ve çözüm kuruluna (Dispute Avoidance/Adjudication Board – DAAB) ve nihai olarak da tahkim yoluna başvurabilirler. Bu konu ileriki aşamalarda FIDIC sözleşmeleri kapsamında uyuşmazlık çözüm mekanizmaları başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacağından, tekrara düşmemek için bu aşamada daha fazla açıklamada bulunulmayacaktır.

Mühendis, 3.7. madde kapsamında bir süre uzatım talebiyle ilgili değerlendirmede bulunurken, aynı madde kapsamında verilmiş olan önceki süre uzatım kararlarını da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bu kapsamda mühendis, önceden belirlenmiş olan toplam süreyi uzatabilir, ancak kısaltamaz.[281]

İş sahibinin sorumlu olduğu bir gecikme ile yüklenicinin sebep olduğu bir gecikmenin kesişmesi halinde, yani yüklenicinin ve iş sahibinin süre uzatımına sebep olan durum ve koşullara birlikte neden olmaları (karşılıklı temerrüt) halinde, yüklenicinin süre uzatım talebi, varsa sözleşmede Özel Hükümler kısmında yer alan kural ve prosedürlere göre, Özel Hükümler kısmında bu tarz kural ve prosedürlerin bulunmaması halinde ise, ilgili tüm durum ve koşulların göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi gerekmektedir.[282] Konu ile alakalı olarak ileride karşılıklı temerrüt başlığı altında ayrıntılı açıklamalarda bulunulacağından, tekrara düşmemek adına bu kısımda daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir.

[281] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.5.

[282] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.5.

2.2.2.3. Zarar ve Giderler

2.2.2.3.1. Genel Olarak

İş sahibi ya da sorumlu olduğu diğer kişilerin sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle zarara uğrayan yüklenici, söz konusu zarar ve giderlerinin karşılanmasını iş sahibinden talep edebilir. Ancak bunun için yüklenicinin, sözleşme kapsamında var olan bir yükümlülüğün iş sahibi, iş sahibinin temsilcisi veya personeli ya da iş sahibi tarafından istihdam edilen diğer yükleniciler tarafından ihlal edildiğini ve bu ihlal sebebiyle ekonomik olarak zarara uğradığını, yani zarar ile söz konusu ihlal arasında ki illiyet bağını ispatlaması gerekmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, tarafların kendi aralarında anlaşarak belirli tür zararları sözleşme kapsamı dışına çıkartmalarında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, inşaat sözleşmelerinde tarafların kasıtlı eylemleri ile ağır taksirlerinden kaynaklananlar hariç olmak üzere, diğer dolaylı zararların taraflarca kapsam dışına çıkartıldıklarına sıklıkla rastlanmaktadır.[283]

Yüklenici, iş sahibine atfedilen bir sebeple zarara uğradığını ve uğramış olduğu iş bu zararın miktarını ispatlayabilmek için, proje ve süreçle ilgili delil niteliğine sahip ayrıntılı bütçe ve maliyet kayıtları ile diğer tüm bilgi ve belgeleri sunması gerekmektedir. Zira, proje süresince bütçe ve maliyetlere ilişkin olarak tutulan detaylı kayıtlar zarar iddialarının ispatlanması bakımından hayati öneme sahiptir.[284] Bunun yanı sıra, öngörülen maliyetler ile gerçek maliyetler arasındaki farka sebep olan bütün olguların açıklanması da zararların ispatı bakımından son derece önemlidir.[285]

Zarar ve giderlerden kaynaklı taleplerinin yüklenici tarafından, ek ödemeye/tazminata sebep olan olayın ortaya çıkmasından veya bunun farkına varıldığı tarihten itibaren belirli bir süre içerisinde iş sahibine ya da onun temsilcisine yapılacak

---

[283] Bremen & Ammar, s. 66.

[284] Jennifer Permesly & Tania Cohen & Chaffetz Lindsey, "International Arbitration Involving Construction; Best Practices for Documenting Claims and Defenses", **Practical Law**, 2016, s. 4; Geoffrey Senogles & Julie Raneda, "Calculating and Presenting Quantum in International Arbitration Practice; With an Emphasis on Construction Disputes -The Experts' Perspective-", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 293; Geoff Bewsey, "Measuring Delays and Determining the Causes: What Really Convinces Arbitral Tribunals? – The Delay Expert's View", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 227.

[285] Senogles & Raneda, s. 297.

bir bildirim ile ileri sürülmesi gerekmektedir. Bildirim yükümlülüğünün yanı sıra, yüklenicinin talebe ilişkin sözleşmede öngörülmüş olan usul koşullarını da yerine getirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin, iş sahibine veya onun temsilcisine yapacağı bildirime ek olarak, ek ödeme/tazminat talebini ispata yarar detaylı bilgi ve belgeleri de sunması gerekmektedir.

Ek ödeme/tazminat taleplerinin sıkı zaman ve usul koşullarına bağlı kılınması halinde, bu zaman ve usul koşulları ek ödeme/tazminat talebi için yerine getirilmesi gereken birer ön koşul (*condition precedent*) olarak kabul edilmektedirler. Bu durumda söz konusu ön koşulların yerine getirilmemesi, ek ödeme/tazminat taleplerinin reddine sebep olmaktadır. Örneğin *"WW Gear Construction Ltd. v. McGee Group Ltd."* davasında, ek ödeme/tazminata sebep olan olayların iki aylık süre içerisinde yazılı olarak iş sahibine bildirilmesine yönelik hüküm, bir ön koşul olarak kabul edilmiş ve yüklenicinin iş sahibinden ek ödeme/tazminat talebinde bulunabilmesi için, söz konusu ön koşulu yerine getirmesi gerektiğine hükmedilmiştir.[286]

Uluslararası inşaat sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin iş sahibinden talep edebileceği birden fazla tazminat türü bulunmakta olup, bunların başlıcaları gecikme tazminatı, hızlandırma tazminatı ve kar kaybına dayalı tazminattır.

2.2.2.3.2. Gecikme Tazminatı

İş sahibinin sorumlu olduğu bir olay nedeniyle, projede bir gecikme yaşanması halinde yüklenici, sürenin uzamasından veya işin gecikmesinden kaynaklanan zararlarının tazminini iş sahibinden talep edebilir. Bu kapsamda söz konusu zararlar, gecikme zararları olarak adlandırılmaktadırlar. Gecikme zararları saha ve ofis giderlerini, projeyi finanse etmek için ödünç alınan paradan kaynaklanan finansman ücretlerini ve kar kaybını içermektedir. Ancak, gecikme zararlarının talep edilebilmesi için yüklenicinin, talep edilen zararların her birinin iş sahibinin sorumluluğunda olduğunu ispatlaması gerekmektedir.[287]

[286] WW Gear Construction Ltd. v. McGee Group Ltd. [2010] EWHC 1460 TCC, paraf. 20.
[287] Bremen & Ammar, s. 66.

Karmaşık inşaat projelerinde farklı sebeplerden ötürü birden fazla gecikme yaşanabilmektedir. Bu gibi durumlarda, iddia edilen gecikmeler ile talep edilen zararlar arasındaki illiyet bağının ispatlanması yükleniciler için oldukça zor olabilmektedir. Bu sebeple de böyle bir sorunla karşı karşıya kalan yükleniciler, genellikle söz konusu gecikmeler ile zararlar arasındaki illiyet bağını her bir olay ve zarar bakımından ayrı ayrı olarak ortaya koymak yerine, iddia edilen tüm gecikme olaylarını toplu bir iddiada birleştirme eğilimindedirler. Ancak bu tarz iddialar, gecikme ile iddia edilen zararlar arasındaki her bir illiyet bağı yeterince ispatlanamadığından, genellikle tahkim yargılamalarında pek başarılı olamamakta, bu sebeple de reddedilmektedirler.[288]

Bilindiği üzere, inşaat projelerinde genellikle birkaç etabın aynı anda yürütülmesi gerekmektedir. Bu safhalardan birinde yaşanan herhangi bir aksaklık, diğer safhalarda da gecikme ve aksaklıklara sebebiyet verebilmektedir. Yüklenici, kendisinden kaynaklanmayan bir aksaklık sebebiyle ya da bu aksaklığı engelleyebilmek için bir takım ek maliyetlerde bulunabilir. Bununla bağlantılı olarak, genel aksama iddialarıyla inşaat uyuşmazlıklarında sıklıkla karşılaşılmaktadır. Genel aksama iddiaları, yüklenicilerin bir projeyi verimli bir sırayla tamamlayabilmek için gerekli planlamayı yaparak faaliyetlerde bulundukları varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu varsayıma göre, işlerin sırasını etkileyen herhangi bir olay, ekipmanların ve insan gücünün verimsiz kullanımına yol açabilir ve bu da projeyi tamamlama maliyetlerini artırabilir. İş sahibi bu tür bir olaydan sorumlu olduğunda, yüklenici bu maliyetlerinin tazmini talep etme hakkına sahip olacaktır. Ancak, bu tarz bir iddianın ispatı oldukça zor olup, yüklenicinin ek maliyetlerin kendisinin değil, iş sahibinin sorumlu olduğu sebeplerden kaynaklandığını ispatlaması gerekmektedir.[289]

Aksama iddiaları ile uğranılan zarar miktarının tespiti için kullanılan en yaygın yöntem, yüklenicinin işlerinin aksadığı bölümdeki verimliliği ile etkilenmemiş özdeş bir bölümdeki verimliliğinin karşılaştırıldığı "*measured mile"* yöntemidir.[290] Gerçekten de Şubat 2017 tarihli İnşaat Hukuku Derneği Gecikme ve Aksama

[288] Bremen & Ammar, s. 67.
[289] Bremen & Ammar, s. 67.
[290] Elliott Geisinger, "Calculating And Proving Quantum in Arbitration Practice – The Lawyer's Perspective-", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 268; Bremen & Ammar, s. 67.

Protokolü'nün (*Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol*) 18.16. maddesine göre, yöntem, iş sahibinin sorumlu olduğu aksaklıkların gerçek etkilerini dikkate alarak, ihale aşamasındaki verimlilik varsayımlarının gerçekliği ve yüklenicinin performansı üzerindeki anlaşmazlıkları ortadan kaldırması sebebiyle, aksaklık iddialarında en çok başvurulan yöntem olma özelliğine sahiptir.[291] Bu özelliği ile yöntem, gerçek maliyetler ile bütçelendirilmiş maliyetler arasında yapılan üstünkörü bir karşılaştırmadan çok daha öte ve doğru sonuçlar vadetmektedir.[292] Ancak söz konusu yöntemin olumsuz yanları da yok değildir. Zira, iş bu yöntem ancak ve ancak söz konusu aksamadan etkilenmemiş, aynı işin özdeş bir kısmının bulunması halinde, yani bu aksamadan etkilenmiş işin karşılaştırılabileceği bir kısmın bulunması halinde uygulanabilmektedir.[293] Bu kapsamda işin tamamı veya belirli ya da ayrı bir bölümünün tümü aynı aksaklıktan etkilenmiş ise, bu durumda yöntemin uygulanması mümkün değildir. Bunun yanı sıra, etkilenen kısmın hem yükleniciden hem de iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle aksamış olması halinde de söz konusu yöntemin uygulanmasında ciddi sorunlarla karşılaşılabilmektedir.[294]

Şubat 2017 tarihli İnşaat Hukuku Derneği Gecikme ve Aksama Protokolü'nün 18.16. maddesine göre "*measured mile*" yönteminde, belirlenen aksaklıklardan etkilenen iş alanlarında veya dönemlerinde elde edilen verimlilik düzeyi, söz konusu aksaklıklardan etkilenmeyen aynı veya benzer faaliyetlerle alakalı aynı alan veya dönemlerde ki verimlilikle karşılaştırılması gerekmektedir. Bu kapsamda benzerin benzeri ile karşılaştırılmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir projenin öğrenme bölümü de diyebileceğimiz başlangıç kısmında yürütülen işin, daha sonra yapılan çalışmalarla karşılaştırılmaması gerekmektedir. Ayrıca, seçilen alan ya da dönemin güvenilir bir örnek olarak kabul edilebilmesi için yeterince uzun olması da gerekmektedir. Bunların yanı sıra, "*measure mile*" yöntemi karmaşık ve belge yoğun nitelikte de olabilmektedir. Yöntemin özellikle etkilenen iş faaliyetini karşılaştırmak için esas kabul edilebilecek aynı veya benzer bir iş faaliyetinin tamamen etkilenmemiş bir dönem veya alanının bulunmaması ya da verimlilik kaybının ölçüldüğü etkilenen

[291] Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol madde 18.16. <https://www.scl.org.uk/sites/default/files/documents/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition_Final.pdf> Erişim Tarihi 25.08.2020.
[292] Geisinger, s. 268.
[293] Bremen & Ammar, s. 67.
[294] Geisinger, s. 268.

iş faaliyetinin, tazminat hakkına yol açmayan ve verimlilik hesaplanması ihtiyacına yol açan konulardan da etkilenmiş olması hallerinde problematik olabileceği kabul edilmektedir. Tüm bunların yanı sıra, yöntem ne kadar çok uygulanırsa, o kadar teorik ve güvenilmez bir hale de gelebilmektedir.[295]

2.2.2.3.3. Hızlandırma Tazminatı (Acceleration)

Gecikme tazminatının yanı sıra, hızlandırma iddialarıyla da inşaat uyuşmazlıklarında sıklıkla karşılaşılmaktadır. Hızlandırma iddiası, genellikle iş sahibinin yükleniciye işleri sözleşmede öngörülenden daha kısa bir süre içerisinde tamamlaması talimatı vermesi (açık hızlandırma) veya iş sahibinin sorumlu olduğu bir veya daha fazla olay nedeniyle, yüklenicin aynı süre içinde daha fazla iş ve çalışma yapmak zorunda kalması halinde (zımni hızlandırma) gündeme gelebilmektedir.[296]

Hızlandırma durumunda yüklenicinin, işi zamanından önce bitirmesinden kaynaklı ek maliyetlere hak kazandığı kabul edilmektedir. Ek maliyetler, vardiyaların artırılması suretiyle iş gücünün ve çalışan sayısının artırılması, fazla mesai yapılması, proje için tahsis edilmiş ekipman sayısının artırılması ya da yüklenicinin projeyi hızlandırmak için daha yüksek ücret ödeyerek ekipman ve malzeme tedarikinde bulunmasından kaynaklanabilir. Ancak, yüklenicinin kendi yararına işi hızlandırarak projeyi belirlenen tarihten önce bitirmeye karar vermesi halinde, bu kararından kaynaklanan ek maliyetleri talep etmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, yüklenicinin projenin inşasında kendi kusuru ile gecikmesi sebebiyle kaybettiği zamanı telafi etmek için makul oranda ekstra efor sarf etmek zorunda olup, bundan kaynaklanan ek maliyetleri de iş sahibinden talep etmesi doğal olarak mümkün değildir.[297]

Hızlandırma iddialarında ek maliyetlerin, yani yüklenicinin uğramış olduğu zararın ispatı oldukça zor olmakla birlikte, zımni hızlandırma iddialarının ispatı çok daha zordur. Açık hızlandırma iddialarında genellikle öngörülen ve bütçeye yansıtılmış maliyetler ile projenin bitiminde ortaya çıkan gerçek maliyetler arasındaki fark talep edilmektedir. Bu durumda bütçede yer alan maliyetlerin gerçekliği ve ek

---

[295] Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol madde 18.16.a. <https://www.scl.org.uk/sites/default/files/documents/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition_Final.pdf> Erişim Tarihi 25.08.2020.

[296] Bremen & Ammar, s. 67; Gelişen, s. 288-289.

[297] Geisinger, s. 263-264.

maliyetler ile projenin hızlandırılması arasındaki illiyet bağının ispatı gerekmektedir.[298]

Zımni hızlandırma iddiasının ispatı ise çok daha zordur. Zira bu durumda yüklenicinin, yukarıda sayılanlara ek olarak, süre uzatımını gerektirir bir durumun varlığını da ispatlaması gerekmektedir. Bu sebeple, söz konusu iddianın ispatı oldukça zor olup, nadir olarak ileri sürülmekte ve genellikle de süre uzatımı ve zararların tazminine yönelik iddialar ile paralel olarak gündeme gelmektedir.[299]

2.2.2.3.4. Kar Kaybına Dayalı Tazminat Talepleri

Kar kaybına dayalı tazminat talepleri, genellikle inşaat sözleşmesinin sona ermesinden sonra gündeme gelmekte olup, bu kapsamda sözleşmenin yüklenici tarafından haklı sebeple feshedilmesi ya da iş sahibi tarafından haksız bir şekilde feshedilmesi halinde, yüklenici kar kaybına yönelik tazminat talebinde bulunabilir.[300]

Kar kaybına dayalı tazminat iddialarının ispatı oldukça zordur. Zira, talep edilen tazminat miktarının hesaplanmasında kullanılan kâr marjının belgelerle kanıtlanması ve iş bu kâr marjının da makul kabul edilebilecek bir oran olması gerekmektedir.[301] Daha önce de ifade edildiği üzere, inşaat sözleşmeleri ücret türüne bağlı olarak üçe ayrılarak incelenmektedirler. Bu kapsamda maliyet+kâr inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin edeceği kar miktarının yüzdelik olarak sözleşmede belirlenmiş olması halinde, kar kaybına dayalı tazminat miktarının hesaplanması, diğer sözleşme türlerine göre çok daha kolay hale gelmektedir. Buna karşılık, yüklenicinin elde edeceği kar miktarının/oranının sözleşmede açıkça belirlenmemiş olduğu projelerde, yüklenici elde edeceği kar miktarını da ayrıca ispatlamak zorunda kalacaktır. Bu kapsamda yüklenici, öncelikle projeden fiilen bir kar elde edeceğini ve bu kapsamda bütçe maliyetlerinin gerçekçi olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda yüklenici, işlerin maliyetlerini açıklamak zorunda kalacağından, bir takım mesleki sırlarının ifşa olması gibi istenmeyen durumlarla da karşı karşıya kalabilmektedir.[302]

[298] Geisinger, s. 264.
[299] Geisinger, s. 264; Bremen & Ammar, s. 67.
[300] Geisinger, s. 269; Gelişen, s. 290.
[301] Senogles & Raneda, s. 297.
[302] Geisinger, s. 269-270.

Sözleşmenin iş sahibine atfedilen bir sebeple sona ermesinden kaynaklı kar kaybına dayalı tazminat taleplerinin yanı sıra, diğer inşaat projeleriyle alakalı fırsatların kaçırılmasından dolayı da tazminat talebinde bulunulması mümkündür. Bu gibi durumlarda söz konusu zarar miktarının ispatlanabilmesi için çeşitli bilgi ve belgelerin temini gerekmektedir. Bu kapsamda benzer projeler için verilen teklifler ile maliyet, sabit masraflar ve nihai kâr marjını gösterir yükleniciye ait iç muhasebe kayıtlarının, benzer projelerdeki kâr marjının tespiti için yüklenicinin finans departmanı tarafından muhafaza edilen detaylı iş tahminlerinin, yüklenici tarafından daha önce sonuçlandırılan benzer proje çıktılarının ve sektördeki kâr marjı standartlarının delil olarak sunulması ve iş bu bilgi ve belgelerin detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir.[303]

2.2.2.3.5. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Yüklenicinin Uğramış Olduğu Zararlar ile Yapmış Olduğu Ek Giderlerin Tazmini

2.2.2.3.5.1. Genel Olarak

İş sahibi, iş sahibi temsilcisi veya personeli ya da iş sahibi tarafından istihdam edilen diğer yüklenicilerin sözleşme kapsamında yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu sebeple de yüklenicinin herhangi bir zarara uğraması ya da bir takım ek giderlerde bulunması halinde, yüklenicin söz konusu zarar ve giderlerinin karşılanması gerekmektedir. Ancak, FIDIC sözleşmeleri kapsamında tarafların, kâr kaybını, iş bu sözleşme sebebiyle başka herhangi bir sözleşmeyi kaybetmesinden veya sözleşme ile bağlantılı olarak maruz kalabileceği herhangi bir doğrudan ya da dolaylı zararını diğer taraftan talep etmesi, istisnai durumlar dışından mümkün değildir.[304]

FIDIC sözleşmelerine göre taraflar 1.15. maddede sayılan istisnai durumlar dışında, diğer taraftan kâr kaybı ile diğer doğrudan ya da dolaylı zararı talep etmesi kural olarak mümkün değildir. Bu kapsamda yüklenici ancak;

- Değişiklik talimatı,

[303] Senogles & Raneda, s. 297-298.
[304] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.14.

- İş sahibinin 15.7. madde kapsamında kendi lehine olarak sözleşmeyi feshetmesi,
- 16. madde kapsamında kendisinin sözleşmeyi feshetmesi,
- İş sahibi tarafından 17.3. ve 17.5. maddelerin ihlal edilmesi,

halinde iş sahibinden kâr kaybının yanı sıra diğer doğrudan ya da dolaylı zararın giderilmesini talep edebilir.[305]

Bu kapsamda doğrudan (*consequential/direct*) ya da dolaylı (*indirect*) zarar kavramları ile bunlardan ne anlaşılması gerektiği konusu üzerinde durulması gerekmektedir. İş bu kavramlar, Anglosakson Hukuk Sisteminde, sözleşme hukukunda belirli zarar türlerinin birbirinden ayırt edilmesi için kullanılmakta olup, bu sayede sözleşmenin ihlalinden kaynaklı olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın, iş bu ihlalin olağan dışı ve öngörülemez sonuçlarından kaynaklı sorumluluğunun sınırlandırılması, başka bir deyişle, iş bu zararlardan kural olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumlu tutulmaması amaçlanmaktadır.[306]

Doğrudan zarar kavramı kısaca, sözleşmenin ihlalinin olağan sonuçları olarak tanımlanabilir. Örneğin bir yüklenicinin inşa ettiği evin pencerelerini özensiz ve yanlış bir şekilde monte edilmesinden kaynaklı olarak, içeri giren yağmur suları sebebiyle evin duvarlarının hasar görmesi halinde, sözleşmenin ihlalinden kaynaklı bir doğrudan zarar söz konusu olacaktır. Bu durumda inşaat sahibi, iş bu doğrudan zararın giderilmesini yükleniciden talep edebilir. Buna karşılık bazı durumlarda sözleşmenin ihlalinin bir takım dolaylı sonuçlarıyla da karşılaşılabilir. Örneğin yukarıdaki pencere örneğinden devam edecek olursak, iş sahibinin evin inşaatı biter bitmez onu kiraya vermeye niyetli olduğu bir durumda, iş bu hatalı pencere montajı sebebiyle, birkaç ay evi geç kiraya vermesinden kaynaklı kira gelirinden mahrum kalması halinde, iş sahibinin mahrum kaldığı kira geliri bir dolaylı zarardır. Anglosakson Hukuk Sistemine göre, yüklenici, ancak sözleşme tarihindeki durum ve koşullar dikkate alındığında, iş sahibinin bu niyetinden haberdarsa, söz konusu kira kaybı makul kabul edilebilecek ve iş sahibi bu dolaylı zararının giderilmesini yükleniciden talep edebilecektir.[307]

[305] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.14.
[306] Godwin, s. 24.
[307] Godwin, s. 24.

Örneğin "*Hadley v. Baxendale*" kararına göre, sözleşmenin, taraflardan birisi tarafından ihlal edilmesi halinde, zarar gören taraf ancak, ya iş bu ihlalin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan olağan (doğrudan) zararlarını ya da sözleşmenin yapıldığı sıradaki özel durum ve koşullar dikkate alındığında, tarafların her ikisi bakımından da sözleşmenin ihlalinin muhtemel bir sonucu olarak ortaya çıkması makul olarak kabul edilebilecek (dolaylı) zararlarının giderilmesini diğer taraftan talep edebilir.[308]

Doğrudan ve dolaylı zarar kavramları ile alakalı "*Victoria Laundry Ltd. v. Newman Ltd.*" kararında, işletmesini büyütme niyetinde olan davacı çamaşır yıkama şirketi, davalı tarafa bir kazan siparişi vermiş ve kazanın teslim tarihi taraflar arasında kesin olarak belirlenmiştir. Kazan, üçüncü şahıslar tarafından sökülürken meydana gelen bir aksilik sonucu hasar görmüş ve bu sebeple de firmaya teslimatı gecikmiştir. Oysa davalı taraf, davacı tarafın kazanı mümkün olan en kısa sürede kullanıma sokmayı amaçladığın farkındadır. Zira bu husus kendisine yazılı olarak da bildirilmiştir. İş bu gecikmenin bir sonucu olarak çamaşır yıkama şirketi, bir takım çok kazançlı sözleşmeleri kaybetmiştir. Yapılan yargılama sonucunda, davalı tarafın bilgi sahibi olmadığı iş bu sözleşmelerdeki kar kaybından sorumlu tutulamayacağı, ancak davalı tarafın yine de bir mühendis ve tacir olarak içinde bulunduğu durum ve koşullar dikkate alındığında, iş bu gecikmeden kaynaklı olarak davacı tarafın bir tür iş kaybı yaşayacağını ve iş bu kayıptan sorumlu olacaklarını bildikleri ya da bilmeleri gerektiğine hükmedilmiştir.[309]

İş sahibinin herhangi bir dolandırıcılık, ağır ihmali, kasıtlı temerrüdü sebebiyle yüklenicinin zarara uğraması halinde, tarafların sorumluluklarına ilişkin söz konusu hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp, yüklenici yukarıda belirtilen durumlar dışında da kâr kaybı, iş bu sözleşme sebebiyle başka herhangi bir sözleşmeyi kaybetmesinden veya sözleşme ile bağlantılı olarak maruz kalabileceği tüm doğrudan ya da dolaylı zararların giderilmesini iş sahibinden talep edebilir.[310]

Yukarıda ifade edilen hususların yanı sıra, mevzuatta yapılan değişiklikler sebebiyle de yüklenici, belirlenen sözleşme bedelinde birtakım değişiklikler yapılmasını talep edebilir. Gerçekten FIDIC sözleşmelerine göre, yeni kanunların

[308] Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch 341, paraf. 354.
[309] Victoria Laundry Ltd v. Newman Ltd [1949] 2KB 528.
[310] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.14.

yürürlüğe girmesi, mevcut kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması dahil olmak üzere, projenin yürütüldüğü ülke mevzuatında değişiklik yapılması, uygulanacak olan mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak adli ve idari merciler tarafından değişikliğe gidilmesi, iş sahibi ya da yüklenici tarafından 1.13. madde kapsamında alınması gerekli izin, ruhsat, lisans ve onay koşullarında değişiklik yapılması halinde, yüklenici tarafından sözleşme bedelinin artırılması talep edilebilir.[311]

Mevzuatta yapılan her değişikliğin 13.6. madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu kapsamda da yüklenicinin belirlenen sözleşme bedelinde bir artırım talep etmesi mümkün değildir. Yüklenicinin ek ücret talebinde bulunabilmesi için, söz konusu değişikliklerin ihale teklifi için öngörülen son başvuru tarihinden önceki 28 gün veya daha sonraki bir tarihte yapılmış ya da resmi olarak yayınlamış olması ve bu değişikliklerin yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini olumsuz yönde etkilemiş olması gerekmektedir. Bu durumda yüklenici, 20.2. madde kapsamında iş sahibinden ek ödeme talebinde bulunabilir. [312]

2.2.2.3.5.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Yüklenicinin Uğramış Olduğu Zararlar ile Yapmış Olduğu Ek Giderlerin Tazmini İçin Uygulanması Gerekli Usul

FIDIC sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin uğramış olduğu zarar ve giderlerinin tazmini amacıyla uygulanması gerekli usul kuralları ile yukarıda açıklanan süre uzatımı talepleri için uygulanması gerekli usul kuralları aynıdır. Bu sebeple de aynı emsal ve kurallar, zarar ve giderlerin tazmini için de geçerlidirler.[313]

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 20.2. maddesine göre, ek ödeme/tazminat talebinde bulunacak olan yüklenicinin, öncelikle mümkün olan en kısa süre içerisinde, mühendise (Gümüş Kitap kapsamında işveren temsilcisine (bundan sonra sadece mühendis olarak ifade edilecektir)) ek ödeme/tazminata neden olan olay ya da durumu da açıklayan bir bildirimde *(Notice of Claim)* bulunması

[311] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.
[312] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.
[313] Bremen & Ammar, s. 66-67.

gerekmektedir. Yüklenicinin bu aşamada bir iki cümleden oluşan bir bildirimde bulunması yeterli olup, talep edilen miktarı bildirmesine ya da talebine dayanak herhangi bir belge sunmasına gerek bulunmamaktadır.[314]

Yüklenicinin, ek ödemeyi/tazminatı gerektiren olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 gün geçtikten sonra ek ödeme/tazminat talebinde bulunması kural olarak mümkün değildir.[315] Zira, söz konusu süre bir hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan, iş bu süre geçtikten sonra ilgili tarafın ek ödeme talebinde bulunması kural olarak mümkün değildir.[316]

Bu tarz bir bildirim alan mühendisin, öncelikli olarak söz konusu bildirimin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığını incelemesi gerekmektedir. Bu kapsamda mühendisin, söz konusu bildirimin yüklenicinin ek ödemeye/tazminata neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre geçtikten sonra yapıldığını tespit etmesi halinde, bildirimi aldığı tarihten itibaren 14 günlük süre içerisinde, yükleniciye durumu açıklayan bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin iş bu 14 günlük süre içerisinde yükleniciye bu yönde bir bildirimde bulunmaması halinde ise, yapılan bildirimin geçerli olduğu kabul edilecektir. Ancak, mühendisten farklı olarak iş sahibinin, söz konusu bildirimin geçerli olmadığı kanaatinde olması halinde, sebepleri ile birlikte mühendise bir bildirimde bulunarak söz konusu kararın gözden geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.[317]

Aynı süre uzatım taleplerinde olduğu gibi, FIDIC sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin 28 günlük süre geçtikten sonra kural olarak zararlarının tazmini ya da ek ödeme talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak söz konusu hükmün geçerliliği uygulanacak hukuka bağlı olarak birtakım tartışmalara sebep olabilmektedir. Gerçekten de FIDIC sözleşmeleri, daha önce de ifade edildiği üzere emredici uluslararası hukuk kuralları olmayıp, birer özel hukuk sözleşmesi niteliğindedirler. Bu sebeple de sözleşme hükümlerinin, uygulanacak ülke hukukunun emredici kurallarına

[314] Seppala (2005), s. 285.
[315] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.1.
[316] Aynı yönde bkz. El-Ghrory & Bin Tahir & Ismail, s. 171; Godwin, s. 183. 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından aynı yöndeki görüş için bkz. Seppala (2001), s. 4.
[317] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2.

aykırı olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda Anglosakson Hukuk Siteminde söz konusu hükmün geçerliliği konusunda genel olarak herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Örneğin "*Obrascon Huarte*" kararında 1999 tarihli Sarı Kitap'ın 20.1. maddesi kapsamında (Kırmızı ve Gümüş Kitap'ta da aynı düzenleme yer almaktadır) süre uzatımı ve tazminat talebinde bulunabilmek için öngörülen söz konusu süre sınırlamasının hakkaniyet ilkesi gereği dar olarak yorumlanmak suretiyle, İngiliz Hukuku bakımından geçerli ve uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir.[318]

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ise durum biraz daha karışıktır. Zira hükmün taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olarak nitelendirilerek, geçerli olmadığı iddiası ile karşılaşılabileceği ifade edilmektedir.[319] Kanaatimizce, her bir somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmekle birlikte, TBK'nın 20 vd. maddelerinde yer alan genel işlem koşularına ilişkin hükümler dikkate alındığında, FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen iş bu 28 günlük süre sınırlamasının TBK'nın 20 vd. maddeleri kapsamında geçersiz olduğu kabul edilemez.[320]

Uygulanacak hukuk olarak İslam Hukuku'nun seçilmesi halinde de İslam Hukuku'nda hukuki taleplerin zamanaşımına tabi olmaması sebebiyle, 20.2.1. maddede öngörülen iş bu 28 günlük sürenin uygulanmasına ilişkin birtakım sorunlarla karşılaşılabileceği ifade edilmektedir.[321]

Söz konusu bildirimin süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılmasının ardından yüklenicinin, ek ödemeye/tazminata ilişkin ayrıntılı talebini mühendise sunması gerekmektedir. Buna göre yüklenici, mühendis ile farklı bir süre kararlaştırılmadıkça, ek ödemeye/tazminata neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 84 günlük süre içerisinde mühendise ayrıntılı talebini (*fully detailed claim*) sunması gerekmektedir.[322]

---

[318] Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC); [2014] B.L.R. 484; [2014] C.I.L.L. 3536. Benzer yönde kararlar için bkz. Multiplex Construction v. Honeywell Control Systems [2007] EWHC 447 (TCC); Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. [2007] EWHC 3454 TCC; WW Gear Construction Ltd v. McGee Group Ltd [2010] EWHC 1460. Ayrıca bkz. Lenz, s. 242-244.

[319] Lenz, s. 242-244.

[320] Konu ile alakalı ayrıntılı değerlendirme için bkz. Şener, s. 802-806.

[321] Gelişen, s. 292.

[322] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.

Bir ek ödeme/tazminat talebinin ayrıntılı talep olarak kabul edilebilmesi için; söz konusu talebe sebep olan olay ya da durumun ayrıntılı açıklamalarını, iş bu talebinin sözleşme ve diğer yasal kurallar çerçevesindeki dayanaklarını, talep ile ilgili olarak yüklenicinin dayandığı tüm güncel kayıtları ve istenen ek ödeme/tazminat miktarını destekleyen diğer ayrıntıları içermesi gerekmektedir.[323] Güncel kayıtlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda FIDIC sözleşmelerinden herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu sebeple söz konusu sözleşme hükmünün mahkeme ve tahkim kararları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir İngiliz Mahkemesi kararında, güncel kayıtlar terimi, yüklenici veya işveren tarafından taleple ilgili olarak üretilmiş veya hazırlanmış orijinal veya birincil belgeler ya da bunların kopyaları olarak tanımlanmıştır.[324]

Yüklenicinin 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini mühendise sunmaması halinde yapmış olduğu bildirim *(Notice of Claim)* geçersiz hale gelecektir. Bu durumda mühendisin 84 günlük sürenin dolmasından sonraki 14 günlük süre içerisinde yükleniciye, yapmış olduğu bildirimin *(Notice of Claim)* geçersiz hale geldiğine dair bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin iş bu 14 günlük süre içerisinde bu yönde bir bildirimde bulunmaması halinde ise, yapılan bildirimin geçerli olduğu kabul edilecektir. Ancak iş sahibinin, mühendisten farklı olarak, söz konusu bildirimin geçerli olmadığı kanaatinde olması halinde, sebepleri ile birlikte mühendise bir bildirimde bulunarak söz konusu kararın gözden geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.[325]

Her ne kadar yüklenicinin 28 günlük süre içerisinde bildirimde bulunmaması ya da 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini sunmaması halinde, yapılan iş bu bildirimin kural olarak geçersiz sayılacağı belirtilmiş olsa da yüklenici geç başvuruda bulunmasını haklı kılan sebepleri açıklayarak bildirimin geçersiz sayılmasını engelleyebilir.[326] Yukarıda da ifade edildiği üzere, nelerin geç başvuruda bulunulmasını haklı kılan sebep olarak kabul edilebileceğine dair FIDIC

[323] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.4.

[324] Her Majesty's Att.-Gen. for the Falkland Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd [2003] B.L.R. 285.

[325] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.4.

[326] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.

sözleşmelerinde herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi (*estoppel by conduct*) bir haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de iş sahibinin yazılı bildirim yapıldıktan sonra yükleniciye ayrıntılı talebini sunmasına gerek olmaksızın istediği tazminatın kendisine ödeneceği yönünde haklı bir izlenim uyandırması halinde, artık yüklenicinin 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini sunmadığı gerekçesiyle uğramış olduğu zararların tazmini ya da ek ödeme talebinin reddedilmemesi gerekmektedir.

Ayrıntılı talebin usulüne uygun olarak süresi içerisinde yapılmasının ardından 3.7. maddede belirtilen prosedür işletilecektir. Buna göre mühendis, öncelikli olarak taraflarla bir araya gelerek, talep hakkında tarafların bir anlaşmaya varmaları için faaliyetlerde bulunacaktır. Tarafların taleple ilgili bir anlaşmaya varamamaları halinde ise, mühendis kendisi bir karar verecektir. Mühendisin verdiği karardan tarafların memnun olmaması halinde ise iş bu karara karşı olarak taraflar 21. madde gereğince sırasıyla DAAB ve tahkim yoluna başvurabilirler. Bu konu ileriki aşamalarda FIDIC sözleşmelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacağından, tekrara düşmemek için bu aşamada daha fazla açıklamada bulunulmayacaktır.

2.2.2.4 Öngörülemeyen Fiziksel Koşullar

2.2.2.4.1. Genel Olarak

Herhangi bir inşaat projesi kapsamında karşılaşılan önemli risklerden bir diğeri de yüklenicinin inşaat sırasında sahada daha önceden öngörülemeyen ve işin gecikmesine veya maliyetlerin artmasına neden olan fiziksel koşullardır.[327]

Öngörülemeyen fiziksel koşullar, 2017 tarihli FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 4.12. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, fiziksel koşullar terimi, inşaat alanındaki iklim koşulları ile bu iklim koşullarının etkileri haricinde, yüklenicinin işin yerine getirilmesi sırasında yeraltı ve hidrolojik koşullar dahil olmak üzere, inşaat alanında karşılaştığı doğal ve insan kaynaklı fiziksel koşul ve engeller ile kirleticileri kapsamaktadır.[328]

[327] Seppala (1991/8), s. 1057.
[328] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.12; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.12.

Konu ile alakalı olarak dikkat edilmesi gerekli en önemli hususlardan birisi de şüphesiz olumsuz iklim koşuları ile bunların etkilerinin açıkça 4.12. madde kapsamına dahil edilmeyip, dışlanmış olmasıdır. Bu sebeple, olumsuz iklim koşulları ve bunların etkileri birer öngörülemeyen fiziksel koşul olarak kabul edilemezler. Zira FIDIC sözleşmeleri kapsamında olumsuz iklim koşulları, öngörülemeyen fiziksel koşullardan ayrı tutularak 8.5. madde kapsamında süre uzatımı ile alakalı ele alınmıştır. Ancak dikkat edilmelidir ki, olumsuz iklim koşulları ile karşı karşıya kalan yüklenici 8.5. madde kapsamında sadece süre uzatımı talep edebilecek olup, 4.12. maddede olduğu gibi iş sahibinden ek ödeme talep etmesi mümkün değildir. Zira 8.5. maddede yükleniciye böyle bir imkân tanınmamıştır.[329]

İlk bakışta, hidroloji gibi jeoloji ile alakalı olmayan unsurların da madde metnine dahil edilmesi sebebiyle, terimin sınırlarının genişletildiği düşünülebilecek olsa da aslında bu tam olarak doğru değildir. Zira madde başlığı "Öngörülmeyen Fiziksel Koşullar" (*Unforeseen Ground Condition*) yerine "Öngörülemeyen Fiziksel Koşullar" (*Unforeseeable Ground Condition*) şeklinde kaleme alınmıştır. Maddede objektif bir niteliğe sahip olan öngörülemezlik kavramı tercih edildiğinden, ancak deneyimli bir yüklenici tarafından ihale teklifi sunulduğu tarihte öngörülmemesi makul kabul edilebilecek olan koşulların madde kapsamına dahil olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple taraflarca öngörülmeyen, ancak objektif olarak öngörülebilir olan koşulların madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.[330]

FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap kapsamında meydana gelen bir vakanın öngörülebilir olup olmadığına karar verirken, birtakım unsurların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Öncelikli olarak yukarıda da ifade edildiği üzere, burada önemli olan meydana gelen vakanın taraflarca önceden öngörülüp öngörülmediği olmayıp, bunun sektöre göre deneyimli kabul edilebilecek bir yüklenici tarafından, objektif olarak öngörülüp öngörülemeyeceğidir. Bu yapılırken de ihale başvuru tarihi itibariyle yüklenicinin sahip olduğu mevcut bilgiler, yapılacak işin kapsam ve niteliği, sözleşme bedeli ile genel mühendislik bilgisinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu kapsamda yukarıda belirtilen dört husus dikkate

[329] Godwin, s. 54.
[330] Baker & Robottom & Lavers, s. 57.

alındığında, ihale tarihi itibariyle deneyimli bir yüklenici tarafından söz konusu fiziksel koşullar öngörülemeyecek nitelikte ise, bunlar öngörülemeyen fiziksel koşullar olarak kabul edilebilecektir. Bu hususun da yüklenici tarafından ispatlanması gerekmektedir.[331]

1999 tarihli FIDIC Sarı Kitap'ın 4.12. maddesi kapsamında öngörülebilirlik konusu, kısa süre önce "*Obrascon Huarte"* davasında ele alınmıştır. Söz konusu kararda mahkeme, davacı İspanyol müteahhittin karşılaşmış olduğu kirlenmiş toprakla ilgili fiziksel koşulların, ihale başvuru tarihi itibariyle deneyimli bir yüklenicinin karşılaşabileceğinden daha fazla olmadığına hükmetmiş olup, iş bu karar temyiz mahkemesi tarafından da onanmıştır.[332]

Gümüş Kitap'ın 4.12. maddesinde ise, farklı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, aksi belirtilmedikçe yüklenicinin, üstlendiği işleri etkileyebilecek riskler, olasılıklar ve diğer durumlar ile ilgili gerekli tüm bilgilere sahip olduğu ve sözleşmeyi imzalamakla da bu işleri başarıyla tamamlamanın tüm zorlukları ile maliyetlerini öngörerek tüm sorumluluğu kabul ettiği farz edilmektedir. Bu sebeple de herhangi bir öngörülemeyen ya da öngörülmeyen riskin ortaya çıkması halinde dahi, yüklenici hiçbir ek ödenme talebinde bulunamayacaktır.[333] Buradan da anlaşılabildiği üzere, Gümüş Kitap'ta öngörülemeyen durumlar -öngörülmeyen ya da öngörülemeyen zemin koşulları da dahil olmak üzere- ile alakalı riskler genel olarak yüklenicinin üzerine bırakılmıştır. Ancak bu durumun iki istisnası bulunmaktadır. Öncelikli olarak, sözleşmede kesin veya iş sahibinin sorumluluğu altında olduğu belirtilen kısımlar, veriler ve bilgiler ile sözleşmede aksi belirtilmedikçe yüklenici tarafından doğrulanamayan kısımlar, veriler ve bilgiler, işlerin veya bunların herhangi bir bölümünün amaçlanan tanımları ve tamamlanan işlerin test ve performans kriterleri ile alakalı olarak sağlanan bölüm, veri ve bilgilerden kaynaklanan sorunlardan iş sahibi sorumlu olacaktır.[334] Bu gibi durumlarla karşı karşıya kalan yüklenici, iş sahibinden süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunabilir.[335]

---

[331] Seppala (1991/8), s. 1061-1062; Nassar, s. 423; Baker & Robottom & Lavers, s. 57-58.
[332] Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 TCC; [2015] BLR 521.
[333] Gümüş Kitap (2017) madde 4.12.
[334] Gümüş Kitap (2017) madde 5.1.
[335] Baker & Robottom & Lavers, s. 58-59.

İkinci olarak, sözleşemeye uygulanacak hukuka bağlı olarak, söz konusu risk dağılımının değişebileceğine dair doktrinde birtakım görüşler de bulunmaktadır. Zira, Alman Hukuku uyarınca, iş sahibinin yükleniciye zemin koşullarıyla alakalı yanlış bilgi vermesi halinde, bu risk dağılımı hükümlerinin uygulanamayabileceği ifade edilmektedir.[336]

2.2.2.4.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Öngörülemeyen Fiziksel Koşullar

Herhangi bir öngörülemeyen fiziksel koşul ile karşı karşıya kalan yüklenicinin, FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 4.12.1. maddesi gereğince, söz konusu koşullar ortadan kalkmadan önce mühendise, onları denetleyip inceleyebilmesi için mümkün olan en kısa süre içerisinde bildirimde bulunması gerekmektedir. Ayrıca, mühendisin düzgün bir şekilde denetim ve inceleme görevini yerine getirebilmesi için, öngörülemeyen fiziksel koşulların neler olduğu, bu fiziksel koşulların neden öngörülemez olarak nitelendirildiği ile söz konusu fiziksel koşulların işin ilerlemesi ve maliyeti üzerindeki olumsuz etkilerinin ne şekilde gerçekleştiğine dair açıklamalara da bildirimde yer verilmesi gerekmektedir.[337]

Yükleniciden bu tarz bir bildirim alan mühendisin, yüklenici ile farklı bir süre kararlaştırmadıkları takdirde 7 günlük süre içerisinde söz konusu fiziksel koşulları inceleyip denetlemesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde yüklenicinin, fiziksel koşullara uygun ve makul önlemleri alarak işe devam etme ve mühendisin bu koşulları inceleyebilmesine olanak sağlamanın yanı sıra, mühendis tarafından iş bu fiziksel koşullara yönelik olarak verilecek talimatlara uyma yükümlülüğü de bulunmaktadır.[338]

Öngörülemeyen fiziksel koşullar sebebiyle işini ertelemek zorunda kalan ya da maliyetlerinde artış olan yüklenici, FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 20.2. maddesi kapsamında daha önceden yukarıda açıklanan prosedürlere uygun olarak iş sahibinden süre uzatımı ve ek ödeme talebinde bulunabilir.[339]

---

[336] Baker & Robottom & Lavers, s. 59.
[337] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.12.1; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.12.1.
[338] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.12.2 ve 4.12.3; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.12.2 ve 4.12.3.
[339] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.12.4. ve 20.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.12.4. ve 20.2.

2.2.2.5. İşin Alt Yükleniciye Devri

2.2.2.5.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, günümüz inşaat sözleşmeleri nitelikleri ve kapsamları itibariyle her geçen gün giderek daha karmaşık bir hale gelmekte ve bu durum tüm projenin tek başına bir yüklenici tarafından yerine getirilmesini pratik olarak imkânsız hale getirmektedir. Bu nedenle yüklenicilerin malzeme temini veya işlerin bir kısmının ifası için alt yükleniciler istihdam etmesi, teknik ve mali açıdan çok daha verimli olabilmektedir.[340]

Alt yüklenicilik uygulaması, uzmanlaşma ve ek iş gücü ihtiyacının giderilmesi gibi sebeplerle günümüz inşaat projelerinde giderek yaygınlaşmış ve modern inşaat sözleşmelerinin ortak bir özelliği haline gelmiş bulunmaktadır.[341] Alt yüklenici ile inşaat sahibi arasında imzalanmış herhangi bir sözleşme bulunmaması sebebiyle, alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklı sorumluluk, dolayısıyla da ödeme yükümlülüğü ana yükleniciye ait olmakla birlikte, ana yüklenicinin gerekli ödemeleri yapmaması halinde belirli koşullar altında alt yükleniciler, inşaat sahibinden birtakım taleplerde bulunabilirler.[342]

Alt yüklenicilik ile alakalı şart ve kısıtlamalara ilişkin hükümler sıklıkla detaylı bir şekilde inşaat sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu kapsamda çok nadir olarak yüklenicinin sözleşmeye konu işin tamamını bir alt yükleniciye yani taşerona devretmesine izin verilmektedir.[343]

Ana yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi her ne kadar birbirlerinden farklı olsalar da söz konusu sözleşmeler birbirleri ile doğrudan ilişkilidirler. Gerçekten de ana sözleşmeyle alakalı herhangi bir değişiklik, alt yüklenicilik sözleşmesini doğrudan etkileyebileceği gibi, alt yüklenicilik sözleşmesini

---

[340] Stavros Brekoulakis & Ahmed El Far, "Subcontracts and Multiparty Arbitration in Construction Disputes", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017, s. 87.

[341] Stiegler, s. 24; Nazmiye Çalgin, "İş Sahibi-Yüklenici-Alt Yüklenici İlişkilerinde Yaşanan Sorunlar", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018 (2018), s. 32-33.

[342] Werro, s. 564.

[343] Stiegler, s. 24.

etkileyen herhangi bir değişikliğin de ana sözleşme üzerinde birtakım etkilerinin olması kaçınılmazdır. Örneğin, alt sözleşmenin ifasındaki herhangi bir gecikme, yüklenicinin ana sözleşme kapsamında sorumluluğuna sebep olabileceği gibi, iş sahibinin ana sözleşme kapsamında projede birtakım değişiklikler talep etmesi de alt yüklenicinin iş tanımını ya da kapsamını kaçınılmaz olarak etkilemektedir.[344] Dolayısıyla ana yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesinin birbirleri ile paralel hükümler içermesi son derece önemlidir. Aksi halde birbirleri ile bağlantılı olan konularla ilgili olarak çok farklı sonuçlar ortaya çıkabilir ki bu durum sözleşmelerinin tarafları için son derece karmaşık uyuşmazlıklara sebep olabilmektedir. Bunun yanı sıra ana sözleşmede öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile alt yüklenicilik sözleşmesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve ana sözleşmede kullanılan terimler ile alt yüklenicilik sözleşmesinde kullanılan terimlerin ve uygulanacak hukukun birbirleri ile uyumlu olmasına da azami oranda dikkat edilmesi gerekmektedir.[345]

Alt yüklenicilik sözleşmesinin ana sözleşme dikkate alınarak ifa edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda genel olarak alt yüklenicilik sözleşmelerinde, ana sözleşmeye doğrudan atıfta bulunulduğu görülmektedir. Ancak bu durum, iş sahibi, ana yüklenici ve alt yüklenici arasında çok taraflı bir sözleşme ilişkisi kurulduğu anlamına gelmemektedir. Benzer şekilde, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinde ya da sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarında aksi öngörülmedikçe, iş sahibi ve alt yüklenici arasında doğrudan bir sorumluluk ilişkisi de doğmamaktadır. Kural olarak ana yüklenici iş sahibine, alt yüklenici de ana yükleniciye karşı sorumlu olmaktadır.[346]

Bir İngiliz Mahkemesi tarafından *"Lafarge Redland Aggregate Ltd. v. Shephard Hill Civil Engineering"* kararında, alt yüklenicilik sözleşmesinde ana sözleşmeye kapsamlı bir atıfta bulunmuş olmasına rağmen, iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir yasal ilişki bulunmadığı ve ana sözleşmedeki hükümlerin, ana yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi üzerinde önemli bir etkiye sahip olmakla

[344] Brekoulakis & El Far, s. 87-88.

[345] Çalgin (2018), s. 37-38; Melane Van Leeuwen, "Internal Disputes Between the Members of Unincorporated International Construction Joint Ventures", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-III**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2019, s. 321.

[346] Brekoulakis & El Far, s. 88-90.

birlikte, iş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurmadığı ifade edilmiştir.[347]

Kural olarak iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, iş sahibi ile alt yüklenicinin birbirlerine karşı doğrudan herhangi bir sorumlulukları bulunmamakla birlikte, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinde ya da sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarında aksi yönde bir düzenlemenin mevcut olması, veyahut da alt yüklenicinin iş sahibine karşı açık veya zımni bir garanti vermesi durumda, alt yüklenici iş sahibine karşı doğrudan sorumlu tutulabilir. Örneğin "*Shanklin Pier v. Detel Products*" davasında, iş sahibi ile ana yükleniciler arasında savaş sırasında yıkılan bir iskelenin onarılması ve yeniden boyanması konusunda anlaşma sağlanmıştır. İskelenin yeniden boyanması konusunda alt yüklenici, iş sahibi ile görüşerek yapılacak boyanın en az 7 ila 10 yıl ömre sahip olacağı konusunda açık bir garanti vermiştir. İngiliz Mahkemesi tarafından, ana sözleşmenin tarafı olmayan alt yüklenici tarafından iş sahibine verilen iş bu garantinin geçerli olup olmadığı irdelenmiş ve her ne kadar iş sahibi ile alt yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da iş sahibinin iş bu açık garantinin ihlali nedeniyle alt yükleniciden tazminat talep etme hakkına sahip olduğuna karar verilmiştir.[348]

Benzer şekilde beyan yoluyla da iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir özen yükümlülüğü kurulduğu kabul edilerek, iş sahibi tarafından alt yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilir. Örneğin "*IBA v. EMI*" davasında, iş sahibi IBA ile ana yüklenici EMI arasında bir televizyon kulesi inşaatı konusunda anlaşmaya varılmış, akabinde ana yüklenici EMI, kuleyi tasarlayıp inşa etmek üzere alt yüklenici BICC ile anlaşmıştır. Ancak yapılan kulenin çökmesi üzere iş sahibi IBA tarafından, EMI ve her ne kadar aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da BICC'e karşı dava açılmıştır. İngiliz Mahkemesi tarafından, alt yüklenici BICC'in iş sahibi IBA'ya göndermiş olduğu bir mektupta yer alan ifadeler dikkate alınarak, bu ifadelerin iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir tür özen yükümlülüğü oluşturduğu ve bu sebeple de alt yüklenicinin iş sahibine karşı doğrudan sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.[349]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ana sözleşme ile alt yüklenicilik sözleşmesinin birbirleri ile paralel hükümler ihtiva etmesi son derece önemlidir. Aksi

[347] Lafarge Redland Aggregates Ltd v. Shephard Hill Civil Engineering Ltd [2000] 1 WLR.
[348] Shanklin Pier Ltd. v. Detel Products Ltd. [1951] 2 K.B. 854.
[349] Independent Broadcasting Authority v. EMI Electronics Ltd [1980] 14 B.L.R. 1.

takdirde taraflar çok zor ve karmaşık durumlarla karşı karşıya kalabilirler. Örneğin, "*Smith v. Johnson Bros*" davasına konu olan olayda, ana sözleşme kapsamında iş sahibine işleri geçici olarak askıya alma yetkisi tanınmış olup, böyle bir durumda ana yüklenicinin süre uzatımı talebinde bulunabileceği ancak işlerin askıya alınmasından kaynaklı ek maliyetleri talep edemeyeceği kararlaştırılmıştır. Aynı şekilde alt yüklenicilik sözleşmesinde, ana yükleniciye iş sahibi ile paralel olarak işleri geçici olarak askıya alma hakkı tanınmış, ancak böyle bir durumda alt yüklenicinin süre uzatımının yanı sıra işlerin geçici olarak askıya alınmasından kaynaklı masraf ve giderleri ana yükleniciden talep edebileceği kararlaştırılmıştır. İlerleyen aşamalarda iş sahibi tarafından işler geçici olarak askıya alınmış, bu sebeple ana yüklenici tarafından da işler geçici olarak durdurulmuştur. İşlerin askıya alınması sebebiyle ana yüklenici iş sahibinden ana sözleşme kapsamında süre uzatımı talebinde bulunmuş olmasına rağmen, alt yüklenici ana yükleniciden hem süre uzatımı hem de ek masraf ve gider taleplerinde bulunmuştur.[350] İş bu somut olaydan da anlaşılabileceği üzere, ana sözleşme ile alt yüklenicilik sözleşmelerinin birbirlerine paralel hükümler içermesi son derece nemlidir.

Alt yükleniciler, yüklenici tarafından seçilen onaylanmış alt yükleniciler (*domestic subcontractor*) ve iş sahibi tarafından belirlenmiş atanmış alt yükleniciler (*nominated subcontractors*) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Onaylanmış alt yükleniciler bizzat ana yüklenici tarafından seçilirken, atanmış alt yükleniciler ise ya doğrudan iş sahibi tarafından belirlenmekte ya da iş sahibi ile ana yüklenici tarafından karşılıklı mutabakatla belirlenmektedirler. Onaylanmış bir alt yüklenicinin söz konusu olması halinde kural olarak alt yüklenici ile ilgili her türlü kusurdan asıl yüklenici de sorumlu olacaktır.[351]

Atanmış alt yüklenici uygulamasının hem iş sahibi hem de yüklenici için çeşitli avantajları bulunmaktadır. İş sahibi açısından, atanmış alt yükleniciler, iş sahibinin veya mühendisin uzman bir alt yüklenici seçimine dahil olmasına izin vereceği için, önceden bilinen ve bu sebeple de kalitesinden emin olunan alt yükleniciler seçilebilecek, böylece iş sahibi işin kalitesinden emin olabilecektir. Bunun yanı sıra, iş sahibi, ana sözleşmenin imzalanmasından önce alt yükleniciyi belirleyebileceği ve

[350] Smith and Montgomery v. Johnson Bros Co [1954] 1 DLR 392.
[351] Brekoulakis & El Far, s. 89.

böylece atanan alt yükleniciden ihale sırasında ana yüklenici haberdar olabileceği için, atanmış alt yüklenici uygulaması zamanda da tasarruf sağlamaktadır. Ana yüklenici açısından bakıldığındaysa, ana yüklenici, alt yüklenicinin çalışmasından kaynaklanan risk ve yükümlülüklerini en aza indirmek için iş sahibinin alt yüklenici seçimine dahil olmasını isteyebilir. Zira belirli durum ve koşullarda atanmış alt yükleniciden kaynaklı kusur ve yükümlülüklerden ana yüklenici değil, iş sahibi sorumlu tutulabilmektedir.[352]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında, kural olarak yüklenicinin sözleşme kapsamındaki işi bizatihi kendisinin yapması gerekmekle birlikte, bazı durum ve koşullarda yüklenicinin sözleşme kapsamındaki işlerin alt yüklenici/yüklenicilere devretmesine imkân veren düzenlemeler de bulunmaktadır.

2.2.2.5.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İşin Alt Yükleniciye Devri

Yukarıda da ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri kapsamında, kural olarak yüklenicinin sözleşme kapsamındaki işi bizatihi kendisinin yapması gerekmekle birlikte, bir takım teknik, ekonomik ya da başkaca sebepler yüzünden ilgili iş ya da işlerin bir kısmının ya da tamamının bir ya da birden fazla alt yükleniciye devredilmesi de gerekebilir. FIDIC sözleşmeleri hazırlanırken de bu durum göz önünde bulundurularak konuyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

FIDIC sözleşmelerine göre yüklenici, sözleşme bedelinin sözleşmede belirtilen belirli bir oranından daha fazla toplam değeri olan işleri alt yükleniciye devretmesi mümkün değildir. Eğer sözleşmede böyle bir orana yer verilmemiş ise, bu takdirde yüklenici işlerin tamamını bir ya da birden fazla alt yükleniciye devretmesi mümkün değildir. Aynı şekilde sözleşmede alt yükleniciye verilmesinin yasak olduğu işlerin kısımlara ayrılarak bu kısımlardan herhangi birisinin alt yükleniciye verilmesi de mümkün değildir.[353]

Yüklenici sözleşme kapsamındaki iş ya da işlerin bir kısmını ya da tamamını bir ya da birden fazla alt yükleniciye devredecek olursa, yüklenici tüm alt yüklenicilerin işlerinden, onların işlerini yönetmekten ve koordine etmekten ve bunların işçi veya çalışanlarının fiilleri ile kusurlarından, kendi eylem veya

[352] Brekoulakis & El Far, s. 89.
[353] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 5.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.4.

kusurlarıymış gibi sorumlu olacaktır.[354] Ancak, FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen bu geniş ve katı sorumluluk hali, bazı ulusal yasalarda geçerli değildir. Örneğin, İngiliz Hukuku bakımından, bir yüklenicinin, atanmış bir alt yüklenici tarafından gerçekleştirilen herhangi bir tasarımdan veya temin edilmiş herhangi bir ürün ya da malzemenin performansının proje isterlerine uygun olup olmadığından sorumlu olmadığı ifade edilmektedir.[355]

Yüklenicinin işlerin bir kısmı ya da tamamını bir ya da birden fazla alt yükleniciye devredebilmesi için öncelikle önerdiği alt yüklenici ya da yükleniciler için mühendisten onay alması gerekmektedir. Ancak, malzeme tedarikçileri ile sözleşmede adı geçen (atanmış) alt yüklenici ya da yükleniciler için mühendisten önceden böyle bir onay alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumda yüklenici, ilgili iş ya da işleri mühendisin onayını almasını gerek olmaksızın doğrudan söz konusu alt yüklenicilere devredebilir.[356]

Alt yüklenici atamak için mühendisin önceden onayının alınmasının gerekli olduğu hallerde, yüklenicinin, müstakbel alt yüklenicinin isim, adres, detaylı özellikleri ve ilgili tecrübeleriyle birlikte, alt yükleniciye verilmesi planlanan işleri mühendise önceden sunması gerekmektedir. İş bu bilgilere ek olarak, mühendis, gerekli gördüğü diğer bilgileri de yükleniciden talep edebilir. Yüklenicinin başvurusundan itibaren 14 günlük süre içerisinde mühendisin teklif edilen alt yükleniciye yönelik herhangi bir itirazda bulunmaması halinde, mühendisin onay verdiği kabul edilecektir. Mühendisin onayı alındıktan sonra ise, her bir alt yüklenicinin işe başlamasının planlandığı tarihten ve şantiyede iş bu çalışmaların başlamasından en az 28 gün önce yüklenicin mühendise yazılı bildirimde bulunması da gerekmektedir.[357]

Konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gerekli bir diğer önemli husus da atanmış alt yükleniciler (*nominated subcontractors*) konusudur. Atanmış alt yüklenici, FIDIC sözleşmelerinde, Kırmızı Kitap bakımından şartnamede, Sarı ve Gümüş Kitap bakımından ise iş sahibi gereksinimlerinde adı geçen ya da 13.4. madde kapsamında

[354] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 5.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.4.
[355] Brekoulakis & El Far, s. 91.
[356] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 5.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.4.
[357] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 5.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.4.

mühendis tarafından yükleniciye alt yüklenici olarak istihdam edilmesi yönünde talimat verilen yüklenici olarak tanımlanmaktadır.[358]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendis tarafından yükleniciye talimat verilerek, belirtilmiş olan alt yüklenicilere, birtakım işlerin alt yüklenici olarak devredilmesi istenebilir. Ancak, yüklenicinin, mühendis tarafından kendisine talimatı verilen her alt yükleniciyi istihdam etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yüklenici talimat aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde, destekleyici bilgilerle birlikte mühendise yazılı bir bildirimde bulunarak ilgili atanmış alt yükleniciyle alakalı makul itirazlarını dile getirebilir. Bu durumda yüklenici, atanmış alt yükleniciyi istihdam etme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Bu kapsamda FIDIC sözleşmelerinde makul olarak kabul edilebilecek birtakım itiraz sebepleri örnek babında sayılmış olup, bunlardan herhangi birisinin bulunması halinde yüklenicinin atanmış alt yükleniciye ilişkin itirazı makul kabul edilecek ve yüklenici söz konusu alt yükleniciyi istihdam etme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Buna göre;

- Alt yüklenicinin gerekli yetkinlik, kaynak ve mali güce sahip olmadığına yönelik birtakım şüpheler mevcutsa,
- Alt sözleşmede, atanmış alt yüklenici, çalışanları ile işçilerinin yüklenicinin malzeme, teçhizat, tesis ya da işlerine yönelik herhangi bir ihmal ya da kötü kullanımına ilişkin olarak alt yüklenicinin yükleniciye karşı sorumluluğuna dair gerekli düzenlemelerin mevcut olmaması halinde,
- Alt sözleşmede, alt yükleniciye verilen işle ilgili olarak;
    - Alt yüklenicinin, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki ilgili yükümlülük ve sorumluluklarını üstlenmesini ve yerine getirmesini sağlayacak,
    - Alt yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, yükleniciyi sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşme ile bağlantılı tüm yükümlülük ve sorumluluklardan kurtaracak gerekli düzenlemelerin bulunmaması halinde,

yüklenicinin alt yükleniciye yönelik itirazı makul kabul edilecek ve yüklenicinin atanmış alt yükleniciyi istihdam etme zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Yukarıda da

[358] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 5.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.5.

ifade edildiği üzere, söz konusu sayım örnek babında yapılmış olup, başkaca makul kabul edilebilecek sebeplerin varlığı halinde de yüklenici atanmış alt yükleniciye yönelik itirazda bulunabilir. Bu durumda somut olayın özellikleri dikkate alınarak, yüklenicinin söz konusu itirazının makul olup olmadığı değerlendirilecektir. Ancak, ortada makul bir sebep bulunmasına rağmen, iş sahibinin yüklenicinin zararlarını tazmin etmeyi taahhüt etmesi halinde, yüklenicinin itirazı makul kabul edilemeyecek ve yüklenici atanmış alt yükleniciyi istihdam etmekle yükümlü olacaktır.[359]

2.2.2.6. Değişiklikler ve Düzeltmeler (Variations and Adjustments)

2.2.2.6.1. Genel Olarak

İş sahipleri çeşitli sebeplerden ötürü devam etmekte olan inşaat projelerinde birtakım değişiklikler ya da düzeltmeler yapmak isteyebilir. Bu değişiklik ve düzeltmeler potansiyel alıcı veya son kullanıcı gereksinimlerinden, teknolojik değişikliklerden veya estetik kaygılardan kaynaklanabilir.[360] Bu sebeple de inşaat sözleşmeleri incelendiğinde genel olarak iş sahibine sözleşmede belirtilen işi değiştirme ya da düzeltme yetkisi veren birtakım düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede bu tarz bir düzenlemenin bulunmaması halindeyse, sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları dikkate alınacak olup, bu durumda da kural olarak iş sahibinin inşaat projesinde değişiklikler yapmasının pek mümkün olmadığı söylenebilir.[361]

Konuyla ilgili olarak değişiklik ya da düzeltme ile ek iş kavramları arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira yapılması istenen işin niteliğine bağlı olarak yüklenicinin hak ve yükümlülükleri farklılıklar göstermektedir. Bu kapsamda iş sahibi tarafından yapılması istenen işin ek iş olarak mı yoksa değişiklik olarak mı kabul edilmesi gerektiği taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümleri incelenerek belirlenecektir.[362] Bu değerlendirme sonucunda iş sahibinin yapılmasını istediği işin, sözleşme ve inşaat projesi kapsamında yüklenicin sorumluluğunda bir iş olduğu

[359] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 5.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.5.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.5.1.
[360] Bremen & Ammar, s. 67.
[361] Godwin, s. 129.
[362] Köksal & Özer, 42.

sonucuna varılabiliyorsa, burada bir ek işten ya da iş değişikliğinden söz edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, iş sahibinin, inşaat sözleşmesi ve projesinde yer almayan bir işin yapılmasını talep etmesi halinde bir ek iş, inşaat sözleşmesi ve projesinde yer alan bir işin farklı bir şekilde yapılmasının talep edilmesi halinde ise bir iş değişikliği talebinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Dolayısıyla, iş sahibi tarafından yapılması istenilen bir işin ek iş ya da iş değişikliği olup olmadığına karar verirken, inşaat sözleşmesinin tüm ekleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş sahibi ya da iş sahibinin temsilcisi olarak kabul edilen mühendisin inşaat projesinde değişiklik ya da ek iş yapma konusundaki yetkisi son derece geniş olmakla birlikte, sınırsız da değildir. Örneğin Anglosakson Hukuk Sisteminde bir otel inşaatı ile alakalı olarak mühendis tarafından bir garaj ya da otopark alanı yapılması yönünde yükleniciye ek iş talimatı verilebileceği, bu talimatın geçerli olduğu, ancak ikinci bir otel yapılması yönünde verilen talimatın bir değişiklik ya da ek iş olarak kabul edilemeyeceği ve bu bakımdan da geçerli olmayacağı ifade edilmektedir. İş sahibi ya da mühendisin ek işler konusundaki yetkisi sözleşme konusu işlerin türü ve değeri ile sınırlı olup, bu sınırın ötesine geçen ek işlere yönelik talimatların sözleşme hükümlerine tabi olmadığı, başka bir deyişle yükleniciyi bağlamadığı kabul edilmektedir.[363]

İnşaat sözleşmelerinde genellikle, sözleşme imzalandıktan sonra iş sahibine işin kapsamında değişiklik yapma ve yüklenicilere de bu değişikliklerden dolayı süre uzatımı ile ek ödeme talebinde bulunulmasına imkân veren özel düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda süre uzatımı ve ek masraflar için ödeme talebinde bulunan yüklenicinin, sözleşmede belirtilen usul kurallarına göre hareket etmesi gerekmektedir. Söz konusu usul kuralları doğrultusunda yüklenicinin tüm destekleyici belgelerle birlikte süre uzatımı ve ek ücret için iş sahibine başvuruda bulunması gerekmektedir.[364]

[363] Seppala (1991/8), s. 1065.
[364] Bremen & Ammar, s. 67.

2.2.2.6.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İnşaat Projelerinde Yapılan Değişiklikler Sebebiyle Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri

İnşaat projesinde değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 13. maddesinde yer almakta olup, iş bu hükümler 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinde yer alan hükümlerden çok daha detaylı olmakla birlikte temelde aynı niteliktedir. Söz konusu düzenlemelere göre, kesin kabul belgesinin (*Taking-Over Certificate*) düzenlenmesinden önce, mühendis tarafından (Gümüş Kitap kapsamında ise iş sahibi tarafından) 13.3. maddede belirtilen usule uygun olarak proje kapsamındaki işler için birtakım değişikliklerin yapılması talep edilebilir. Ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, iş sahibi ya da başka herhangi bir kişinin yapması gereken bir işi yerine getirmemesi sebebiyle değişiklik talebinde bulunulması mümkün değildir.[365]

Değişiklik talimatları, projede öngörülen herhangi bir iş kaleminin metrajında, kalitesinde ya da diğer özelliklerinde, proje kapsamında yapılacak işlerin zemin ve yükseklikleri ile konum ve boyutlarında, ilgili tamamlama testleri, sondaj delikleri ve diğer test ve keşif çalışmaları dahil olmak üzere kalıcı işler için gerekli olan her türlü ek çalışma, tesis, malzeme ve hizmetler ile işlerin yürütülmesi sırasında veya zamanlamasında birtakım değişiklikler yapılmasını içerebilir.[366]

Projede değişiklik yapılması prosedürü kural olarak mühendis tarafından başlatılmaktadır ve mühendis tarafından 13.3. madde kapsamında bir değişiklik talimatı verilmediği sürece yüklenicinin kalıcı işlerde herhangi bir değişiklik ya da tadilat yapması mümkün değildir.[367] Buna göre, öncelikli olarak mühendis tarafından, yükleniciye 3.5. maddeye uygun olarak yapılması gerekli değişiklikleri de açıklayan yazılı bir değişiklik talimatı verilmesi gerekmektedir. Mühendisten bu yönde bir talimat alan yüklenici, mühendis ile farklı bir süre kararlaştırılmadıkça, talimatın kendisine ulaşmasından itibaren 28 günlük süre içerisinde, istenilen değişikliğin uygulanma programı ile 8.3. madde gereğince projede yapılması gerekli olduğunu

[365] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.
[366] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.
[367] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.

düşündüğü değişiklik önerileri ve sözleşme fiyatında yapılacak ayarlamalara ilişkin teklifini mühendise sunacaktır.[368]

Değişiklik talimatının 1.3. madde kapsamında yazılı olarak yapılması, zorunlu bir ön koşuldur (*condition precedent*). Bu zorunlu ön koşulun yerine getirilmemesi halinde ise, usulüne uygun olarak yapılmış bir değişiklik talimatı bulunmadığından, söz konusu talimatı yerine getiren yüklenicinin süre uzatımı ve ek ödeme talebinde bulunabilmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak yazılılık koşulunun yerine getirilmesi için herhangi bir özel şekil şartı öngörülmemiş olup, yükleniciye sözlü olarak verilen talimatın daha sonra mühendis tarafından yazılı olarak teyit edilmesi, yazılılık koşulunun yerine getirilmesi bakımından yeterli kabul edilmelidir. Hatta ve hatta mühendis tarafından verilen sözlü değişiklik talimatının yüklenici tarafından yerine getirilmesinden sonra dahi, mühendis talimatını yazılı olarak teyit edebilir. Bu durumda da yazılılık koşulunun yerine getirildiği kabul edilmelidir.[369]

Yüklenici kural olarak 13.3.1. madde kapsamında mühendis tarafından yapılan değişiklik talimatları ile bağlı olup, bunları derhal ve gecikmesizin yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak, şartnamede belirtilen işlerin kapsam ve nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda, yapılması istenen değişikliğin öngörülemez nitelikte olması, değişiklik için gerekli olan malzemelerin yüklenici tarafından kolaylıkla temin edilmesinin mümkün olmaması veya yapılması istenen değişikliğin 4.8. ve 4.18. maddelerde düzenlenen yüklenicinin sağlık ve güvenlik ile çevrenin korunmasına yönelik yükümlüklerini yerine getirmesini olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikte olması halinde, yüklenici derhal mühendise bildirimde bulunarak yapılan değişiklik talimatlarını yerine getirmeyebilir.[370]

Yukarıda belirtilen ilk itiraz gerekçesi, ilgili değişikliğin şartnamede tanımlanan işlerin kapsam ve nitelikleri dikkate alındığında öngörülemez nitelikte olmasıdır.[371] Söz konusu gerekçe 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri ile getirilmiş tamamen yeni bir itiraz sebebi olup, iş sahibinin değişiklik yapma yetkisini

[368] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.3.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.3.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.3.1.
[369] Seppala (1991/8), s. 1067.
[370] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.
[371] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.(a); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.(a).

sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Zira 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında yükleniciler, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülmesi kendilerinden beklenemeyecek derecede büyük ve kapsamlı değişiklik talimatları ile karşı karşıya kalabilmekteydiler. Taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarında da konuyla ilgili olarak uygulanabilecek herhangi bir kısıtlamanın bulunmaması halinde, değişikliğin açık uçlu ve nereye varacağı belli olmayan doğası gereği, kaynak sağlama, programlama ve diğer projeler için halihazırda girilmiş taahhütler bakımında yükleniciler için gerçekten çok büyük zorluklar ortaya çıkabilmekteydi. Bu tarz hakkaniyete aykırı durumların yaşanmaması adına iş bu itiraz sebebi 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerine eklenerek, yüklenicilerin bir nebzede olsa korunması amaçlanmıştır.[372]

Öngörülememzik kavramı 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde, baz tarihine kadar (yani ihale teklifinin sunulması için öngörülen en son tarihten 28 gün öncesine kadar) deneyimli bir yüklenici tarafından makul bir şekilde öngörülmesi mümkün olmayan olarak tanımlanmaktadır.[373]

İkinci itiraz gerekçesi, değişiklik için gerekli olan malların kolaylıkla temin edilmesinin mümkün olmamasıdır.[374] Mal terimi 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde, yüklenicinin ekipman, malzeme, tesis ve geçici işlerinden herhangi birisi olarak gayet geniş bir şekilde tanımlanmıştır.[375] Hemen belirtilmelidir ki yüklenicinin önerilen değişiklikleri gerçekleştirmek için gerekli malları elde etmesinin imkânsız olmasına gerek olmayıp, bu malları elde etmesinin önemli ölçüde zor veya uzun sürecek olması da itirazın geçerli olması bakımından yeterli kabul edilmelidir.[376]

Üçüncü itiraz sebebi ise, istenen değişikliklerin, yüklenicinin 4.8. ya da 4.18. maddelerde düzenlenen sağlık ve güvenlik ile çevrenin korunmasına yönelik yükümlüklerini yerine getirmesini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olmasıdır.[377] 4.18. madde tamamen yeni bir hüküm olmamasına rağmen, 2017 tarihli FIDIC

[372] Godwin, s. 132.
[373] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.1.6. ve 1.1.85.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.1.4. ve 1.1.87.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.1.2. ve 1.1.77.
[374] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.(b); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.(b); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.(b).
[375] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.1.44.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.1.44.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.1.39.
[376] Godwin, s. 132.
[377] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.(c); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.(c); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.(c).

sözleşmelerinde bir itiraz nedeni olarak ön görülmüş olması, çevrenin korunmasına daha fazla önem verildiğini göstermektedir. 4.8. madde ise temelde 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri ile benzer olmakla birlikte, çok daha ayrıntılı hükümler içermektedir.

Yukarıda sayılanlara ek olarak, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında 2 farklı itiraz sebebine daha yer verilmiştir. Buna göre istenilen değişiklikler, yüklenicinin, kesin teminat mektubu bakımında öngörülen takvime uymasını ya da 4.1. madde kapsamında istenilen amaçlara uygun olacak şekilde işleri tamamlama yükümlülüğünü olumsuz yönde etkileyecek olması halinde, yüklenici derhal mühendise bildirimde bulunarak yapılan değişiklik talimatlarını yerine getirmeyebilir.[378]

Yükleniciden bu tarz olumsuz bir cevap alan mühendis, yükleniciye derhal talimatı iptal eden, onaylayan ya da değiştiren bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin yüklenicinin bildirimine rağmen değişiklik talimatını aynen tekrarlaması, yani eski talimatını onaylaması ya da değiştirerek farklı bir değişiklik talimatı vermesi halinde, bu talimat 13.3.1. madde kapsamında verilmiş bir değişiklik talimatı olarak değerlendirilecek ve yüklenici bu değişiklik talimatı ile bağlı olacaktır. [379]

Yüklenicinin değişiklik talebi üzerine süre uzatımı ya da değişiklikten kaynaklanan ek işçilik ve malzeme ile ilgili maliyet artışları dahil ek ücret talebinde bulunması halinde, mühendisin 3.7. madde (Gümüş Kitap bakımından 3.5. madde) kapsamında ilgili süreci başlatması gerekmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu durumda yukarıda yapılan açıklamalardan farklı olarak, yüklenicinin 20.2. maddede belirtilen prosedüre uymasına gerek olmaksızın süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunabilecek olmasıdır.[380] Buna göre, öncelikli olarak mühendis her iki tarafla aynı anda ya da ayrı ayrı görüşerek onları bir anlaşmaya varmaları için teşvik edecektir.[381] Bu görüşmeler sonucunda, mühendisin teklifi ve tarafların kabulü ile farklı bir süre belirlenmemiş ise, yüklenicinin yapmış olduğu

[378] FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.(d) ve (e); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.(d) ve (e).
[379] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.1.
[380] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.3.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.3.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.3.1.
[381] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.1.

teklifin mühendise ulaşmasından itibaren 42 günlük süre içerisinde taraflarca bir anlaşmaya varılması amaçlanmaktadır.[382]

Öngörülen süre içerisinde istenilen amaç elde edilirse, yani taraflar süre uzatımı ya da ek ücret talebi hakkında bir anlaşmaya varabilirlerse, konu tarafların anlaşması ile sonuçlanmış olacaktır. Bu durumda mühendis, her iki tarafın imzası bulunan anlaşma metnini taraflara tebliğ ederek süreci bitirecektir. Buna karşılık söz konusu süre içerisinde taraflarca bir anlaşmaya varılamaması ya da her iki tarafın da bu süre içerisinde bir anlaşmaya varılmasının mümkün olmadığını ifade etmeleri durumunda, mühendis, taraflara bu konuda bildirimde bulunduktan sonra derhal kendisi konu hakkında karar vermek için ilgili süreci başlatacaktır.[383]

Tarafların kabulü ile farklı bir süre belirlenmemiş ise, mühendis 42 günlük süre içerisinde ilgili bütün hususları dikkate alarak adil bir karar verecek ve vermiş olduğu kararı da gerekçesi ile birlikte taraflara bildirecektir.[384] Mühendis tarafından verilen karar 3.7. madde (Gümüş Kitap bakımından 3.5. madde) kapsamında düzeltilmedikçe ya da 21. madde kapsamında DAAB veya tahkim yoluyla yeniden incelenip değiştirilmedikçe, taraflar bakımından bağlayıcı ve kesin hale gelecektir.[385]

Mühendisin süresi içerisinde kararını vererek taraflara bildirmemesi halinde ise, süre uzatımı ve ek ödeme taleplerinin reddedildiği farz edilecektir.[386] Bu durumda yüklenici tarafından süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunularak DAAB ve daha sonrası için de tahkim süreci başlatılmaz ise, iş bu karar kesinleşerek bağlayıcı hale gelecektir.[387]

Belirtilen prosedüre uygun olarak taraflarca varılan anlaşmanın ya da mühendis tarafından verilen kararın bildirilmesinden itibaren 14 günlük süre içerisinde mühendis tarafından herhangi bir basım, yazı ya da aritmetik hatanın tespit edilmesi halinde, mühendisin bunu derhal taraflara bildirmesi ve hatayı tespit ettikten sonraki 7

[382] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3.
[383] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.1.
[384] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.2.
[385] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.4.
[386] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3.
[387] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

günlük süre içerisinde de düzeltilmiş yeni kararı taraflara iletmesi gerekmektedir. Söz konusu hatanın taraflarca fark edilmiş olması halinde ise, fark eden tarafın mühendise ilgili hatayı açıkça belirten bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin hata konusunda tarafla aynı görüşte olması halinde, bildirimi aldıktan sonraki 7 günlük süre içerisinde düzeltilmiş yeni kararı taraflara bildirecektir. Mühendisin kararda bir hata olduğunu kabul etmemesi halinde ise, derhal bu konuda taraflara bilgi verecektir.[388]

Taraflardan herhangi birisi, mühendisin vermiş olduğu düzeltme kararından memnun değilse, kararının kendisine bildirilmesinden itibaren 28 günlük süre içerisinde karara itiraz edebilir. Bu kapsamda karardan memnun olmayan tarafın, karşı tarafa ve mühendise nedenleri ile birlikte bir NOD bildiriminde bulunması gerekmektedir. NOD bildirimi yapıldıktan sonra söz konusu kararın düzeltilmesi için DAAB'a başvurulabilir. Tarafların iş bu 28 günlük süre içerisinde NOD bildirimde bulunmamaları halindeyse, mühendisin kararını kabul ettikleri farz edilecek ve karar taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[389]

İş sahibinin yüklenici ile vardıkları anlaşmaya ya da mühendis tarafından verilmiş olup da kesinleşip bağlayıcı hale gelen karara aykırı davranması ya da yerine getirmemesi halinde ise, yüklenici doğrudan tahkim yoluna başvurabilir.[390] Bu gibi durumlarda, hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, ilgili anlaşmanın ya da mühendis tarafından verilen kararın uygulanmasına hükmedebilir.[391]

Mühendis bazı durumlarda bir değişiklik talimatı vermek yerinde, yükleniciye bildirimde bulunarak bir değişiklik önerisi sunmasını da isteyebilir. Bu durumda yüklenicinin, mümkün olan en kısa süre içerisinde cevabını mühendise iletmesi gerekmektedir. Yüklenici, şartnamede tanımlanan işlerin kapsam ve nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda ilgili değişikliğin öngörülemez nitelikte olduğu, değişiklik için gerekli olan malların kolaylıkla temin edilmesinin mümkün olmadığı veya projede değişiklik yapılmasının 4.8. ya da 4.18. maddelerde düzenlenen sağlık ve güvenlik ile

[388] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.4.
[389] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.
[390] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.
[391] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.

çevrenin korunmasına yönelik yükümlüklerini yerine getirmesini olumsuz yönde etkileyebileceği gerekçesiyle mühendise olumsuz bir cevap verebileceği gibi, yapılmasını önerdiği değişiklilerin uygulamasına yönelik program ile sözleşme fiyatında yapılacak ayarlamaların da bulunduğu bir değişiklik önerisini de mühendise sunabilir.[392] Yükleniciden olumlu bir değişiklik önerisi gelmesi halinde mühendis, mümkün olan en kısa süre içerisinde söz konusu öneriye ilişkin cevabını bildirecektir. Bu süre zarfında ise yüklenici işlerini ertelemeden aynı şekilde devam edecektir.[393]

Bunların yanı sıra, yüklenici de belirli durumlarda yazılı olarak mühendise bir takım değişiklik önerilerinde bulunabilir. Bu kapsamda yüklenici, projenin tamamlanma sürecini hızlandıracak, projenin tamamlama, yürütme ya da işletim maliyetlerini azaltacak, tamamlanan işlerin verimliliği ya da değerini artıracak veyahut başka türlü iş sahibine fayda sağlayacağını düşündüğü değişiklik önerilerini yazılı olarak mühendise iletebilir. Bu tarz bir yazılı öneri alan mühendis mümkün olan en kısa süre içerisinde bu öneriye olumlu ya da olumsuz bir cevap verecektir. Yüklenici, yapmış olduğu değişiklik önerilerine cevap beklerken işlerini ertelemeksizin aynı şekilde devam etmek zorundadır.[394]

FIDIC sözleşmelerinin 13. maddesi kapsamında projede yapılan değişiklikler ve tadilatlar sebebiyle kabul edilen sözleşme bedelinde %20 artış ya da azalış meydana gelirse, artış durumunda iş sahibinin talebi üzerine meydana gelen artış oranında kesin güvencenin yüklenici tarafından derhal artırılması gerekmektedir. Bu tarz bir düşüş durumunda ise, iş sahibinin onayına bağlı olarak, yüklenici teminat miktarında aynı oranında bir azaltma yapabilir.[395]

[392] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.3.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.3.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.3.2.
[393] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.3.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.3.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.3.2.
[394] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.2.
[395] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.2.1.

2.2.2.7. Beklenmeyen Haller

2.2.2.7.1. Genel Olarak

Ahde vefa ilkesi, diğer tüm özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, uluslararası inşaat sözleşmelerinde de geçerli olan temel bir hukuk ilkesidir. Ancak, uluslararası inşaat sözleşmelerinin genellikle uzun süreli olmaları sebebiyle, sözleşmenin ifası sırasında tarafların iradesi dışında ortaya çıkan savaş, iç karışıklık, isyan, grev, ayaklanma, doğal afetler, siyasi ve ekonomik konjonktürde meydana gelen ani değişikler gibi bazı olaylar sebebiyle, sözleşmenin ifası kimi zaman imkânsız hale gelebileceği gibi, taraflar arasındaki ekonomik dengenin önemli derecede bozulması sebebiyle, sözleşmenin aynen ifasının beklenmesi de iyiniyet ve hakkaniyet kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Bu gibi durumlarda, ahde vefa ilkesi gereğince sözleşmenin aynen ifasını istemek mümkün olmadığından, sözleşmenin feshedilmesi ya da yeni koşullara göre uyarlanması gerekebilir.[396] İşte bir inşaat projesinin ifasının, tarafların kontrolü dışındaki olaylar yüzünden ertelenmesine ya da tamamen engellenmesine sebep olan olaylara kısaca beklenmeyen haller denilmektedir.[397]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde beklenmeyen hallere ilişkin çok sayıda hükme yer verilmektedir. Böylece beklenmeyen hal olarak kabul edilecek olaylar ile iş bu olayların sözleşmeye ve sözleşmenin ifasına olan etkilerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmaktadır. Bunun yanı sıra, taraflar isterlerse bu tarz ayrıntılı düzenlemeler yapmak yerine, bazı uluslararası kodlara ya da FIDIC gibi tip sözleşmelere atıfta bulunmakla da yetinebilirler. Aksi takdirde sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kuralları göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekmektedir.[398]

Sonuç olarak, tarafların kontrolü dışındaki olaylar sebebiyle yüklenicilerin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirme kabiliyetlerinin olumsuz bir şekilde etkilenmesi durumunda, yükleniciler sözleşmede bulunan beklenmeyen hallere ilişkin düzenlemelere dayanarak haklı sebep iddiasında bulunabilirler.[399] Bir olayın

[396] Köksal (2009), s. 81-82.
[397] Baker & Robottom & Lavers, s. 56.
[398] Köksal (2009), s. 82.
[399] Bremen & Ammar, s. 67.

beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada söz konusu olayın öngörülemeyecek nitelikte olmasına gerek olmayıp, somut olaya ve tarafların karşılıklı beklentilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.[400]

Yüklenici tarafından ileri sürülen beklenmeyen hal iddiasının başarıya ulaşabilmesi için, yüklenicinin beklenmeyen bir durumun mevcut olduğunu ve bunun geçici veya kalıcı olarak performansını engellediğini ispatlaması gerekmektedir. Bu kapsamda engelleme olayının kapsamı, sözleşmeye uygulanacak ülke hukukuna göre belirlenecektir.[401] Örneğin Anglosakson Hukuk Sisteminde engellemenin yasal veya fiziksel olabileceği kabul edilmektedir. Ancak, yüklenici, sözleşmede öngörülen maliyetlerinin beklenenden daha fazla arttığı ve bunun da sözleşmeyi yerine getirmesini engellediğini ileri sürmesi mümkün değildir.[402]

2.2.2.7.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Beklenmeyen Haller (Exceptional Events)

FIDIC sözleşmelerinde beklenmeyen hallere ilişkin düzenlemeler, Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap için temelde aynı olup, 18. maddede yer almaktadır.[403] Buna karşılık, 1999 tarihli Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 19.1. maddesinde ise beklenmeyen hal terimi yerine mücbir sebep terimi tercih edilmiş ve mücbir sebep de olağanüstü durum veya olaylar olarak tanımlanmaktaydı.[404]

Bir olay ya da durumun beklenmeyen bir hal olarak kabul edilebilmesi için birçok unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda her şeyden önce söz konusu olayın öngörülemez nitelikte olması gerekmektedir. Öngörülemezlik unsurunun yanı sıra, söz konusu olayın, tarafların kontrolleri dışında, alınacak makul önlemlerin ötesinde, kaçınılması ve üzerinden gelinmesi mümkün olmayan ve taraflara atfedilemez nitelikte olması da gerekmektedir.[405]

---

[400] Wim Von de Koot, "The Owner's and Contractor's Due Diligence in Theory and in Practice", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020, s. 255.

[401] Bremen & Ammar, s. 69.

[402] Fairclough Dodd & Jones Ltd v. JH Vantol Ltd [1956] 3 All E.R. 921.

[403] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.1.

[404] FIDIC Kırmızı Kitap (1999) madde 19.1.; FIDIC Sarı Kitap (1999) madde 19.1.

[405] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.1; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.1.

FIDIC sözleşmelerinde, nelerin beklenmeyen hal olarak kabul edilebileceği, sınırlayıcı olmayacak şekilde örnekseme yoluyla sayılmıştır. Buna göre, savaş, silahlı çatışmalar, işgal, isyan, terörizm, ayaklanma, darbe veya iç savaş, yüklenicinin kusuru bulunanlar hariç olmak üzere mühimmatlar, patlayıcılar, radyasyon veya kirlenme ile deprem, kasırga, tayfun veya volkanik aktivite gibi doğal afetler beklenmeyen hallere örnek olarak gösterilmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, bu sayım sınırlayıcı nitelikte olmadığından öngörülemez nitelikte, tarafların kontrolleri dışında, alınacak makul önlemlerin ötesinde, kaçınılması ve üzerinden gelinmesi mümkün olmayan ve taraflardan kaynaklanmayan tüm olayların beklenmeyen hal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.[406]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında sayılan iş bu beklenmeyen hallerin herhangi birinin gerçekleşmiş olması tek başına sözleşmede belirlenen risk dağılımını değiştirmemektedir. Sözleşmede belirlenen risk dağılımını değiştirdiğinin kabul edilebilmesi için söz konusu beklenmeyen halin sözleşmede belirtilen işlerin ifa edileceği ya da ifası ile ilgisi olan bir başka ülkede gerçekleşmesi ve sözleşme üzerinde önemli bir etkisi olması da gerekmektedir.[407]

Daha önce de birden fazla kez ifade edildiği üzere, FIDIC tip sözleşmeleri emredici ya da bağlayıcı mevzuat niteliğinde olmayıp, tavsiye niteliğinde tip sözleşmeler olmaları sebebiyle, taraflar kendi aralarında anlaşarak yukarıda örnek babında sayılan olayların bir veya birkaçını beklenmeyen hal kavramı dışına çıkartmaları mümkündür. Böylece bu tarz bir olaya ilişkin risk tamamen taraflardan birisinin üzerine -bu taraf genellikle yüklenici olmaktadır- bırakılmış olacaktır.[408]

Bir beklenmeyen hal ile karşı karşıya kalan yüklenici, süre uzatımı, kayıp ve giderlerinin tazmini, işin askıya alınması, sözleşmenin feshi gibi birtakım yollara başvurabilir. Bu kapsamda bir beklenmeyen hal yüzünden sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getiremeyen yüklenici, bu süre kadar kendisine ek süre verilmesini talep edebilir. Ancak, yüklenici bu süreyi en aza indirme yükümlülüğü altındadır. Bunun yanı sıra, FIDIC belirli durumlarda yüklenicilere beklenmeyen halden kaynaklanan sürerler ile ilgili maliyetler ve yapılan işlerin düzeltilmesine

[406] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.1; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.1.
[407] Schneider, s. 244.
[408] Bremen & Ammar, s. 68-69.

ilişkin masrafları talep etme imkânı da tanımaktadır.[409] Buna karşılık, FIDIC sözleşmeleri kapsamında, taraflardan birinin sözleşme kapsamında diğer tarafa ödeme yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin herhangi bir beklenmeyen hal yüzünden mazur görülebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple de tarafların birbirlerine yapacakları ödemeler konusunda beklenmeyen hale ilişkin iş bu düzenlemelere dayanmaları mümkün değildir.[410]

2.2.2.7.3. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Beklenmeyen Hale İlişkin Uygulanması Gerekli Usul

Taraflardan birisinin herhangi bir beklenmeyen durum yüzünden sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, beklenmeyen hali fark ettiği veya fark etmesi gerektiği tarihten itibaren 14 günlük süre içerisinde diğer tarafa yazılı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir. Bildirimde hangi yükümlülüklerin beklenmeyen hal yüzünden yerine getirilemediği de açıkça belirtilecektir. Bu kapsamda 14 günlük süre içerisinde bildirim yükümlülüğünü yerine getiren taraf, beklenmeyen hal yüzünden yükümlülüklerini yerine getiremediği tarihten itibaren, bildirimin karşı tarafa 14 günlük süreden sonra ulaşması halinde ise, bildirimin ulaşma tarihinden itibaren, beklenmeyen hal devam ettiği sürece yükümlülüklerini yerine getirmekten muaf olacaktır. Ancak, taraflar, beklenmeyen halin etkilemediği yükümlülüklerini aynen yerine getirmeye devam edeceklerdir.[411]

Beklenmeyen halin devamlılık arz etmesi halinde, etkilenen tarafın yukarıda ifade edilen 18.2. madde kapsamında yapmış olduğu ilk bildirimden sonra ki her 28 günde bir ayrıca ek bildirimde bulunması da gerekmektedir. Beklenmeyen halin etkisinin sona ermesi halinde ise, etkilenen taraf derhal diğer tarafa bildirimde bulunacaktır. Ancak, her ne kadar tarafların beklenmeyen hallerden ötürü süre uzatımı talep etme hakları bulunsa da ilgili tarafın beklenmeyen haller yüzünden sözleşmenin ifasında herhangi bir gecikme yaşanmaması için elinden gelen tüm çabayı göstermesi

[409] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.4.
[410] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.2.
[411] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.2.

de gerekmektedir. Etkilenen tarafın beklenmeyen halin etkisinin ortadan kalkmasına rağmen diğer tarafa bildirmemesi halinde ise, sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibi, beklenmeyen halin artık işin ifasını engellemediğini düşündüğüne dair yükleniciye bildirimde bulunabilir.[412]

Bir beklenmeyen hal yüzünden yükümlülüklerini yerine getiremeyen yüklenici, FIDIC tip sözleşmeleri kapsamında süre uzatım talebinde bulunabileceği gibi ek ödeme talebinde de bulunabilir.[413] Bu konu hakkında gerekli açıklamalar yukarıda ayrıntılı olarak yapıldığından, tekrara düşmemek için konuyla ilgili bu kısımda daha fazla açıklamada bulunulmayacaktır.

Sözleşme kapsamında yapılması gerekli işlerin yürütülmesini büyük ölçüde engelleyen uzun süreli bir beklenmeyen halin bulunması durumunda ise yüklenicinin süre uzatımı ve ek ödeme taleplerine ek olarak, sözleşmeyi feshetme hakkı da bulunmaktadır. Buna göre, 18.2. madde kapsamında hakkında bildirimde bulunulan bir beklenmeyen halle ilgili olarak sözleşmenin feshedilebilmesi için, beklenmeyen hal teşkil eden olay yüzünden devam etmekte olan tüm işlerin kesintisiz bir şekilde 84 gün veya farklı dönemlerde toplam 140 gün süre ile önemli derecede engellenmiş olması gerekmektedir. Bu durumda sözleşme, fesih bildiriminin diğer tarafa ulaşmasından sonraki yedinci gün feshedilmiş sayılacaktır.[414]

Sözleşmenin feshinden sonra yapılan işin değerinin tespiti için, yüklenicinin mümkün olan en kısa süre içerisinde yapılan işin değerine yönelik ayrıntılı bilgi ve belgeleri mühendise sunması gerekmektedir. Yüklenici gerekli bilgi ve belgeleri aldıktan sonra yapılan işin değerinin belirlenmesi için 3.7. madde kapsamında ilgili süreci başlatacak olup, 3.7.3. maddede belirtilen 42 günlük sürenin başlangıç tarihi ise, yüklenici tarafından yapılan işin değerine yönelik ayrıntılı bilgi ve belgeleri mühendis tarafından teslim alındığı tarih olacaktır.[415] 3.7. madde ile ilgili daha önceden ayrıntılı açıklamalarda bulunulduğu gibi, ileri de uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri kısmında

[412] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.3. – 18.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.3. – 18.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.3.- 18.4.

[413] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.3-18.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.3.-18.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.3.-18.4.

[414] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.5.

[415] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.5.

tekrardan ele alınacak olması sebebiyle bu kısımda konuyla ilgili daha fazla ayrıntıya yer verilmeyecektir.

2.2.2.8. Ödeme

2.2.2.8.1. Genel Olarak

Ödememe veya geç ödeme, inşaat sektöründe yüklenicilerin sıklıkla karşılaştığı sorunların başında yer almaktadır. Günümüz mevcut pazar koşulları karşısında yükleniciler, tekliflerini genellikle çok düşük kar marjları ile fiyatlandırmaktadırlar. Bu sebeple yaşanacak bir ödememe veya geç ödeme durumunda, yüklenicilerin bu düşük kar marjları hızla tükenebilmekte, nakit akışları bozulan yüklenici ve alt yüklenicilerin doğal olarak yükümlülüklerini zamanında ve planlanan maliyetle yerine getirmesi de büyük ölçüde zorlaşmaktadır.[416]

İnşaat sözleşmelerinde genellikle, bir ödeme planı kapsamında periyodik olarak yüklenicilere ödeme yapılmasına dair hükümler yer almaktadır. Bu kapsamda ödeme yapılmadan önce, yükleniciler, ödemenin talep edildiği çalışmalara ilişkin ilerlemeyi gösteren destekleyici belgelerle birlikte ödenmesini istedikleri miktarı gösteren geçici ödeme başvurusunda da bulunmaları gerekmektedir.[417]

İş sahibi sözleşme hükümleri uyarınca yapmak zorunda olduğu tüm ödemeleri zamanında yerine getirmek zorundadır. İş sahibinin herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın yükleniciye belirtilen son ödeme tarihine kadar gerekli ödemeyi yapmaması halinde, yüklenici bu gecikme nedeniyle uğramış olduğu maddi zararların tazminini talep edebilir. Söz konusu yükümlülüğün uzun bir süre boyunca yerine getirilmemesi halinde ise yüklenici, işi askıya alabileceği gibi sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir. Ancak, yüklenicinin işi askıya almak veya sözleşmeyi feshedebilmek için bildirim yükümlülüğü de dahil olmak üzere, sözleşmede belirtilen prosedürleri yerine getirmesi gerekmektedir.[418]

[416] Bremen & Ammar, s. 69.
[417] Bremen & Ammar, s. 70.
[418] Bremen & Ammar, s. 70.

İşin askıya alınması halinde, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bağlı olarak yüklenici, işlerin bu şekilde askıya alınmasından kaynaklanan gecikmeler için süre uzatımı ve buna bağlı olarak ek maliyetleri talep etme hakkı bulunmaktadır.[419]

2.2.2.8.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Ödeme

Sözleşmede aksi yönde bir hüküm bulunmadıkça sözleşme bedeli, proje kapsamında yapılacak işlerin bedelidir. Ancak, belirlenen bu bedel mutlak ya da değişmez nitelikte olmayıp gerek daha önce yapılan gerekse de ileride yapılacak açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere, projede yapılan değişiklikler, mevzuattan kaynaklı birtakım sebepler, mücbir sebepler veya beklenmedik haller gibi belirli durum ve koşullarda bir takım ayarlama, düzeltme ya da eksiltmelere tabi tutulabilir.[420]

Birim/parça başına inşaat sözleşmeleri ile maliyet+kâr inşaat sözleşmeleri kapsamında yapılacak ödemelere ilişkin olarak metraj cetvelinde ya da diğer tablolarda gösterilen miktarların tahmini nitelikte olması sebebiyle, iş bu tahmini miktarlara bakarak sözleşme bedelinin ya da yükleniciye yapılacak ödemelerin hesaplanması mümkün olmayıp, sözleşme bedelinin ya da yükleniciye yapılacak ödemelerin hesaplanmasında gerçek ve doğru miktarların esas alınması gerekmektedir.[421]

Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, yüklenici tarafından ödenmesi gereken tüm vergi, harç ve ücretler yüklenici tarafından ödenecek olup, söz konusu ödemeler sebebiyle ücret ayarlaması yapılması mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası, daha önce yukarıda da açıklanan 13.6. madde kapsamında mevzuat değişikliklerinden kaynaklı ücret ayarlamalarıdır.[422]

Sözleşme kapsamında yükleniciye bir peşin ödeme yapılması kararlaştırılmış ise, iş sahibi tarafından peşin ödeme belgesi teslim alındıktan sonra lojistik ve tasarım işlemleri için yükleniciye faizsiz kredi niteliğinde bir ödeme yapılması gerekmektedir.

---

[419] Bremen & Ammar, s. 70.

[420] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.1.

[421] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.1.

[422] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.1.

Peşin ödeme, sözleşmede belirtilen miktar ve para birimi üzerinden yapılacaktır.[423] Buna karşılık yüklenici de iş sahibinin onay verdiği bir tüzel kişilik ve ülkeden, peşin ödeme miktarına eşit ve aynı para birimi üzerinden bir güvence temin ederek bunu iş sahibine ve mühendise sunacaktır. Ayrıca peşin ödeme güvencesinin, iade edileceği tarihe kadar geçerli ve uygulanabilir olması da gerekmektedir. Temin edilen güvencenin bir geçerlilik tarihi bulunuyorsa ve bu sona erme tarihinden 28 gün öncesine kadar da peşin ödemenin iadesi yapılmamışsa, yüklenicinin bu güvenceyi iade tarihine kadar uzatması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, yapılan işler için devralma belgesinin (*Taking-Over Certificate*) düzenlenmesinden veya sözleşmenin 15., 16. ve 18. madde kapsamında feshinden önce yapılan peşin ödemenin geri ödenmemesi halinde, yüklenici tarafından söz konusu bedel derhal iş sahibine iade edilecektir.[424]

Peşin ödeme güvencesine ek olarak, yüklenici kabul mektubunu aldıktan sonraki 28 günlük süre içerisinde iş sahibinin onay verdiği bir tüzel kişilik ve ülkeden temin edeceği kesin teminatı iş sahibine ve mühendise sunacaktır. Kesin teminat mektubunun, kesin kabul belgesi (*Performance Certificate*) yayınlanana ve yüklenici tarafından iş sahası 11.11. maddeye uygun olarak temizlenene kadar geçerli ve uygulanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, temin edilen güvencenin bir geçerlilik tarihi bulunuyorsa ve de yüklenici bu sona erme tarihinden 28 gün öncesine kadar kesin kabul belgesini almaya hak kazanamamış ise, yüklenicinin bu güvenceyi kesin kabul belgesi yayınlanana ve 11.11. maddeye uygun olarak iş sahası temizlenene kadar uzatması gerekmektedir.[425]

Sözleşme kapsamında yapılacak tüm ödemelerin, sözleşmede belirtilen ödeme ülkesinde ve yüklenici tarafından gösterilen banka hesabına yapılması gerekmektedir.[426] Sözleşmeye uygun olarak yükleniciye yapılması gerekli ödemelerin yapılmaması halinde yüklenici, gecikme süresi boyunca ödenmemiş tutar üzerinden aylık olarak hesaplanacak finansman giderlerini de iş sahibinden talep edebilir. Bu

[423] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.2.

[424] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.2.1. ve 14.2.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.2.1. ve 14.2.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.2.1. ve 14.2.3.

[425] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 4.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 4.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 4.2.1.

[426] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.7.

finansman giderleri, sözleşme kapsamında aksi belirtilmedikçe, ödeme para birimi için ödeme yerinde bankalarca kısa vadeli borçlar için uygulanan ortalama borç verme oranının, o yerde böyle bir oran bulunmuyorsa ödeme para birimi ülkesindeki benzer oranın, her iki yerde de böyle bir oran bulunmuyorsa ödeme yapılacak para birimi ülkesinin yasalarıyla belirlenen uygun bir oranın yıllık %3'ü üzerinden hesaplanacaktır. Bu durumda yüklenici herhangi bir başvuru ya da bildirim yapmaksızın doğrudan finansman giderlerini talep edebilir.[427]

2.2.2.9. Vergi ve Harçların Ödenmesi ile İzin ve Ruhsatların Temini

2.2.2.9.1. Genel Olarak

Bir inşaat sözleşmesinin ifasına ilişkin olarak üzerinde durulması gerekli önemli konuların bir diğeri de vergi ve harçların ödenmesi ile gerekli izin ve ruhsatların temininden kimin sorumlu olacağı konusudur. Zira sözleşmenin ifasına yönelik olarak gerekli izin ve ruhsatların temininde yaşanacak problemler, öngörülen inşaat süresinde gecikmelere sebep olabileceği için, bunların temininden kimin sorumlu olacağı konusu süre uzatımı ve ek ödeme/tazminat talepleri bakımından son derece önemlidir. Ayrıca, sözleşmenin ifasına yönelik ödenmesi gerekli vergi ve harçların toplamı çok yüksek miktarlara ulaşabileceğinden, bu husus da taraflar arasında ek ödeme/tazminat talepleri gibi birtakım uyuşmazlıkların yaşanmasına sebep olabilmektedir. İleride bu tarz sorunlar ile karşılaşmamak için taraflarca söz konusu hususlar göz önünde bulundurularak inşaat sözleşmelerinde iş bu yükümlülüklere ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi son derece önemlidir.

2.2.2.9.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Vergi ve Harçların Ödenmesi ile İzin ve Ruhsatların Teminine İlişkin Sorumluluk

FIDIC sözleşmelerine göre; yüklenici ve iş sahibi, sözleşmeyi yürürlükteki yasal mevzuata uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu kapsamda da

[427] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.8.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.8.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.8.

taraflarca aksi öngörülmedikçe, yüklenici işlerin yürütülmesi ile ilgili olarak yasal mevzuattan kaynaklı tüm bildirimleri yapacak, tüm vergi, resim ve harçları ödeyecek ve diğer tüm izinleri, ruhsatları ve onayları alacaktır.[428] Başka bir ifadeyle, FIDIC sözleşmelerine göre sözleşmenin ifasına ilişkin vergi, resim ve harçlardan yüklenici sorumlu olup, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, yüklenici sözleşme kapsamında üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemiş ve sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır.

FIDIC sözleşmeler kapsamında yüklenici tarafından ödenmesi gerekli vergi, resim ve harçlar kararlaştırılan sözleşme bedeline dahil olup, yüklenici bunlar nedeniyle sözleşme bedelinde herhangi bir artırım talep edemez. Gerçekten de sözleşmenin Özel Koşullar kısmında aksi belirtilmedikçe yüklenici, sözleşme kapsamında kendisi tarafından ödenmesi gerekli tüm vergi, resim ve harçları ödeyecek ve sözleşme bedelinde bu maliyetler nedeniyle kural olarak herhangi düzeltme talep edemeyecektir. Buna karşılık 13.6. maddede sayılan hususlar bu duruma istisna teşkil etmektedir.[429] Daha önce de ifade edildiği üzere; yeni kanunların yürürlüğe girmesi, mevcut kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması dahil olmak üzere projenin yürütüldüğü ülke mevzuatında değişiklik yapılması, uygulanacak olan mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak adli ve idari merciler tarafından değişikliğe gidilmesi, iş sahibi ya da yüklenici tarafından 1.13. madde kapsamında alınması gerekli izin, ruhsat, lisans ve onay koşullarında değişiklik yapılması halinde, yüklenici tarafından bedel artırımı talep edilebilir.[430]

Mevzuatta yapılan her değişikliğin 13.6. madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu kapsamda da yüklenicinin bedel artırımı talebinde bulunması mümkün değildir. Yüklenicinin bedel artırımı talebinde bulunabilmesi için, söz konusu değişikliklerin ihale teklifi için öngörülen son başvuru tarihinden önceki 28 gün veya daha sonraki bir tarihte yapılmış ya da resmi olarak yayınlamış olması ve bu değişikliklerin yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini olumsuz yönde etkilemiş

[428] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.13.b.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.13.b.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.12.b.
[429] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 14.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 14.1.
[430] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.

olması gerekmektedir. Bu durumda yüklenici, 20.2. madde kapsamında bedel artırım talebinde bulunabilir. [431]

2.2.2.10. Sözleşmenin İfasının Geçici Olarak Durdurulması

Sözleşmenin yüklenici tarafından askıya alınması hususu, FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 16.1. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

- Yüklenicinin 14.6. madde kapsamında ilgili dönemle alakalı olarak yapmış olduğu işlere ilişkin gerekli bilgi ve belgelerle birlikte mühendise başvuruda bulunmuş olmasına rağmen, iş bu başvuru tarihinden itibaren ki 28 günlük süre içerisinde mühendis tarafından geçici ödeme belgesinin (*Interim Payment Certificate/IPC*) düzenlememiş olması,

- Yüklenicinin 2.4. madde kapsamında talep etmiş olmasına rağmen, iş sahibinin 28 günlük süre içerisinde sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödeyebilecek güce sahip olduğuna dair finansal durumunu ispata yarar uygun delilleri sunmaması,

- 14.7. madde kapsamında iş sahibinin ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması,

- İş sahibinin, 3.7. madde kapsamında yüklenici ile yapmış oldukları bağlayıcı nitelikteki anlaşmaya ya da mühendis tarafından verilen bağlayıcı ve kesin nitelikteki bir karara veyahut da kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın 21.4. madde kapsamında verilen bir DAAB kararına aykırı davranması ve bu durumun iş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin esaslı bir ihlalini teşkil etmesi,

halinde yüklenici, sözleşmenin ifasını geçici olarak askıya alabilir.[432]

Yüklenicinin iş sözleşmesini askıya alabilmesi için, yukarıda belirtilen durumlardan en az birisinin mevcut olması, iş sahibine bu hususta yazılı bildirimde bulunması ve bildirimde bulunduktan sonra en az 21 gün beklemesi gerekmektedir. Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde yüklenici, sözleşmenin ifasını askıya

[431] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.

[432] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.1. FIDIC Gümüş Kitap kapsamında, Kırmızı ve Sarı Kitap'tan farklı olarak iş sahibinin bir mühendis atamasına gerek bulunmadığından, Gümüş Kitap'ın 16.1. maddesinde, Kırmızı ve Sarı Kitap'tan farklı olarak, mühendisin 14.6. madde kapsamında geçici ödeme belgesini (Interim Payment Certificate/IPC) onaylamaması sözleşmenin geçici olarak durdurulmasının bir sebebi olarak kabul edilmemektedir.

alabileceği gibi, çalışmayı da yavaşlatabilir. Ancak bunun için iş sahibine yapılan bildirimde, söz konusu bildirimin 16.1. madde kapsamında yapıldığının belirtilmesi gerektiği gibi, iş sahibinin de bu duruma sebep olan aykırılığı, bildirimden sonraki 21 günlük süre içerisinde gidememiş olması gerekmektedir. Bu durumda yüklenici, söz konusu aykırılık devam ettiği süre boyunca sözleşmenin ifasını askıya alabilir ya da yavaşlatabilir.[433]

Yüklenicinin sözleşmenin ifasını askıya alması ya da yavaşlatması, 14.8. madde kapsamında finansman giderlerini talep etmesine ya da 16.2. madde kapsamında sözleşmeyi feshetmesine engel teşkil etmemektedir. Ancak iş sahibi, sözleşme yüklenici tarafından feshedilmeden önce, 16.1. madde kapsamında yapılan bildirimde ifade edilen aykırılığı giderirse, yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi artık mümkün değildir. Bu durumda yüklenici, mümkün olan en kısa süre içerisinde normal çalışma düzenin dönmek zorundadır.[434]

Yüklenici tarafından işin askıya alınması ya da yavaşlatılması nedeniyle sözleşmenin ifasında gecikmeler yaşanabileceği gibi, yüklenici ekstra masraflara da maruz kalabilir. Bu gibi durumlarda yüklenici, 20.2. madde kapsamında süre uzatım talebinde bulunabileceği gibi, iş sahibinden zararının giderilmesini de talep edebilir.[435]

2.2.2.11. Sözleşmenin Feshi

2.2.2.11.1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde yükleniciye genelde iş sahibine nazaran daha sınırlı bir fesih yetkisi tanınmaktadır. Gerçekten de inşaat sözleşmelerinde genellikle mücbir sebepler, iş sahibinin sözleşme bedelini ödeyebileceğine dair finansal durumunu ispata yarar makul delilleri sunmaması/sunamaması ya da sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sözleşmeye aykırı olarak devir yasağının ihlal edilmesi, iş sahibi veya temsilcisi tarafından işlerin uzun süre askıya alınması ya da iş

[433] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.1.
[434] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.1.
[435] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.1.

sahibinin iflas etmesi gibi bir takım sınırlı hallerde yüklenicinin fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir. Söz konusu nedenlerden herhangi birisinin ortaya çıkması halinde yüklenici, sözleşmede öngörülen prosedüre uygun olarak inşaat sözleşmesini feshedebilir.[436]

Feshin sonuçları taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümlerine göre belirlenecektir. Bu kapsamda sözleşmelerde genellikle yükleniciye belirli bir miktar paranın ödenmesi, yüklenici tarafından iş sahibine verilen güvencelerle iş sahibinin bedelini ödediği malzeme, tesis ve dokümanların iadesi ile yükleniciye ait tüm malların inşaat alanında çıkartılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.[437]

2.2.2.11.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Yüklenici Tarafından İş Sözleşmesinin Feshi

İnşaat sözleşmesinin yüklenici tarafından feshi, FIDIC sözleşmelerinin 16.2. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri ile kıyaslandığında 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde yüklenici lehine çok daha fazla fesih sebebine yer verildiği ve ayrıca derhal fesih sebepleri ile süreli fesih sebepleri arasında keskin bir ayrım yapıldığı görülmektedir.[438]

2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 16.2. maddesi incelendiğinde öncelikli olarak fesih sebeplerine yer verildiği, daha sonra ise sırasıyla yüklenicinin fesih sonrası yükümlülükleri ve ödeme konularının yer aldığı görülmektedir. Maddede yer alan fesih sebepleri incelendiğinde yükleniciye tanınan fesih sebeplerinin iş sahibininkilerine nazaran daha açık ve net oldukları, bu sebeple de çoğunlukla herhangi bir yoruma ihtiyaç gerek olmadığı görülmektedir.[439]

Bizde çalışmamızda söz konusu sırayı takip ederek öncelikle fesih sebeplerini, daha sonra ise yüklenicinin fesih sonrası yükümlülükleri ile ödeme konusunu inceleyeceğiz.

---

[436] Bremen & Ammar, s. 70.
[437] Bremen & Ammar, s. 71.
[438] Godwin, s. 155.
[439] Hakan Acar, "FIDIC Sözleşmelerinde Müteahhidin Sözleşmeyi Fesih Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan 1. Cilt, 2016/3, s. 39.

2.2.2.11.3. Fesih Sebepleri

2.2.2.11.3.1. Genel Olarak

Yükleniciye tanınan fesih sebepleri FIDIC sözleşmelerinin 16.2.1. maddesinde düzenlenmekte olup, bu konuda FIDIC sözleşmelerinde ikili bir ayrım yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda fesin sebeplerini derhal ve süreli fesih sebepleri şeklinde ikiye ayırarak incelenebilir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, fesih sebepleri 16.2. maddede sayılanlarla sınırlı olmayıp, başkaca haklı sebeplerin bulunması halinde de yüklenici sözleşmeyi feshedebilir. Bu kapsamda fesih sebebinin iş sahibinin kusurundan kaynaklanmış olması ve fesih bildiriminde de bu sebebinin açık bir şekilde belirtilmesi yeterli kabul edilmelidir.[440]

Doktrinde taraflarca sözleşmenin feshedilmesinden sonra karşılıklı olarak feshin geçerli olmadığı ve sözleşmenin aynen devam ettiği konusunda anlaşarak devam etmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı ifade edilmektedir.[441] Kanımızca da taraflar açık bir şekilde sözleşmenin devamına karar verebilecekleri gibi örtülü olarak da sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini aynen yerine getirerek sözleşmeye devam etme iradesini ortaya koyabilirler.

Sözleşmesinin yüklenici tarafından 16.2. ve devamı maddeleri kapsamında feshedilmiş olması, yüklenicinin sözleşme kapsamında olsun ya da olmasın diğer haklarını kullanmasına engel teşkil etmemektedir. Başka bir ifadeyle, inşaat sözleşmesinin 16.2. maddesi kapsamında feshedilmiş olması, yüklenicinin diğer haklarını kullanmasına mâni olmamaktadır.[442] Bu kapsamda yüklenici, birinci ve ikinci fesih bildirimi arasındaki 14 günlük süre içerisinde 20.2. madde kapsamında süre uzatım talebinde bulunabileceği gibi, iş sahibinden zararının giderilmesini de talep edebilir.[443]

---

[440] Acar, s. 38.
[441] Acar, s. 38.
[442] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.
[443] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.1.

2.2.2.11.3.2. Süreli Fesih Sebepleri

2.2.2.11.3.2.1. Genel Olarak

Süreli fesih sebepleri FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 16.2.1. maddesinin "a" ve "g" bentleri arasında, Gümüş Kitap'ın ise 16.2.1. maddesinin "a" ve "f" bentleri arasında düzenlenmiştir.

Söz konusu fesih sebeplerinin varlığı halinde yüklenici tarafından sözleşme derhal feshedilememekle birlikte, yüklenici iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirerek akabinde gerekli koşulların oluşması halinde sözleşmeyi feshedebilir.[444] Bu kapsamda iş sahibinin, yüklenici tarafından kendisine yapılan iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde bildirimde belirtilen aykırılığı gidermemesi/gideremmemesi halinde, yüklenici iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Yüklenicinin sözleşmeyi feshedebilmesi için iş sahibine ikinci bir süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Görüleceği üzere söz konusu sebeplerden birisinin bulunması yükleniciye derhal sözleşmeyi feshetme yetkisi vermemekte, yüklenicinin öncelikle iş sahibine ihtarda bulunması gerekmektedir. Ancak iş sahibi tarafından ihtarın tebliğden itibaren 14 günlük süre içerisinde bildirimde belirtilen aykırılık giderilmezse/giderilemezse, yüklenici ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[445]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen süreli fesih sebepleri şunlardır;

2.2.2.11.3.2.2. İş Sahibinin Mali Gücünün Varlığını İspat Edememesi

FIDIC sözleşmelerinin 2.4. maddesine göre, yüklenici tarafından talep edilmesi halinde, iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödeyebilecek gücü bulunduğuna dair finansal durumunu ispata yarar uygun delilleri 28 günlük süre

[444] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

[445] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

içerisinde yükleniciye sunması gerekmektedir. Aksi takdirde yüklenici, 16.1. madde kapsamında sözleşmeyi askıya alabilir. Bunun için yüklenicinin yazılı bildirimde bulunması ve bildirimde bulunduktan sonra en az 21 gün beklemesi gerekmektedir. İş bu 21 günlük süre sonunda iş sahibi tarafından finansal durumunu ispata yarar delillerin sunulmaması halinde ise sözleşme yüklenici tarafından askıya alınabilir. Sözleşmenin askıya alınmasının yanı sıra, yüklenici tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi de mümkündür.[446]

Sözleşmenin askıya alındığına dair yüklenici tarafından iş sahibine bildirimde bulunulmuş olduğu tarihten itibaren 42 günlük süre içerisinde halen iş sahibi tarafından finansal durumunu ispata yarar uygun delillerin sunulmaması halinde ise yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirebilir.[447] İş sahibi, iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde, sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödeyebileceğine dair ispata yarar makul delilleri sunmazsa/sunamazsa, yüklenici iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bunun için yüklenicinin iş sahibine ikinci bir süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Bu durumda fesih tarihi iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[448]

2.2.2.11.3.2.3. Hakkediş Belgesinin Süresinde Düzenlenmemesi

FIDIC Gümüş Kitap'tan farklı olarak, Kırmızı ve Sarı Kitap'a göre, mühendis tarafından hesap raporu ile buna ilişkin destekleyici belgelerin teslim alınmasına rağmen 56 günlük süre içerisinde ilgili hakkediş belgesinin düzenlememesi halinde yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirebilir.[449] İş sahibi, iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde ilgili hakkediş belgesini düzenlemezse, yüklenici iş sahibine ikinci bir

[446] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(a); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(a).

[447] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

[448] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

[449] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1.(b) ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1.(b) ve 16.2.2. Ancak Kırmız ve Sarı Kitaptan farklı olarak Gümüş Kitap kapsamında iş bu husus bir fesih sebebi olarak öngörülmemiştir.

bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bunun için yüklenicinin iş sahibine ikinci bir süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Fesih tarihi de iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[450]

2.2.2.11.3.2.4. Hakkediş Ödemesinin Zamanında Yapılmaması

FIDIC sözleşmelerine göre, 14.7. maddede öngörülen sürenin sona ermesinden sonraki 42 günlük süre içerisinde, yükleniciye yapılması gerekli herhangi bir hakkediş ödemesinin yapılmaması halinde, yüklenici sözleşmeyi feshedebilir.[451]

14.7. maddeye göre, hakkediş belgesi düzenlenmesi için gerekli olan belgelerin yüklenici tarafından mühendise teslim edilmesinden sonraki 56 günlük süre içerisinde ödemenin yapılması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, hakkediş ödemesi sözleşmede farklı bir hüküm bulunmuyorsa 56 günlük sürenin sonunda muaccel hale gelecektir. İş sahibi tarafından iş bu 56 günlük süre içerisinde ödemenin yapılmaması halinde ise yüklenici 16.1. madde kapsamında sözleşmeyi askıya alabileceği gibi, iş bu 56 günlük sürenin sona ermesinden sonraki 42 günlük süre içerisinde ödemenin halen yapılmaması durumunda, süreli fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi de feshedebilir. Başka bir ifadeyle, yüklenici tarafından hakkediş belgesinin düzenlenmesi için gerekli belgelerin teslim edilmesinden sonraki 56 günlük süre içerisinde hakkedişlerin ödenmesi gerekmekte olup, bu süre ve devamındaki 42 günlük süre içerisinde (hakkediş belgesinin düzenlenmesi için gerekli belgelerin tesliminden sonra 98 gün geçtikten sonra) ilgili hakkedişin halen ödenmemesi halinde yüklenici, sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğuna dair iş sahibine yazılı olarak bildirimde bulunabilir. Bu bildirimin iş sahibine ulaşmasından sonraki 14 günlük süre içerisinde de ilgili hakkedişin halen ödememesi halinde, yüklenici iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bunun için yüklenicinin iş sahibine ikinci bir süre vermesine gerek bulunmadığı gibi, fesih tarihi de iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[452]

---

[450] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.

[451] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(c); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(c); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(b).

[452] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

2.2.2.11.3.2.5. Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Kararın/Anlaşmanın Yerine Getirilmemesi

İş sahibinin, 3.7. madde kapsamında yüklenici ile yapmış oldukları bağlayıcı nitelikteki anlaşmaya ya da mühendis tarafından verilen bağlayıcı ve kesin nitelikteki bir karara veya kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın 21.4. madde kapsamında verilen bir DAAB kararına aykırı davranması, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin esaslı bir ihlali olarak kabul edilmiş ve bu durumda yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür.[453] Bunun için yüklenicinin, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirmesi ve iş sahibinin de iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde anlaşmanın/kararın gereğini yerine getirmemesi gerekmektedir. Bu durumda yüklenici, iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bunun için yüklenicinin iş sahibine ikinci bir süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Fesih tarihi de iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[454]

2.2.2.11.3.2.6. İş Sahibinin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülüklerine Önemli Derecede Aykırı Davranması

İş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini önemli derecede ihlal etmesi halinde, yükleniciye FIDIC sözleşmeleri kapsamında fesih hakkı tanınmıştır. Bunun için iş sahibinin, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine önemli derecede aykırı davranması ve bunun iş sahibinin yükümlülüklerinin esaslı bir ihlalini teşkil etmesi gerekmektedir.[455] Söz konusu düzenleme de hangi ihlallerin önemli ve esaslı olduğu konusunda bir açıklama bulunmadığından yoruma ihtiyaç duymaktadır. Ancak önemsiz sayılabilecek nitelikteki ihlallerinin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Buna karşılık esaslı bir aykırılığın varlığının kabulü için illa sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin bir ihlalin varlığına da gerek

[453] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(d); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(d); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(c).
[454] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.
[455] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(e); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(e); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(d).

bulunmamaktadır. Bu kapsamda ihlalin esaslı bir ihlal olup olmadığının değerlendirilmesinde, ihlalin sözleşmenin bütünü içerisindeki yeri ve sonuçlarına dikkat edilmesi gerekmektedir.[456]

İş sahibinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine önemli derecede aykırı davranması ve bunun iş sahibinin yükümlülüklerinin esaslı bir ihlalini teşkil etmesi halinde yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirebilir.[457] İş sahibi, iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde ilgili ihlali ortadan kaldırmazsa yüklenici, iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi, iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[458]

2.2.2.11.3.2.7. Başlangıç Tarihinin Süresi İçerisinde Yükleniciye Bildirilmemesi

FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 8.1. maddesine göre, mühendisin başlangıç tarihini, iş bu tarihten en az 14 gün önceden yükleniciye bildirmesi ve sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça da başlangıç tarihinin yüklenicinin kabul mektubunu aldığı tarihten sonraki 42 günlük süre içerisindeki bir tarih olarak belirlenmesi gerekmektedir. Yüklenicinin de kendisine bildirilen başlangıç tarihinde veya bu tarihten sonra makul olan en kısa süre içerisinde işlerine başlaması ve daha sonra da gereken hızla ve gecikmeden devam etmesi gerekmektedir.[459]

Yükleniciye kabul mektubunu aldıktan sonraki 84 günlük süre içerisinde, 8.1. madde kapsamında bir başlangıç tarihi bildirimi yapılmaması halinde yüklenici sözleşmeyi feshedebilir.[460] Bu durumda yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1.

---

[456] Acar, s. 43.

[457] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

[458] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

[459] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.1. Gümüş Kitabın 8.1. maddesine göre ise, sözleşmede başlangıç tarihi belirtilmemiş olması halinde iş sahibi başlangıç tarihini, iş bu tarihten en az 14 gün önceden yükleniciye bildirmesi ve sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça da başlangıç tarihinin sözleşmenin tam olarak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki 42 günlük süre içerisindeki bir tarih olarak belirlenmesi gerekmektedir (FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.1.).

[460] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1. (f); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1. (f). Ancak Kırmız ve Sarı Kitap'tan farklı olarak Gümüş Kitap'ın 16.2.1. (e) maddesinde, kabul mektubunu aldıktan sonra değil, her iki tarafın da sözleşmeyi imzalamasından sonraki 84 günlük süre içerisinde

madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirebilir.[461] İş sahibinin iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde başlangıç tarihini yükleniciye bildirmemesi halinde ise yüklenici, iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi, iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[462]

2.2.2.11.3.2.8. İş Sahibinin Sözleşmeyi İmzalamaktan İmtina Etmesi

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak bu yöndeki iradelerini açıklamaları gerekmektedir. Bu kapsamda sözleşmenin kurulabilmesi için icap ve kabul beyanlarının birbirlerine uygun olması ve muhatabına ulaşması gerekmektedir. Hazırlar arasında sözleşmenin kurulma anına ilişkin herhangi bir sorun bulunmazken, hazır olmayan taraflar arasında sözleşmenin kurulma anının belirlenmesi konusunda hukuk sistemlerine göre birtakım farklılıklarla karşılaşılabilir.[463]

Geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için kural olarak yazılı bir sözleşmenin imzalanmasına gerek bulunmasa da FIDIC sözleşmelerinde yazılı sözleşmenin taraflarca imzalanmaması bir fesih sebebi olarak öngörülmüştür. Gerçekten de FIDIC sözleşmeleri incelendiğinde, 1.6. maddeye göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmenin yüklenicinin kabul mektubunu aldıktan sonraki 35 gün içerisinde taraflarca imzalanması gerekmektedir.[464]

İş sahibinin 1.6. maddesi kapsamında yüklenicinin kabul mektubunu aldıktan sonraki 35 gün içerisinde sözleşmeyi imzalamaması halinde yüklenici sözleşmeyi feshedebilir.[465] Bu durumda yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirebilir.[466] İş sahibi, iş bu

---

yüklenicinin 8.1. madde kapsamında bir başlangıç tarihi bildirimi almaması bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

[461] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

[462] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

[463] Acar, s. 44.

[464] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.6.

[465] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(g)(i); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(g)(i); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(f)(i).

[466] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde sözleşmeyi imzalamaması halinde yüklenici, iş sahibine ikinci bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi iş sahibinin ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[467]

2.2.2.11.3.3. Derhal Fesih Sebepleri

2.2.2.11.3.3.1. Genel Olarak

Derhal fesih sebepleri FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 16.2.1. maddesinin "g" ve "j" bentleri arasında, Gümüş Kitap'ın ise 16.2.1. maddesinin "f" ve "j" bentleri arasında düzenlenmişlerdir.

Söz konusu fesih sebeplerinden herhangi birisinin bulunması halinde yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirebilir.[468] Bu durumda süreli fesih nedenlerinden farklı olarak, yüklenicinin daha önceden iş sahibine ihtarda bulunarak süre vermesine gerek bulunmadığı gibi, iş sahibinin fesih bildirimini aldığı tarih de fesih tarihi olarak kabul edilecektir.[469]

2.2.2.11.3.3.2. İş Sahibinin Sözleşmeyi Başkasına Devretmesi

FIDIC sözleşmelerinin 1.7. maddesinde, tarafların sözleşme kapsamındaki herhangi bir fayda ya da menfaati veyahut da sözleşmeyi kısmen ya da tamamen üçüncü bir kişiye devretmelerini yasaklamaktadır. Ancak devir yasağı mutlak olmayıp, bunun iki istisnası bulunmaktadır. Gerçekten de taraflar önceden yapacakları bir anlaşmayla diğer tarafın rızasına dayalı olarak sözleşmenin kısmen ya da tamamen devrini mümkün kılabilecekleri gibi, diğer tarafın önceden onayı olmaksızın, bir banka

[467] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.
[468] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.
[469] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

veya finans kurumu lehine teminat olarak, tarafın sözleşme kapsamında vadesi gelen veya vadesi gelecek herhangi bir para üzerindeki hakkı da devredilebilir.[470]

İş sahibinin 1.7. maddesinde öngörülen yükümlülüğü ihlal etmesi, yani yüklenicinin onayı olmaksızın iş sahibinin sözleşmeyi kısmen ya da tamamen üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, yüklenici sözleşmeyi feshedebilir.[471] Bu kapsamda yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirebilir.[472] Bu durumda süreli fesih nedenlerinden farklı olarak, yüklenicinin daha önceden iş sahibine ihtarda bulunmasına gerek bulunmadığı gibi, iş sahibinin fesih bildirimini aldığı tarih de fesih tarihi olacaktır.[473]

2.2.2.11.3.3.3. Askı Süresinin Uzamasından İşin Tamamen Etkilenmesi

FIDIC sözleşmelerinin 8.12. maddesine göre, işin 8.9. madde kapsamında iş sahibi tarafından askıya alınması ve askıya alma süresinin 84 günden fazla sürmesi durumunda yüklenici, mühendise yazılı bir bildirimde bulunarak işe devam etme isteğini bildirebilir. Mühendisinin iş bu bildirime 28 günlük süre içerisinde cevap vermesi gerekmektedir. Mühendisin yüklenici tarafından yapılan bildirime 28 günlük süre içerisinde cevap vermemesi halindeyse, yüklenicinin seçim hakkı doğacaktır. Bu kapsamda yüklenici ilk olarak, askıya alma işleminin devamına, ancak işlerin ertelenmesinden kaynaklı olarak kendisine ek bir süre verilmesi ve ayrıca ek ödeme yapılmasını isteyebilir. Bu durumda taraflar toplam erteleme süresinden kaynaklı süre uzatımı ve ek ödeme konusunda anlaşabilirlerse konu bir uyuşmazlığa dönüşmeden sonuçlanmış olacaktır.[474]

Yüklenicinin askıya alma işleminin devamını kabul etmemesi ya da yüklenicinin askıya alma işleminin devamını kabul etmesine rağmen, tarafların süre uzatımı ve ek ödeme konusunda anlaşamamaları halinde, yüklenici mühendise

[470] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.7.

[471] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(g)(ii); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(g)(ii); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(f)(ii).

[472] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

[473] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

[474] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.12.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.12.(a); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.12.(a).

vereceği ikinci bir ihtarname ile askıya alma işlemini iş sahibinin yükümlülüklerinin ihlali olarak kabul edebilir. Bu durumda askıya alma işlemi işin bir kısmını etkilemişse, sanki 13.3.1. madde kapsamında verilmiş bir değişiklik talimatı varmışçasına yüklenici 8.9. kapsamındaki koruma, saklama ve emniyete alma yükümlülüklerinden derhal muaf hale gelecektir. İşin askıya alınması, işin tamamını etkilemişse yüklenici, 16.2.1.(h) maddesi kapsamında sözleşmeyi derhal feshedebilir.[475] Bu kapsamda yüklenici iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirebilir.[476]

2.2.2.11.3.3.4. İş Sahibinin İflas Etmesi, Borçlarını Ödeyemeyecek Duruma Düşmesi, Tasfiye Edilmesi

İş sahibinin iflas emesi veya ödeme aczine düşmesi, tasfiyeye, idareye, yeniden yapılanmaya girmesi, tasfiye memuru, yedi emin veya kayyum atanması, iş sahibinin kredi verenleriyle bir uzlaşmaya veya anlaşmaya girmesi veya yürürlükteki mevzuat kapsamında bu fiil veya olaylardan herhangi birine benzer veya benzer bir etkiye sahip herhangi bir eylemde bulunması ya da herhangi bir olay meydana gelmesi halinde yüklenici, 16.2.1.(i) maddesi kapsamında sözleşmeyi derhal feshedebilir.[477] FIDIC sözleşmeleri kapsamında söz konusu durumlar iş sahibinin kusuru olarak kabul edilmekte ve bu kapsamda yüklenici de iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirebilir.[478]

2.2.2.11.3.3.5. İş Sahibinin Hileli İşlemlerde Bulunması

1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinde farklı olarak, 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşme ile ilgili olarak herhangi bir zamanda yolsuz, hileli, gizli veya zorlayıcı uygulamalarda bulunduğunun makul kanıtlara dayalı olarak

[475] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.12. ve 16.2.1.(h).; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.12. ve 16.2.1.(h); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.12., 16.2.1.(g).
[476] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3. ve 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.
[477] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(i).; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(i); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(h).
[478] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

tespit edilmesi, yüklenici bakımından bir derhal fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Söz konusu durumun varlığı halinde yüklenici, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirebilir.[479] Bu durumda süreli fesih nedenlerinden farklı olarak, yüklenicinin daha önceden iş sahibine ihtarda bulunmasına gerek bulunmadığı gibi, iş sahibinin fesih bildirimini aldığı tarih de fesih tarihi olacaktır.[480]

2.2.2.11.4. Sözleşmenin Feshi Halinde Yüklenicinin Yükümlülükleri ve Ödeme

Sözleşmenin gerek yüklenici tarafından 16.2. madde kapsamında, gerekse de 15.5. madde kapsamında iş sahibi tarafından feshedilmesi halinde, sözleşme ileriye dönük olarak sona erecek ve bu kapsamda yüklenicinin işin kalan kısmını ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Bu kapsamda mühendis tarafından can, mal ya da iş güvenliği için yapılması yönünde talimat verilmiş işler dışındaki diğer tüm işlerin yüklenici tarafından derhal durdurulması gerekmektedir. Mühendis tarafından can, mal ya da iş güvenliğinin sağlanması amacıyla verilmiş herhangi bir talimat sebebiyle yüklenicinin ekstra bir maliyete maruz kalması halinde ise, yüklenici 20.2. madde uyarınca iş sahibinden zararının giderilmesini talep edebilir.[481]

Mühendis tarafından can, mal ya da iş güvenliği için yapılması yönünde talimat verilmiş işler dışındaki diğer tüm işlerin yüklenici tarafından derhal durdurulması gerektiği gibi, karşılığı/bedeli ödenmiş tüm belgeler, tesisler, malzemeler ile diğer işlerin yüklenici tarafından derhal mühendise teslim edilmesi de gerekmektedir.[482] Bunun yanı sıra, güvenlik için gerekli olanlar dışındaki diğer tüm

[479] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1.(j) ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1.(j) ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1.(i) ve 16.2.2.

[480] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.2.

[481] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.3.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.3.(a). Ancak Kırmız ve Sarı Kitap'tan farklı olarak Gümüş Kitap kapsamında iş sahibinin bir mühendis atamasına gerek bulunmaması sebebiyle söz konusu talimat mühendis tarafından değil iş sahibi tarafından verilecektir (FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.3.(a)).

[482] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.3.(b); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.3.(b); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.3.(b).

malların yüklenici tarafından inşaat sahasından derhal çıkartılarak, sahanın boşaltılması da gerekmektedir.[483]

İnşaat sözleşmesinin 16.2. maddesi kapsamında yüklenici tarafından feshedilmesi halinde, iş sahibi tarafından derhal 18.5. madde uyarınca ödeme yapılması ve ayrıca koşullarının oluşması halinde yüklenicinin 20.2. madde kapsamında fesih sebebiyle maruz kaldığı kar kaybı veya diğer kayıp ve zararlarının da ödenmesi gerekmektedir.[484]

2.2.3. İş Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri

2.2.3.1. Genel Olarak

Yukarıda yüklenicinin hak ve sorumlulukları ile alakalı olarak yapılan genel açıklamaların hepsi iş sahibi bakımından da geçerlidir. Bu sebeple, tekrara düşmemek adına bu kısımda olabildiğince genel açıklamalardan uzak durularak, konu FIDIC sözleşmeleri özelinde açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, yüklenici ve iş sahibinin hak ve yükümlülükleri göreceli olarak birbirleriyle yer değiştireceklerinden, yukarıda yüklenicinin hakkı olarak açıklanan tüm hususlar iş sahibi bakımından birer yükümlük iken, yüklenici için yükümlülük olan tüm hususlar da iş sahibi için birer haktır. Bu sebeple tekrara düşmemek adına bazı hususlarla alakalı olarak ayrıntılı açıklamalarda bulunulmaksızın genel ifadelerle konu açıklanmaya çalışılacaktır.

2.2.3.2. Zarar ve Giderler

2.2.3.2.1. Genel Olarak

İnşaat projelerinde iş sahibi bakımından en önemli husus şüphesiz, projenin öngörülen süre, kalite ve maliyet sınırları içerisinde tamamlanmasıdır. Böylece iş sahibi, projeden elde etmeyi planladığı menfaatleri elde edebilecek, aksi durumda ise

[483] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.3.(c); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.3.(c); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.3.(c).
[484] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.4.

büyük bir ekonomik zarar ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu sebeple, işin öngörülen süre içerisinde tamamlanmasını garanti altına alabilmek, aksi halde ise iş sahibinin zararlarını bir nebze de olsa giderebilmek için, inşaat sözleşmelerinde işin yüklenicinin sorumluluğunda olan bir sebeple öngörülen süre içerisinde tamamlanmaması halinde, söz konusu gecikme sebebiyle yüklenicinin cezalandırılmasına ilişkin birtakım hükümlere sıklıkla yer verilmektedir. Bu cezalar sözleşme bedelinin belirli bir yüzdesi olarak kararlaştırılabileceği gibi, matbu bir rakam olarak da belirlenebilirler.[485]

Gecikmenin yükleniciye isnat edilebilen bir sebepten kaynaklandığının ispat yükümlülüğü kural olarak iş sahibine aittir. Ancak sözleşme takviminde, proje aşamalarının kesin tarihlerinin belirlenmiş olması halinde, ispat yükümlülüğü tersine dönecek ve yüklenicinin belirlenen tarihlerde ki gecikmeden sorumlu olmadığını ispatlaması gerekecektir. Yüklenicinin söz konusu gecikmeden sorumlu olduğunun tespit edilmesi, yani zarar ile sözleşmeye aykırılık arasındaki illiyet bağının ortaya konulmasının ardından, zararın hesaplanması gerekmektedir. Bu kapsamda ispat kolaylığı bakımından inşaat sözleşmelerinde sıklıkla götürü tazminat ve cezai şarta ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir.[486]

Gecikme sebebiyle sözleşmede ödenmesi gerekli bir tazminatın belirlenmiş olması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında bunun hukuki niteliğinin tespiti gerekmektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, Anglosakson Hukuk Sisteminde kural olarak cezai şarta izin verilmezken, götürü tazminata ilişkin olarak herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak, götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarın da kural olarak belirli oranda gecikmeden kaynaklanması ve makul olarak öngörülebilen zararlara denk gelmesi gerekmektedir. Buna karşılık Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde cezai şarta ilişkin genel olarak herhangi bir sorun bulunmadığı gibi, sözleşmede belirlenmiş olan götürü tazminatın makul olarak öngörülebilen zarar miktarına denk olmasına da gerek bulunmamaktadır.[487]

İngiliz Hukuku bakımından cezai şart ile götürü tazminatın birbirinden ayırt edilmesi konusunda 100 yıldan fazladır uygulanan temel içtihat "*Dunlop v. New Garage*" kararıdır. Söz konusu karara göre, öncelikle tarafların sözleşmede kullanmış oldukları terimler tek başına sağlıklı bir değerlendirme için yeterli olmayıp,

[485] Çeliker, s. 11.
[486] Rosher (2015), s. 131-132; Lenz, s. 244-245; Nadar (2018), s. 271; Atamer, s. 87-88.
[487] Rosher (2015), s. 131-132; Lenz, s. 244-245; Nadar (2018), s. 271; Atamer, s. 87-88.

mahkemenin bunlardan bağımsız olarak bir değerlendirmede bulunması gerekmektedir. Cezai şart, borçlu üzerinde bir tür ifa baskısı yaratarak borçlunun borcunu yerine getirmesini sağlama amacındayken, götürü tazminat alacaklının uğrayabileceği zarara ilişkin gerçekçi bir öngörüde bulunarak alacaklının zararının tazminini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda da her bir sözleşmenin yapıldığı ana göre değerlendirmesi gerekmektedir. İş bu yapılan değerlendirme sonucunda, sözleşmede öngörülen miktar, sözleşmenin ihlalinin sonucu olarak tahmin edilebilecek en yüksek zararla kıyaslandığında bile, aşırı nitelikte ise ön görülen miktar bir cezai şart olarak kabul edilmelidir.[488] Ancak, taraflar arasında kararlaştırılan meblağ, daha sonra doğması muhtemel zararın gerçekçi bir tahmini olmasa bile, aynen ifa menfaatini korumak maksadıyla sözleşmeye konulmuşsa ve asli edime ek ikincil bir edim niteliğini taşımıyorsa, cezai şart olarak değil, götürü tazminat olarak kabul edilmelidir.[489]

Taraflar arasında kararlaştırılan meblağın cezai şart değil de bir tür götürü tazminat olarak değerlendirilmesi halinde, zarar gören sadece bu meblağı talep edebilir. Zarar gören daha az ya da daha fazla zarar görmüş bile olsa, bu miktar değişmez, bunun daha azına ya da daha fazlasına hükmedilemez.[490]

İnşaat sözleşmelerinde projede meydana gelebilecek gecikmelere ve somut olaya bağlı olarak, götürü tazminat ya da cezai şarta ek olarak, iş kaybı, prestij kaybı, yönetim ve çalışanların üretkenlik kaybı, pazar/pazar payı, fırsat ve kar kaybı gibi bir takım dolaylı zararların iş sahibi tarafından yükleniciden talep edilmesi de mümkündür.[491]

Yüklenicinin gecikme cezaları ve dolaylı zararlardan sorumluluğuna ilişkin inşaat sözleşmelerinde genellikle bir tavan sınır belirlenmekte olup, sözleşmede bu tarz bir sınırın öngörülmüş olması halinde, iş sahibinin zararı çok daha fazla olsa bile, yüklenici ancak bu tavan kadar zararı ödemekle yükümlü olacaktır.[492]

[488] Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd., [1915] AC 79.
[489] Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v. Beavis, [2015] UKSC 67.
[490] Atamer, s. 100.
[491] Çeliker, s. 12.
[492] Çeliker, s. 12.

2.2.3.2.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İş Sahibinin Gecikmeden Kaynaklı Zararlarının Tazmini

Daha önce de ifade edildiği üzere, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin öngörülen süre içerisinde, belirlenen kalite ve maliyetle sözleşmeyi ifa etmesi, yani projeyi tamamlaması gerekmekte olup, aksi takdir yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğu gündeme gelecek ve yüklenicinin iş sahibinin gecikmeden kaynaklı zararlarını gidermesi gerekecektir.[493]

Basit inşaat projelerinin aksine, büyük ve uzun süreli inşaat projeleri genellikle birkaç etaba ayrılmaktadır. Bu durumda yüklenicilerin projeyi öngörülen zamanda bir bütün olarak tamamlaması gerektiği gibi, her bir etabı da sözleşmede öngörülen süre içerisinde bitirmesi gerekmektedir. Yüklenicilerin öngörülen süre içerisinde ilgili etabı tamamlayamaması halinde ise, sözleşmede öngörülen maktu ve genel zararları karşılayacaklardır. Böyle durumlarda genellikle her bir etap için farklı tazminat miktarları belirlenmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, her bir etap ve bir bütün olarak projeyle ilgili olarak ödenecek tazminat miktarı toplamı, varsa sözleşmede belirlenen tavanı aşamaz. Sözleşmede maktu bir tazminatın belirlenmemiş olması ya da aşkın zararın talep edilmesi halinde ise, iş sahibinin uğramış olduğu zararın hesaplanması çok daha zor olabilir.[494]

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'a göre, yüklenicinin belirlenen süre içerisinde işi bitirememesi halinde, iş sahibi gecikmeden kaynaklı zararlarının giderilmesini yükleniciden talep edebilir. Söz konusu gecikme zararı, işin tamamlanması için öngörülen tarih ile işin fiilen bitirildiği tarih arasında geçen her bir gün için sözleşmede belirtilen miktar üzerinden hesaplanacaktır. Ancak, hesaplanacak toplam zarar miktarı, sözleşmede bir tavan öngörülmüş ise bu tavanı aşamaz. Buna karşılık, yüklenicinin herhangi bir hileli davranışı, ağır ihmali ya da kasıtlı olarak yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda iş bu tavan kuralı uygulanmayacak ve yüklenici tavan sınırın çok üzerinde bir tazminat ödeme tehdidi ile karşı karşıya kalabilecektir. Yüklenicinin tazminata mahkûm edilmiş olması ya da iş bu tazminatı ödemesi onu işleri tamamlama yükümlülüğünden ya da sözleşme kapsamında veya

[493] Seppala (1991/8), s. 1070; Bremen & Grasso, s. 73.
[494] Bremen & Grasso, 72-73.

sözleşme ile bağlantılı diğer yükümlülüklerinden kurtarmamakta, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirme sorumluluğu aynen devam etmektedir.[495]

Doktrinde FIDIC sözleşmeleri kapsamında iş sahibi lehine öngörülen iş bu meblağın hukuki niteliği konusunda birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, yüklenicinin işi zamanında tamamlamaması sebebiyle ödemek zorunda olduğu iş bu meblağ bir cezai şart olmayıp, kural olarak bir götürü tazminat niteliğindedir.[496] Diğer görüşe göre ise, iş bu ödenmesi gerekli meblağ bir ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir.[497] Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından iş bu tazminatın hukuki niteliğinin tespiti son derece önemlidir. Zira Anglosakson Hukuk Sistemi bakımından cezai şart kural olarak geçersiz olduğundan, iş sahibinin bu yöndeki taleplerinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

FIDIC sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin işi zamanında tamamlamaması halinde ödemek zorunda kalacağı iş bu meblağın hukuki niteliği konusunda kanaatimizce net bir niteleme yapmak hukuken mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak her bir sözleşme için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede, sözleşmede ödenmesi kararlaştırılan meblağ göz önünde bulundurularak, iş bu miktarın iş sahibinin uğramış olduğu zararın tazmini amacına yönelik olduğu kanaatine varılabiliyorsa bir götürü tazminat, buna karşılık iş sahibinin öngörülen zararından çok daha yüksek bir miktarın belirlenmiş olması, başka bir deyişle yüklenici üzerinde baskı kurarak yükümlülüklerini yerine getirmesini temin amacının bulunması halinde ise, bir nevi cezai şart niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

İş sahibi yukarıda belirtilen tazminata ek olarak, yükleniciden kâr kaybının yanı sıra diğer doğrudan ya da dolaylı zararlarının giderilmesini de talep edebilir. Zira FIDIC sözleşmeleri göre, iş sahibinin 1.15. maddede sayılan istisnai durumların

---

[495] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.8.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.8.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.8.

[496] Atamer, s. 117.

[497] Murat Topuz & Diogoye Wathie, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşe Zamanında Başlamaması veya İşi Tamamlayamaması Nedeniyle İş Sahibinin Hakları (FIDIC Kırmızı Kitap - 1999 Çerçevesinde", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 23/3, 2017, s. 588-590.

bulunması halinde yükleniciden kâr kaybının yanı sıra doğrudan ya da dolaylı zararlarının giderilmesini de talep edebilir. Bu kapsamda iş sahibi ancak;

- 8.8. kapsamında işin gecikmesi,
- Yüklenici tarafından 17.3. ve 17.4. maddelerin ihlal edilmesi,

durumlarında yükleniciden kâr kaybının yanı sıra diğer doğrudan ya da dolaylı zararının giderilmesini talep edebilir.[498] Söz konusu düzenlemede sayılan hususlardan herhangi birisinin varlığı sebebiyle işin gecikmesi halinde, iş sahibinin yükleniciden gecikme tazminatına ek olarak kar kaybı ile diğer doğrudan ya da dolaylı zararlarının giderilmesini talep edebileceği ifade edildiğinden, yüklenici işin gecikmesi sebebiyle iş sahibinin uğramış olduğu diğer doğrudan ya da dolaylı zararları da gidermekle yükümlü olacaktır.

Yüklenicinin herhangi bir dolandırıcılık, ağır ihmal ya da kasıtlı temerrüdü sebebiyle iş sahibinin zarara uğraması halinde ise, tarafların sorumluluklarına ilişkin iş bu sözleşme hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp, iş sahibi yukarıda belirtilen durumlar dışında da kâr kaybı ile maruz kaldığı tüm doğrudan ya da dolaylı zararların giderilmesini yükleniciden talep edebilir. Bunun yanı sıra, her ne kadar yüklenicinin sözleşme kapsamında veya sözleşme ile bağlantılı olarak iş sahibine karşı toplam yükümlülüğü, sözleşmede belirtilen tutarı veya böyle bir tutar belirtilmemişse kabul edilen sözleşme tutarını aşamayacağı ifade edilmişse de yüklenicinin herhangi bir dolandırıcılık, ağır ihmal ya da kasıtlı temerrüdünün bulunması durumunda sorumluluğunu kısıtlayan iş bu hükümlerin de uygulanması mümkün değildir.[499]

2.2.3.3. İşin Denetlenmesi

2.2.3.3.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temel yükümlülüğü, öngörülen süre içerisinde, belirlenen kalite ve maliyetle sözleşmeyi ifa etmek, yani inşaatı tamamlamaktır. Bu kapsamda işin süresi içerisinde bitirilmesine

[498] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.14.
[499] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.15.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.14.

rağmen, belirlenen kalitede olmaması, bir takım eksiklik ve hatalar barındırması halinde yüklenicinin sözleşmeyi gerektiği gibi ifa ettiğinin kabulü mümkün olmayıp, hukuken bir ayıplı ifa durumu söz konusu olacaktır.

Yüklenicinin işleri yürütüm biçiminde birtakım hatalar gözlemlendiği ya da işlerin bir kısmında ciddi eksikliklerin tespit edildiği durumlarda, iş sahibinin işin teslimine kadar yükleniciye müdahale edemeyeceğini düşünmenin pratik açıdan herhangi bir faydası bulunmamaktadır. Bu kapsamda, inşaat sözleşmelerinde, iş sahibine iş devam ederken onu inceleme ve tamamlanmadan önce yükleniciye bildirimde bulunarak tespit edilen eksiklik ve hataların giderilmesini istemesine, bildirilen eksiklik ve hataların giderilmemesi halinde ise iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere, başka yüklenicilere işi düzeltme talimatı verebilmesine imkân tanıyan birtakım hükümlere yer verildiğine sıklıkla rastlanmaktadır.[500]

İş sahibi ayrıca, tespit edilen eksiklik ve hatalar giderilinceye kadar, yükleniciye yapılacak ödemelerin bir kısmını durdurma hakkına da sahip olabilir. Böyle bir durumda iş sahibinin alıkoyma hakkına sahip olacağı miktar, genellikle eksiklik ve hataların giderilmesi için gerekli olan miktar ile sınırlı olacaktır.[501]

2.2.3.3.*2.* FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İş Sahibinin İşi Denetlemesi

2.2.3.3.2.1. Devralma Belgesi Düzenleninceye Kadarki Süreçte İşin Denetlenmesi

Yüklenici, sözleşme kapsamında yapmakla yükümlü olduğu tesis ve kullanılacak malzemelerin imalatını, tedarikini, kurulumunu, testini, işletmeye alınmasını, onarımını ve işlerin yürütülmesi sırasındaki diğer tüm işlem ve faaliyetleri sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirmek zorundadır. Bunun yanı sıra, yüklenici tarafından yapılan işlemlerin kabul edilmiş standartlara uygun, kaliteli işçilikle ve dikkatli bir şekilde yapılmış olması da gerekmektedir. Yine yüklenici tarafından yapılan tesislerin uygun bir şekilde donatılması, inşaat faaliyetleri sırasında tehlikeli arz etmeyen malzemelerin kullanılması ve kullanılacak olan malzemelerin

[500] Bremen & Grasso, 75.
[501] Bremen & Grasso, 75.

numunelerinin de kullanılmadan önce mühendisin onayına sunulması gerekmektedir.[502]

İş sahibi personeli, sözleşmede belirtilen normal çalışma saatleri içerisinde ve ayrıca makul kabul edilebilecek diğer tüm zamanlarda, tüm inşaat alanına ve inşaatta kullanılan doğal malzemelerin temin edildiği tüm yerlere erişim hakkına sahiptir. Bunun yanı sıra, iş sahibi personeli, üretim, imalat ve inşaat sırasında inşaat sahasında olsun olmasın, malzeme, tesis ve işçilikle ilgili incelemelerde bulunmak, ölçüm ve test yapma hakkına sahip olduğu gibi, işin belirlenen süreye uygun ilerleyip ilerlemediğini kontrol edip, fotoğraf ve video dahil gerekli kayıtları yapma hakkına da sahiptir.[503]

İş sahibi personelinin gerekli inceleme ve denetim faaliyetlerini yerine getirebilmesi için yüklenicinin, iş sahibi personeline gerekli güvenli geçiş, güvenlik ekipmanı ve izinler dahil olmak üzere gerekli imkânı sağlaması ve herhangi bir malzeme, tesis veya iş denetime hazır olduğunda, üzeri kapatılmadan veya depolama ya da nakliye için paketlenmeden önce mühendise bildirimde bulunması gerekmektedir. Söz konusu bildirim üzerine iş sahibi personeli, yüklenicinin bildiriminde belirtmiş olduğu ya da yüklenici ile birlikte kararlaştırılan uygun bir zaman ve yerde, gerekli denetim ve incelemeyi yapacaktır. Aksi takdirde yüklenici, malzeme ya da tesisin üzerini kapatabileceği gibi, depolama ya da nakliye için de paketleyebilir. Ancak, mühendis gerek görmezse, herhangi bir inceleme ya da denetim yapılmasına gerek olmadığı yönünde yükleniciye bildirimde de bulunabilir. Yüklenicinin söz konusu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise, mühendis ilgili işin denetlenebilmesi için yeniden ortaya çıkartılmasını isteyebilir. Bu durumda tüm risk ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere, iş denetlenmek amacıyla ortaya çıkartılacak ve daha sonra yeniden eski haline getirilecektir.[504]

Yapılan inceleme, denetim, ölçüm ve testler sonucunda herhangi bir tesisin, malzemenin, yüklenicinin sorumluluğundaki herhangi bir tasarımın ya da yapılan işçiliğin kusurlu veya sözleşmeye uygun olmadığı tespit edilirse, mühendis (Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi (bundan sonra sadece mühendis olarak ifade edilecektir))

[502] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.1. ve 7.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.1. ve 7.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.1. ve 7.2.

[503] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.3.

[504] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.3. ve 7.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.3. v 7.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.3. ve 7.4.

yükleniciye kusurlu ya da hatalı olduğu tespit edilen tesis, malzeme, tasarım ya da işçiliği açıklayan bir bildirimde bulunacaktır. İş bu bildirim üzerine yüklenici, derhal gerekli iyileştirme çalışmaları için teklifini hazırlayarak mühendise sunacaktır. Yüklenicinin sunmuş olduğu iyileştirme teklifini inceleyen mühendis, söz konusu teklifin belirtilen eksikliklerin giderilmesi için yeterli olmadığı kanaatine varırsa, teklifin yeniden gözden geçirilmesi için yükleniciye bildirimde (*Notice of Rejection*) bulunabilir. Böyle bir bildirim alan yüklenici, derhal mühendise revize edilmiş yeni teklifini sunacaktır. Eğer mühendis, yüklenicinin iyileştirme teklifini ya da revize edilmiş iyileştirme teklifini aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde aksi yönde bir bildirimde bulunmazsa, ilgili iyileştirme teklifine herhangi bir itirazı olmaksızın kabul ettiği farz edilecektir.[505]

Yüklenicinin, iyileştirme teklifini veya revize edilmiş teklifini derhal mühendise sunmaması ya da mühendis tarafından kabul edilen ya da itiraz edilmediği için kabul edildiği varsayılan iyileştirme işini gerçekleştirmemesi halinde, mühendis yükleniciye 7.6. madde kapsamında sözleşmeye aykırı olan eksiklik ya da hatanın giderilmesi yönünde talimat verebileceği gibi, iş sahibi de 11.4. madde kapsamında masrafları yükleniciye ait olmak üzere iyileştirme işlerini kendisi yapabileceği gibi, bir başkasına da yaptırtabilir. Ancak 11.4. madde kapsamında, iyileştirme işlerinin bizzat iş sahibi tarafından yapılması ya da bir üçüncü kişiye yaptırtılması halinde, yüklenicinin yapılan bu işler için hiçbir sorumluluğu olmayacağı unutulmamalıdır.[506]

Yapılan inceleme, denetim, ölçüm ve testler neticesinde tespit edilen kusur ve eksikliklerin giderilmesi halinde, mühendis risk ve maliyeti yükleniciye ait olmak üzere bunların yeniden test edilmesini isteyebilir. Yapılan yeniden testler sebebiyle, iş sahibinin ek masraflara maruz kalması halinde, iş sahibi bunları 20.2. madde kapsamında yükleniciden talep edebilir.[507]

Mühendis tarafından -daha önceden yapılan inceleme, denetim, ölçüm ve testlere ek olarak- devralma belgesi (*Taking-Over Certificate*) düzenleninceye kadar tespit edilen sözleşmeye aykırılıkların giderilmesi için yükleniciye, gerekli onarım ve

[505] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.5.
[506] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.5.
[507] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.5.

düzeltmeleri yapması veya sözleşmeye aykırı herhangi bir tesis ya da malzemeyi değiştirmesi veyahut da işlerin güvenliği için acilen gerekli olan herhangi bir düzeltme işini yapması yönünde gerekli talimatlar verilebilir. Bu durumda yüklenici, talimatta belirtilen süreden geç olmamak kaydıyla, mümkün olan en kısa süre içerisinde talimatı yerine getirmekle yükümlüdür. Bu kapsamda yapılacak tüm iyileştirme işlemlerinin maliyeti, kural olarak yükleniciye ait olmakla birlikte, iş sahibi ya da personelinin yapmış olduğu bir eylem ya da beklenmeyen durumun söz konusu kusur ya da hataya neden olması halinde yüklenici, 20.2. madde kapsamında süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunabilir. Yüklenicinin mühendisin talimatını yerine getirmemesi halinde ise iş sahibi, işi yürütmek için başka kişileri istihdam edebilir ve bunlara ödemede bulunabilir.[508]

Bunun yanı sıra, eski tarihli FIDIC sözleşmelerinden farklı olarak 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde, mühendis tarafından 7.5. kapsamında verilen bir ret bildirimi (*Notice of Rejection*) veya 7.6. kapsamında verilen bir talimatın yükleniciye ulaşmasından sonraki 28 günlük süre içerisinde haklı bir neden olmaksızın gereğinin yerine getirilmemesi, iş sahibi bakımından bir süreli fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak, iş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için öncelikle fesih niyetinde olduğunu yükleniciye bildirmesi gerekmektedir.[509] Söz konusu bildirimi alan yüklenicinin, 14 günlük süre içerisinde ilgili sorunu gidermemesi halinde, iş sahibi ikinci bir bildirim ile sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi, yüklenicinin bu ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[510]

2.2.3.3.2.2. Devralma Belgesi Düzenlendikten Sonraki Süreçte İşin Denetlenmesi

Daha önce de ifade edildiği üzere, yüklenici, sözleşmede belirtilen sürede, sözleşmeye uygun olarak ilgili işi tamamlayarak iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Ancak, ilgili iş bitirilip teslim edildikten, hatta ve hatta devralma belgesi

[508] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.6.
[509] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1.
[510] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.2.

(*Taking-Over Certificate*) düzenlendikten sonra dahi, yüklenicinin sorumluluğu belirli sınırlar dahilinde devam etmektedir. Gerçekten de devralma belgesi düzenlenmiş olmasına rağmen, sözleşmede belirtilen bir takım yapılması gerekli işlerin eksik yapılması halinde, iş bu eksik işleri varsa devralma belgesinde belirtilen, devralma belgesinde bu yönde belirlenmiş bir süre olmaması halinde ise, mühendis tarafından verilen makul süre içerisinde yüklenici tarafından tamamlaması gerekmektedir. Eksik işlerin yanı sıra, sözleşmeye aykırı olan kusurlu işlerin de kusur bildirim süresi (*Defects Notification Period – DNP*) içerisinde yüklenici tarafından giderilmesi gerekmektedir.[511]

Tespit edilen kusur ya da hasardan yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için öncelikle söz konusu kusur ya da hasarın yükleniciye atfedilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu kapsamda kusur ya da hasar;

- Yüklenicinin sorumluluğunda ki tasarım hatalarından,
- Yapılan tesis, kullanılan malzeme ya da işçiliğin sözleşmeye uygun olmamasından,
- Yüklenicinin gerekli işletme ve bakım faaliyetlerini yerine getirmemesinden,
- Yüklenicinin sözleşme kapsamındaki herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinden,

kaynaklanması halinde, ilgili kusur ya da hasardan yüklenici sorumlu tutulacaktır.[512]

Yüklenici, tespit edilen kusur ya da hasarın kendisinden kaynaklı bir sebepten ötürü değil de başka bir sebepten kaynaklandığını düşünüyorsa, derhal mühendise yazılı bildirimde bulunacak ve mühendis de kusur ya da hasarın sebebinin belirlenebilmesi için 3.7. madde (Gümüş Kitap kapsamında 3.5. madde) kapsamında ilgili süreci başlatacaktır. İlgili kusur ya da hasarın yukarıda sayılan sebepler haricinde bir sebepten kaynaklandığının tespit edilecek olması halinde, değişiklik talimatına ilişkin 13.3.1. madde hükümleri uygulanacaktır.[513]

---

[511] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.1.

[512] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.2.

[513] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.2.

Kusur bildirim süresi içerisinde yüklenicinin sorumluluğundaki herhangi bir kusurun tespit edilmesi ya da hasarın oluşması halinde, iş sahibi tarafından yükleniciye bildirimde bulunulması gerekmektedir. Söz konusu bildirimin hemen ardından yüklenici ile iş sahibi personeli birlikte ilgili kusuru ya da hasarı denetleyecekler ve yüklenici gerekli iyileştirme çalışmaları için bir teklif hazırlayarak iş sahibine sunacaktır.[514]

Yüklenici tarafından sunulan iyileştirme çalışmalarıyla alakalı olarak yukarıda belirtilen 7.5. maddenin 2., 3. ve 4. fıkraları uygulanacaktır.[515] Bu kapsamda mühendis, yüklenicinin sunmuş olduğu iyileştirme teklifini inceleyecek ve tespit edilen kusur ya da hasarın giderilmesi için yeterli olup olmadığını belirleyecektir. Mühendis, yapılan iyileştirme teklifinin belirlenen kusur ya da hasarın giderilmesi için yeterli olmadığı kanaatine varırsa, teklifin yeniden gözden geçirilmesi için yükleniciye bildirimde (*Notice of Rejection*) bulunacaktır. Böyle bir bildirim alan yüklenicinin, derhal mühendise revize edilmiş yeni teklifini sunması gerekmektedir. Eğer mühendis, yüklenicinin iyileştirme teklifini ya da revize edilmiş iyileştirme teklifini aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde aksi yönde bir bildirimde bulunmazsa, mühendisin ilgili iyileştirme teklifine herhangi bir itirazı olmaksızın kabul ettiği farz edilecektir.[516]

Yüklenicinin, iyileştirme teklifini veya revize edilmiş teklifini derhal mühendise sunmaması ya da mühendis tarafından kabul edilen ya da itiraz edilmediği için kabul edildiği varsayılan iyileştirme işini gerçekleştirmemesi halinde mühendis, yükleniciye 7.6. madde kapsamında sözleşmeye aykırı olan eksiklik ya da hatanın giderilmesi yönünde talimat verebileceği gibi, iş sahibi de 11.4. madde kapsamında masrafları yükleniciye ait olmak üzere iyileştirme işlerini kendisi ya da bir başkasına yaptırtabilir. Bu durumda iş sahibi, 20.2. madde kapsamında eksiklik ya da kusurun giderilmesi için yapmış olduğu makul masrafların ödenmesini yükleniciden talep edebilecektir. Ancak, 11.4. madde kapsamında iyileştirme işlerinin bizzat iş sahibi

[514] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.1.
[515] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.1.
[516] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.5.

tarafından yapılması ya da bir üçüncü kişiye yaptırtılması halinde, yapılan bu işlerle ilgili olarak daha sonra yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.[517]

İyileştirme teklifi kapsamında kusur ve hasarların giderilmesinden sonra mühendis, risk ve maliyeti yükleniciye ait olmak üzere bunların yeniden test edilmesini isteyebilir. Yapılan yeniden testler sebebiyle iş sahibinin ek masraflara maruz kalması halinde, iş sahibi bunları 20.2. madde kapsamında yükleniciden talep edebilir.[518]

Yüklenici tarafından ilgili kusur ya da hasarın giderilmesi haksız yere geciktiriliyorsa, iş sahibi tarafından söz konusu eksiklik ya da hatanın giderilmesi için makul bir süre belirlenerek, yükleniciye bildirilecektir. Bu durumda yüklenici tarafından bildirilen makul süre içerisinde ilgili eksiklik ya da hatanın giderilmemesi halinde, iş sahibinin başvurabileceği birden fazla seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, iş sahibi 11.4. madde kapsamında masrafları yükleniciye ait olmak üzere iyileştirme işlerini kendisi yapabileceği gibi bir başkasına da yaptırtabilir. Bu durumda iş sahibi, 20.2. madde kapsamında eksiklik ya da kusurun giderilmesi için yapmış olduğu makul masrafların ödenmesini yükleniciden talep edebilecektir. Ancak 11.4. madde kapsamında iyileştirme işlerinin bizzat iş sahibi tarafından yapılması ya da bir üçüncü kişiye yaptırtılması halinde, yapılan bu işlerle ilgili olarak daha sonra yüklenicinin sorumluluğa gidilmesi mümkün değildir.[519]

İkinci olarak, iş sahibi, kusur ya da hasarlı işi bu haliyle kabul ederek, 20.2. madde kapsamında sözleşme bedelinde makul bir indirim yapılmasını da talep edebilir. Bunların yanı sıra, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle sözleşme kapsamındaki işin herhangi bir kısmının amacına uygun olarak kullanılamaması halinde, iş sahibi mühendise 13.3.1. madde doğrultusunda verilmiş bir değişiklik talimatı varmış gibi değerlendirilmesini de isteyebilir. Son olarak ise, söz konusu kusur ya da hasar, iş sahibinin sözleşme kapsamındaki işin tüm

[517] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.5.
[518] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 7.5.
[519] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.4.

faydalarından önemli derecede mahrum kalmasına sebep olmaktaysa, iş sahibi sözleşmeyi bir bütün olarak derhal feshetme hakkına da sahiptir.[520]

Kusur bildirim süresi taraflarca sözleşmede kararlaştırılacak olup, sözleşmede bu yönde açık bir hükmün bulunmaması halinde ise 1 yıl olarak uygulanacaktır. İş bu sürenin başlangıç tarihi, ilgili iş, bölüm ya da kısmın tamamlandığı tarihtir.[521] Ancak belirli durumlarda, iş sahibi bu sürenin uzatılmasını talep edebilir. Gerçekten de sözleşme kapsamında yapılacak olan iş, bölüm, kısım ya da tesisin önemli bir parçasının, yukarıda sayılan 11.2. madde kapsamında yükleniciye atfedilebilecek herhangi bir kusur ya da hasar sebebiyle amacına özgü kullanılamaması halinde, iş sahibi 20.2. madde kapsamında kusur bildirim süresinin uzatılmasını isteyebilir. Ancak kusur bildirim süresi, sözleşmede belirtilen kusur bildirim süresinin sona ermesinden sonra 2 yıldan fazla uzatılamaz.[522]

FIDIC sözleşmelerine göre mühendis tarafından yükleniciye, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiği tarihi belirten kesin kabul belgesinin (*performance certificate*) düzenlenip verilmesiyle birlikte yüklenici, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmiş olmaktadır. Bu kapsamda mühendis, kesin kabul belgesini (birer kopya iş sahibine ve DAAB'a olmak üzere) kural olarak kusur bildirim süresinin sona erme tarihinden sonraki 28 gün içinde düzenleyerek yükleniciye sunacaktır. Ancak, yüklenicinin tüm belgelerini sunmuş olması ya da sözleşme uyarınca tüm işleri (herhangi bir kusurun giderilmesi dahil) tamamlayarak test ederek teslim etmiş olması halinde mühendis, derhal kesin kabul belgesinin düzenleyerek yükleniciye sunmak zorundadır. Mühendisin, iş bu 28 günlük süre sona erdikten sonraki 28 günlük süre içinde kesin kabul belgesini düzenlememesi halinde, kesin kabul belgesi, verilmesi gereken tarihten 28 gün sonra verilmiş kabul edilecektir.[523]

Kural olarak, kesin kabul belgesinin düzenlenerek yükleniciye verilmesiyle birlikte, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiği kabul

[520] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.4.
[521] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.1.27.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.1.27.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.1.24.
[522] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.3.
[523] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.9.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.9.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.9.

edilmektedir. Ancak kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra da taraflar kesin kabul belgesinin düzenlendiği sırada yerine getirmemiş oldukları yükümlülüklerinden sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Bu bakımdan, yerine getirilmeyen yükümlülüklerin nitelik ve kapsamının belirlenmesi amacıyla, sözleşmenin yürürlüğünün devam ettiği farz edilecektir. Ancak tesislerle alakalı olarak, yüklenici, kanunen yasaklanmadıkça veya herhangi bir dolandırıcılık, ağır ihmal ya da kasıtlı temerrüt halleri dışında, tesis için öngörülen kusur bildirim süresinin sona ermesinin üzerinden iki yıl geçtikten sonra meydana gelen herhangi bir kusur veya hasardan sorumlu tutulması mümkün değildir.[524]

Kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra, yüklenici, inşaat sahasında bulunan ekipmanlarını, fazla malzemeyi, enkazı, çöpü ve geçici işleri derhal kaldıracak, inşaat sahasını eski haline getirecek ve inşaat sahası ile işleri şartnamede belirtilen durumda, eğer belirtilmemişse temiz ve güvenli bir şekilde terk edecektir. Yüklenicinin, kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden sonraki 28 günlük süre içerisinde inşaat sahasında bulunan ekipmanlarını, fazla malzemeyi, enkazı, çöpü ve geçici işleri kaldırmaması, inşaat sahasını eski haline getirmemesi veya inşaat sahası ile işleri şartnamede belirtilen durumda terk etmemesi halinde, iş sahibi, yürürlükteki kanunların izin verdiği ölçüde inşaat sahasında kalan öğeleri satabilir, başka bir şekilde elden çıkartabilir, imha edebilir veya maliyeti yükleniciye ait olmak üzere, inşaat sahasını eski haline getirebilir ya da temizleyebilir.[525]

2.2.3.4. Mevzuat Değişikliklerinden Kaynaklı Bedelde İndirim Yapılması

Yüklenicinin hak ve yükümlülükler kapsamında da ifade edildiği üzere, mevzuat değişiklikleri sebebiyle taraflarca belirlenen sözleşme bedelinde birtakım değişiklikler yapılması (artırım ya da indirim) taraflarca talep edilebilir. Gerçekten de 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 13.6. maddesine göre, yeni kanunların yürürlüğe girmesi, mevcut kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması dahil olmak üzere projenin yürütüldüğü ülke mevzuatında değişiklik yapılması, uygulanacak olan

[524] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.10.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.10.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.10.
[525] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 11.11.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 11.11.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 11.11.

mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olarak adli ve idari merciler tarafından değişikliğe gidilmesi, iş sahibi ya da yüklenici tarafından 1.13. madde kapsamında alınması gerekli izin, ruhsat, lisans ve onay koşullarında değişiklik yapılması halinde, iş sahibi tarafından, 20.2. madde kapsamında yükleniciden sözleşme bedelinde bir indirim yapılması talep edilebilir.[526]

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 20.2. maddesine göre, bedelde indirim yapılması talebinde bulunacak olan iş sahibinin, öncelikle ücrette indirime gidilmesini gerektiren olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde mühendise (Gümüş Kitap kapsamında yükleniciye) ücrette indirim yapılmasına neden olan olay ya da durumu da açıklayan bir bildirimde *(Notice of Claim)* bulunması gerekmektedir.[527] İş sahibinin bu aşamada bir iki cümleden oluşan bir bildirimde bulunması yeterli olup, talep edilen miktarı bildirmesine ya da talebine dayanak herhangi bir belge sunmasına gerek bulunmamaktadır.

İş sahibinin, ücrette indirime gidilmesini gerektiren olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 gün geçtikten sonra indirim talebinde bulunması kural olarak mümkün değildir.[528] Zira, söz konusu süre kesin ve bağlayıcı nitelikte olduğundan, iş bu süre geçtikten sonra ilgili tarafın indirim talebinde bulunması mümkün değildir.[529]

Bu tarz bir bildirim alan mühendisin, öncelikli olarak söz konusu bildirimin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığını incelemesi gerekmektedir. Bu kapsamda mühendisin, söz konusu bildirimin iş sahibinin indirime neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre geçtikten sonra yapıldığını tespit etmesi halinde, bildirimi aldığı tarihten itibaren 14 günlük süre içerisinde, iş sahibine durumu açıklayan bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin iş bu 14 günlük süre içerisinde iş sahibine bu yönde bir bildirimde bulunmaması halinde ise, yapılan bildirimin geçerli olduğu kabul

[526] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.
[527] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.1.
[528] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.1.
[529] Godwin, s. 183.

edilecektir. Ancak yüklenicinin, mühendisten farklı olarak, söz konusu bildirimin geçerli olmadığı kanaatinde olması halinde, sebepleri ile birlikte mühendise bir bildirimde bulunarak, söz konusu kararın gözden geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.[530]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında iş sahibinin 28 günlük süre geçtikten sonra kural olarak indirim talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak söz konusu hükmün geçerliliği uygulanacak hukuka bağlı olarak birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, FDIC sözleşmeleri emredici uluslararası hukuk kuralları olmayıp, birer özel hukuk sözleşmesi niteliğindedirler. Bu sebeple de sözleşme hükümlerinin, uygulanacak ülke hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Daha önce de birkaç kez ifade edildiği üzere, Anglosakson Hukuk Siteminde söz konusu hükmün geçerliliği konusunda genel olarak herhangi bir sorun bulunmamaktadır.[531] Kıta Avrupası Hukuk Sistemi bakımından ise, söz konusu düzenlemenin taraflar arasında müzakere konusu yapılmamış bir genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi halinde geçerli olmadığının ileri sürülebileceği ifade edilmektedir.[532] Kanaatimizce, her bir somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmekle birlikte, TBK'nın 20 vd. maddelerinde yer alan genel işlem koşularına ilişkin hükümler dikkate alındığında, FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen iş bu 28 günlük süre sınırlamasının TBK'nın 20 vd. maddeleri kapsamında geçersiz olduğu kabul edilemez.[533]

Uygulanacak hukuk olarak İslam Hukuku'nun seçilmesi halinde ise İslam Hukuku'nda hukuki taleplerin zamanaşımına tabi olmaması sebebiyle, 20.2.1. maddede öngörülen iş bu 28 günlük sürenin uygulanmasına ilişkin birtakım sorunlarla karşılaşılabileceği belirtilmektedir.[534]

Söz konusu bildirimin süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılmasının ardından yüklenicinin, indirim talebine ilişkin ayrıntılı talebini mühendise sunması

[530] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2.

[531] Multiplex Construction v. Honeywell Control Systems [2007] EWHC 447 (TCC); Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. [2007] EWHC 3454 TCC; WW Gear Construction Ltd v. McGee Group Ltd [2010] EWHC 1460; Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC); [2014] B.L.R. 484; [2014] C.I.L.L. 3536. Ayrıca bkz. Lenz, s. 242-244.

[532] Lenz, s. 242-244.

[533] Benzer bir konu ile alakalı ayrıntılı değerlendirme için bkz. Şener, s. 802-806.

[534] Gelişen, s. 292.

gerekmektedir. Buna göre iş sahibi, mühendis ile farklı bir süre kararlaştırılmadıkça, indirime neden olan olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 84 günlük süre içerisinde mühendise ayrıntılı talebini (*fully detailed claim*) sunması gerekmektedir.[535]

Bir indirim talebinin ayrıntılı talep olarak kabul edilebilmesi için; söz konusu talebe sebep olan olay ya da durumun ayrıntılı açıklamalarını, iş bu talebinin sözleşme ve diğer yasal kurallar çerçevesindeki dayanaklarını, talep ile ilgili olarak iş sahibinin dayandığı tüm güncel kayıtları ve istenen indirim miktarını destekleyen diğer ayrıntıları içermesi gerekmektedir.[536] Güncel kayıtlar ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda FIDIC sözleşmelerinden herhangi bir açıklama bulunmaması sebebiyle, söz konusu sözleşme hükmünün mahkeme ve tahkim kararlarında yorumlanması gerekmektedir. Bir İngiliz Mahkemesi kararında, güncel kayıtlar terimi, yüklenici veya iş sahibi tarafından söz konusu taleple ilgili olarak üretilmiş veya hazırlanmış orijinal veya birincil belgeler ya da bunların kopyaları olarak tanımlanmıştır.[537]

İş sahibinin 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini mühendise sunmaması halinde yapmış olduğu bildirim *(Notice of Claim)* geçersiz hale gelecektir. Bu durumda mühendisin 84 günlük sürenin dolmasından sonraki 14 günlük süre içerisinde iş sahibine, yapmış olduğu bildirimin geçersiz hale geldiğine dair bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin iş bu 14 günlük süre içerisinde iş sahibine bu yönde bir bildirimde bulunmaması halinde ise, yapılan bildirimin geçerli olduğu kabul edilecektir. Ancak yüklenicinin, mühendisten farklı olarak, söz konusu bildirimin geçerli olmadığı kanaatinde olması halinde, sebepleri ile birlikte mühendise bir bildirimde bulunarak söz konusu kararın gözden geçirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.[538]

Her ne kadar iş sahibinin 28 günlük süre içerisinde bildirimde bulunmaması ya da 84 günlük süre içerisinde ayrıntılı talebini sunmaması halinde, yapılan iş bu

[535] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.

[536] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.4.

[537] Her Majesty's Att.-Gen. for the Falkland Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd [2003] B.L.R. 285.

[538] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.4.

bildirimin kural olarak geçersiz sayılacağı belirtilmiş olsa da iş sahibi geç başvuruda bulunmasını haklı kılan sebepleri açıklayarak bildirimin geçersiz sayılmasını engelleyebilir.[539]

Ayrıntılı talebin usulüne uygun olarak süresi içerisinde yapılmasının ardından, 3.7. maddede belirtilen prosedürün işletilmesi gerekmektedir. Buna göre mühendis, öncelikli olarak taraflarla bir araya gelerek, talep hakkında tarafların bir anlaşmaya varmaları için faaliyetlerde bulunacaktır. Tarafların taleple ilgili bir anlaşmaya varamamaları halinde, mühendis kendisi bir karar verecektir. Mühendisin verdiği karardan tarafların memnun olmaması halinde ise, iş bu karara karşı olarak taraflar 21. madde gereğince sırasıyla DAAB ve tahkim yoluna başvurabilirler. Bu konu ileriki aşamalarda FIDIC sözleşmelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacağından, tekrara düşmemek için bu aşamada daha fazla açıklamada bulunulmayacaktır.

Ücret indirimine ek olarak, mevzuat değişiklikleri sebebiyle proje kapsamındaki işlerin yürütülmesine ilişkin olarak düzeltmelerin yapılması da gerekebilir. Bu durumda yüklenicinin mühendise ya da mühendisin yükleniciye tüm ayrıntılarıyla birlikte derhal bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Bu durumda mühendis, ya 13.3.1. madde kapsamında bir değişiklik talimatı verecek ya da 13.3.2. madde kapsamında yüklenicinden bir değişiklik önerisi sunmasını isteyecektir.[540]

2.2.3.5. Beklenmedik Haller (Exceptional Events)

Daha önceden yüklenicinin hak ve yükümlülükleri kısmında belirtildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinde beklenmedik hallere ilişkin düzenlemeler, Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap için temelde aynı olup, 18. maddede yer almaktadır.[541]

Bir olay ya da durumun beklenmedik bir hal olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu olayın öngörülemez, tarafların kontrolleri dışında, alınacak makul önlemlerin

[539] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 20.2.2. ve 20.2.4.

[540] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 13.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 13.6.

[541] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.1.

ötesinde, kaçınılması ve üzerinden gelinmesi mümkün olmayan ve taraflara atfedilemez nitelikte olması gerekmektedir.[542]

Daha öncede ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinde hangi durumların beklenmedik hal olarak kabul edilebileceği sınırlayıcı olmayacak şekilde, örnekseme yoluyla sayılmıştır. Buna göre, savaş, silahlı çatışma, işgal, isyan, terörizm, ayaklanma, darbe veya iç savaş, yüklenicinin kusuru bulunanlar hariç olmak üzere mühimmatlar, patlayıcılar, radyasyon veya kirlenme ile deprem, kasırga, tayfun veya volkanik aktivite gibi doğal afetler beklenmedik hallere örnek olarak gösterilmektedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, bu sayım sınırlayıcı nitelikte olmadığından öngörülemez nitelikte, tarafların kontrolleri dışında, alınacak makul önlemlerin ötesinde, kaçınılması ve üzerinden gelinmesi mümkün olmayan ve taraflardan kaynaklanmayan tüm olaylar beklenmedik hal olarak kabul edilecektir.[543] Bunun yanı sıra, taraflar kendi aralarında anlaşarak yukarıda örnek babında sayılan olayların bir veya birkaçını beklenmedik hal kavramı dışına çıkartarak söz konusu olaya ilişkin riski tamamen taraflardan birisine de yükleyebilirler.[544]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir beklenmedik hal ile karşı karşıya kalan inşaat sahibi, işi askıya alabileceği gibi sözleşmeyi de feshedebilir. Ancak, sözleşme kapsamında yükleniciye ödeme yapma yükümlülüğünü beklenmedik hallere ilişkin düzenlemelere dayanarak yerine getirilmemesi mümkün değildir.[545]

İş sahibinin beklenmedik bir hal nedeniyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, söz konusu durumu fark ettiği veya fark etmesi gerektiği tarihten itibaren 14 günlük süre içerisinde yükleniciye bildirimde bulunması gerekmektedir. Bildirimde hangi yükümlülüklerin beklenmedik hal sebebiyle yerine getirilemediği de açıkça belirtilecektir. Bu kapsamda 14 günlük süre içerisinde bildirim yükümlülüğünü yerine getiren iş sahibi, beklenmedik hal yüzünden yükümlülüklerini yerine getiremediği tarihten itibaren, bildirimin yükleniciye 14 günlük süreden sonra ulaşması halinde ise, bildirimin ulaşma tarihinden itibaren,

[542] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.1; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.1.
[543] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.1; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.1.
[544] Bremen & Ammar, s. 68-69.
[545] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.2.

beklenmedik hal devam ettiği sürece yükümlülüklerini yerine getirmekten muaf olacaktır. Ancak, taraflar beklenmedik halin etkilemediği yükümlülüklerini aynen yerine getirmeye devam etmekle yükümlüdürler.[546] Bunun yanı sıra, beklenmedik haller sebebiyle yükümlülüklerini yerine getiremeyen iş sahibinin, beklenmedik hal yüzünden sözleşmenin ifasında herhangi bir gecikme yaşanmaması için elinden gelen tüm çabayı göstermesi de gerekmektedir.[547]

Beklenmedik halin devam eden (süre gelen) bir etkisinin bulunması halinde, iş sahibinin yapmış olduğu ilk bildirimden sonra ki her 28 günde bir ayrıca ek bildirimde bulunması da gerekmektedir. Beklenmedik halin etkisinin sona ermesi halinde ise, iş sahibi derhal diğer tarafa bildirimde bulunacaktır. İş sahibinin beklenmedik halin etkisinin ortadan kalkmasına rağmen diğer tarafa bildirmemesi halinde ise yüklenici, artık beklenmedik halin işin ifasını engellenmediğini düşündüğüne dair bildirimde bulunabilir.[548]

Sözleşme kapsamında yapılması gerekli işlerin yürütülmesini büyük ölçüde engelleyen uzun süreli bir beklenmedik halin bulunması halinde, iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. Buna göre, 18.2. madde kapsamında hakkında bildirimde bulunulan bir beklenmedik halle ilgili olarak sözleşmenin feshedilebilmesi için, beklenmedik hal sebebiyle devam etmekte olan tüm işlerin kesintisiz bir şekilde 84 gün veya farklı dönemlerde toplam 140 gün süre ile önemli derecede engellenmiş olması gerekmektedir. Bu durumda sözleşmenin feshi tarihi, fesih bildiriminin diğer tarafa ulaşmasından sonraki yedinci gün olacaktır.[549]

2.2.3.6. İşin Geçici Olarak Durdurulması

Yüklenicinin olduğu gibi, iş sahibinin de çeşitli sebeplerle işi geçici olarak durdurma hakkı bulunmaktadır. Konuyla ilgili düzenlemeler FIDIC sözleşmelerinin 8.9. ve devamı maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre,

[546] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.2.
[547] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.3-18.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.3.-18.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.3.-18.4.
[548] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.3.
[549] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 18.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 18.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 18.5.

mühendis (FIDIC Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi, bundan sonra sadece mühendis olarak ifade edilecektir), herhangi bir zaman yükleniciye işin bir kısmı ya da tamamının inşasının durdurulmasına yönelik talimat verebilir. Söz konusu talimatta, durdurma tarihi ile bunun nedenlerine de ayrıca yer verilmesi gerekmektedir.[550]

İşin askıya alınmasından sonra mühendis, yükleniciye yazılı bir bildirimde bulunarak, işe devam etme talimatı verebilir. Bu durumda yüklenicinin mümkün olan en uygun süre içerisinde işe kaldığı yerden devam etmesi gerekmektedir.[551] İşin durdurulduğu süre boyunca yüklenici, ilgili iş ya da işlerin herhangi bir zarara uğramaması için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür.[552]

FIDIC sözleşmelerinin 8.9. maddesi kapsamında iş ya da işlerin mühendisin talimatı ile durdurulması halinde yüklenici, 20.2. madde kapsamında süre uzatımı talebinde bulunabileceği gibi, iş sahibinden ek ödeme talebinde de bulunabilir. Ancak bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Buna göre, yüklenicinin kusurundan kaynaklı hataların düzeltilmesi için söz konusu durdurma talimatının verilmiş olması halinde, yüklenici süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunamaz. Bunun yanı sıra, yüklenicinin durma süresi boyunca ilgili iş ya da işlerin zarara uğramaması için 8.9. madde kapsamında almakla yükümlü olduğu önlemleri almaması sebebiyle maruz kaldığı gecikme ve ek masraflar için de iş sahibinden süre uzatımı ya da ek ödeme talebinde bulunması mümkün değildir.[553]

İş sahibinin 8.9. madde kapsamında geçici olarak işleri askıya alması halinde, yüklenici tamamlanmış işlerin bedellerinin ödenmesini talep edebilir. Tamamlanmış olan işlerin yanı sıra, yüklenici henüz şantiyeye nakledilmemiş tesis ve malzemelerin bedellerinin ödenmesini de belirli koşullar altında iş sahibinden talep edebilir. Buna göre;

- İlgili tesis ya da malzemenin şantiyeye tesliminin 8.9. madde kapsamında 28 günden fazla bir süreyle askıya alınmış olması,

[550] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.9.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.9.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.9.
[551] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.13.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.13.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.13.
[552] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.9.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.9.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.9.
[553] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.10.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.10.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.10.

- İlgili tesis ve malzemelerin daha önceden belirlenen bir takvim doğrultusunda işin askıya alındığı dönemde tamamlanmış ve şantiyeye nakledilmeye hazır olması,

- Yüklenicin söz konusu tesis ve malzemelerin sözleşmeye uygun olduğuna dair makul kanıtlar sunması,

- Mühendisin talimatına uygun olarak yüklenicinin ilgili tesis ya da malzemeleri iş sahibinin mülkü olarak işaretlemiş olması halinde,

söz konusu tesis ve malzemeler inşaat sahasına nakledilmemiş olsa bile, yüklenici, ilgili tesis ya da malzemelerin işin askıya alınması talimatının verildiği tarihteki değerinin ödenmesini talep edebilir.[554]

İşin iş sahibi tarafından askıya alınması ve askıya alma süresinin 84 günden fazla sürmesine rağmen, işe yeniden başlanmaması durumunda, yüklenici, mühendise bir yazılı bildirimde bulunarak işe devam etme isteğini ve kendisine bu hususta müsaade edilmesini talep edebilir. Mühendisin iş bu bildirime 28 günlük süre içerisinde cevap vermesi gerekmekte olup, aksi takdirde yüklenicinin seçim hakkı doğacaktır. İlk olarak yüklenici, askıya alma işleminin devamına ancak kendisine süre uzatımı ve ek ödeme yapılmasını talep edebilir. Bu durumda taraflar toplam erteleme süresinden kaynaklı süre uzatımı ve ek ödeme konusunda anlaşabilirlerse konu bir uyuşmazlığa dönüşmeden sonuçlanmış olacaktır.[555]

Yüklenicinin askıya alma işleminin devamını kabul etmemesi ya da yüklenicinin askıya alma işleminin devamını kabul etmesine rağmen, tarafların süre uzatımı ve ek ödeme konusunda anlaşamamaları halinde, yüklenici mühendise vereceği ikinci bir ihtarname ile askıya alma işlemini iş sahibinin yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirebilir. Bu durumda askıya alma işlemi işin bir kısmını etkilemişse, sanki 13.3.1. madde kapsamında verilmiş bir değişiklik talimatı varmışçasına yüklenici 8.9. kapsamındaki koruma, saklama ve emniyete alma yükümlülüklerinden derhal muaf hale gelecektir. İşin askıya alınması işin tamamını etkilemesi halindeyse yüklenici, 16.2.1.(h) maddesi kapsamında sözleşmeyi derhal

[554] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.11.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.11.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.11.

[555] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.12.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.12.(a); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.12.(a).

feshedebilir.[556] Bu kapsamda yüklenici iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi derhal feshettiğini bildirebilir.[557]

2.2.3.7. Fesih

2.2.3.7.1. Genel Olarak

Feshin, yükleniciler üzerinde çok önemli mali sonuçları bulunmaktadır. Bu sebeple de sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir yükleniciye karşı, iş sahiplerinin kullanabileceği en etkili çözüm yöntemi şüphesiz sözleşmenin feshidir. İnşaat sözleşmelerinde iş sahiplerine, yüklenicilere nazaran genelde daha kapsamlı bir fesih yetkisi tanınmaktadır. Ancak bu durum, iş sahiplerinin diledikleri zaman herhangi bir yaptırım ile karılaşmadan sözleşmeyi feshedebilecekleri anlamına gelmemektedir. Haksız veyahut da gerekli prosedürler tamamlanmadan yapılan fesih işlemlerinin sonuçları çok ciddi olabilir. Gerçekten de böyle bir durumda iş sahipleri, yüklenicilerin haksız fesih sebebiyle mahrum kaldıkları kar kaybına kadar birçok farklı tazminat talepleriyle karşı karşıya kalabilirler. Bu durumda feshin geçerli olduğunun ispat yükümlülüğü iş sahibine ait olacaktır. Bu nedenle iş sahibinin, sözleşmeyi feshetmeden önce yasal olarak sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğundan emin olması ve akabinde de ilgili prosedürü eksiksiz olarak tamamlaması gerekmektedir.[558]

İş sahipleri tarafından kısmen tamamlanmış bir proje feshedilmeden önce, yeni bir yüklenicinin devreye alınması için gereken süre ve bununla alakalı ek maliyetler sebebiyle projenin genel olarak tamamlanmasında aksamalar yaşanabileceği hususu da her zaman göz önünde bulundurularak, bir nevi kâr zarar hesaplaması yapılmalı ve böylece haklı olunsa bile kendileri için olumsuz sonuçlar doğurabilecek gereksiz fesihlerden uzak durulmalıdır. Bu sebepledir ki feshe, iş sahipleri tarafından çok nadir olarak başvurulmaktadır.[559]

---

[556] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.12. ve 16.2.1.(h).; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.12. ve 16.2.1.(h); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.12., 16.2.1.(g).

[557] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3. ve 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3, 16.2.1. ve 16.2.2.

[558] Bremen & Grasso, s. 76-77.

[559] Bremen & Grasso, s. 77.

2.2.3.7.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında İş Sahibinin Sözleşmeyi Fesih Hakkı

2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri incelendiğinde, 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerine nazaran yüklenicinin kusurlu eylemlerinden kaynaklı olarak iş sahibinin sözleşmeyi feshi konusunda çok daha ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği, fesih için izlenecek prosedür ve feshin sonuçlarına ilişkin birtakım değişiklikler yapıldığı görülmektedir.

Yüklenicinin sözleşme kapsamındaki herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde, mühendis tarafından yükleniciye bir bildirimde bulunarak, belirli bir süre içerisinde hatasını düzeltmesi istenebilir. Yapılan bu bildirime düzeltme bildirimi (*Notice to Correct*) denilmektedir. Düzeltme bildiriminde, yüklenicinin hangi yükümlülüğünü yerine getirmediği ve yerine getirilmeyen yükümlülüğünün niteliği dikkate alınarak, yüklenicinin hatasını gidermesi için belirlenecek makul bir sürenin yer alması gerekmektedir. Söz konusu nitelikte bir düzeltme bildirimi alan yüklenici, derhal mühendise bir bildirimde bulunarak, hatasını gidermek için hangi tarihte hangi adımları atacağını bildirecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, düzeltme bildiriminde belirtilen süre, sözleşmede işin tamamlanması için öngörülen süresinin uzatılması anlamına gelmemektedir.[560]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında iş sahibi çeşitli nedenlerle sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olup, bu sebepler 15.2. maddede düzenlenmiştir. Bu sebeplerin başlıcaları ise şunlardır. Yüklenici;

- Yapılan düzeltme bildirimine, 3.7. madde kapsamında diğer tarafla yapmış oldukları bağlayıcı nitelikteki anlaşmaya ya da mühendis tarafından verilen bağlayıcı ve kesin nitelikteki bir karara veyahut da 21.4. madde kapsamında verilen bir DAAB kararına (kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın) aykırı davranırsa,
- Sözleşme kapsamında yapması gerekli olan işleri terk eder veya devam etmeye niyeti olmadığını açıkça ortaya koyarsa,
- Geçerli bir mazereti olmaksızın yapması gereken işlere 8. madde uyarınca devam edemezse ya da sözleşmede bir tavan gecikme tazminatı sınırı belirlenmiş

[560] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.1.

olmasına rağmen yüklenicinin sözleşme kapsamında belirlenen süre içerisinde işi tamamlayamamış olması sebebiyle iş sahibinin yüklenicinden talep edebileceği gecikme tazminatı miktarının sözleşmede ön görülen bu tavanı aşarsa,

- Geçerli bir mazereti olmaksızın mühendis tarafından 7.5. kapsamında verilen bir ret bildirimi (*Notice of Rejection*) veya 7.6. kapsamında verilen bir talimatın tebliğinden sonraki 28 günlük süre içerisinde gereğini yerine getirmezse,

bu durum yüklenici tarafından sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilerek, iş sahibi tarafından sözleşme feshedilebilir. Ancak iş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için öncelikle fesih niyetinde olduğunu yükleniciye bildirmesi gerekmektedir.[561] Söz konusu bildirimi alan yüklenici, bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde bildirimde belirtilen sorunu çözemezse, iş sahibi ikinci bir bildirim ile sözleşmeyi derhal feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi yüklenicinin bu ikinci bildirimi aldığı tarih olacaktır.[562]

Buna karşılık;

- Yüklenici iflas eder veya ödeme aczine düşerse ya da tasfiye, kayyum, yeniden yapılandırma, konkordatoya tabi olursa,

- Yüklenicinin bir adi ortaklık olması halinde, ortaklardan herhangi birisi iflas eder veya ödeme aczine düşerse ya da tasfiye, kayyum, yeniden yapılandırma, konkordato gibi durumlara tabi hale gelir ve diğer ortak ya da ortaklarca söz konusu ortağın sözleşme kapsamında yapacağı işlerin kendileri tarafından yerine getirileceği derhal teyit edilmez ise,

- Yüklenicinin makul kanıtlar kapsamında, sözleşme veya sözleşme kapsamındaki işler ile ilgili olarak yolsuz, hileli, gizli ya da cebri bir eylemde bulunduğu tespit edilirse,

iş sahibi önceden herhangi bir bildirim yapmasına gerek olmaksızın derhal sözleşmeyi feshedebilir. Bu durumda fesih tarihi, yüklenicinin bildirimi aldığı tarih olacaktır.[563]

---

[561] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1.

[562] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.2.

[563] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1 ve 15.2.2.

Yukarıda belirtilen sebeplerle iş sahibi tarafından sözleşmenin feshedilmesi halinde yüklenicinin, yeni bir taşeron atanması ile, iş, can ve mal güvenliğinin temini için iş sahibi tarafından verilen tüm makul talimatları derhal yerine getirmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yüklenici, gerekli tüm malları, tüm sözleşme dokümanlarını, kendisi tarafından yapılan veya yaptırılan tasarıma ilişkin tüm bilgi ve belgeleri mühendise teslim edecektir. Ayrıca, yüklenici sözleşmenin feshinden sonra inşaat alanını da terk edecektir. Eğer yüklenici şantiye alanını kendi isteğiyle terk etmezse, iş sahibinin yükleniciyi şantiye alanından çıkartma hakkı da bulunmaktadır.[564]

İş sahibi tarafından yüklenicinin kusuru sebebiyle sözleşmenin feshi halinde, kalıcı işler, mallar, sözleşme dokümanları ile sözleşmeye uygun olarak yapılan diğer işlerin bedelinin tespiti için mühendis tarafından 3.7. madde kapsamında ilgili sürecin başlatılması gerekmektedir. Bu kapsamda taraflarca bir uzlaşmaya varılamaması halinde, mühendis tarafından yapılacak ödemenin miktarı belirlenecektir. Ancak yüklenici tarafından sözleşmeye aykırı olarak yapılan kalıcı işler, tesisler, malzeme ve dokümanlar yapılacak hesaplamada dikkate alınamaz.[565]

İş sahibi tarafından sözleşmenin feshinden sonra, işlerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan ek masraflar ile şantiyenin temizliği ve eski haline getirilmesi için yapılanlar da dahil olmak üzere diğer tüm makul masraflar, işlerin tamamlanması için iş sahibinin uğramış olduğu tüm zarar ve giderler ile gecikmeden kaynaklı zararların yüklenici tarafından tazmini için iş sahibi, 20.2. madde kapsamında başvuruda bulunabilir.[566]

Bunun yanı sıra iş sahibi, 15.5. madde kapsamında yükleniciye bildirimde bulunarak, kendi çıkarına sözleşmeyi dilediği zaman da feshedebilir. Bu durumda sözleşme, bildirimin yükleniciye ulaştığı ya da iş sahibinin kesin güvenceyi iade etmesinden 28 gün sonra feshedilmiş olur. Böyle bir bildirim ile sözleşmenin feshedilmesi halinde, karşılığı ödenen ya da ödenecek olanlar dışından, yükleniciye iade edilecek olan dokümanların iş sahibi tarafından kullanılması mümkün olmadığı

[564] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.3.
[565] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.3.
[566] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.4.

gibi, kesin güvencelerin yükleniciye iadesi için gerekli ayarlamaların da yapılması gerekmektedir.[567]

İş sahibi tarafından 15.5. madde kapsamında sözleşmenin feshedilmesi halinde, yüklenici en kısa süre içerisinde yapılan işin değerini ve sözleşmenin feshi sebebiyle uğramış olduğu kar kaybı ile diğer kayıp ve zararlarını gösterir bilgi ve belgeleri mühendise sunacaktır. Söz konusu bilgi ve belgelerin ibrazından sonra mühendis 3.7. madde kapsamındaki süreci başlatacak, bu kapsamda yükleniciye yapılacak ödeme miktarını ya taraflar kararlaştıracak ya da mühendis tarafından belirlenecektir.[568] Belirlenen miktarın, yüklenicinin başvurusunun mühendise ulaşmasından itibaren 112 günlük süre içerisinde ödenmesi gerekmektedir.[569]

Yüklenicinin kusurunda kaynaklanan fesihlerden farklı olarak, iş sahibinin kendi çıkarına sözleşmeyi 15.5. madde kapsamında feshettiği hallerde, 15.6. madde kapsamında yükleniciye ödenmesi gerekli miktar ödeninceye kadar, iş sahibi inşaata devam edemeyeceği gibi, herhangi bir başka kişi tarafından devam edilmesi için de herhangi bir faaliyette de bulunamaz.[570]

2.2.4. Karşılıklı Temerrüt Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

2.2.4.1. Genel Olarak

Karşılıklı temerrüt (*concurrent delay*) kavramı inşaat hukukunda, birbirinden bağımsız biri işverenin, diğer ise yüklenicinin sorumluluğundaki en az iki farklı fiilin, bir inşaat projesinin öngörülenden daha uzun sürede tamamlanmasına, yani gecikmesine sebep olması olarak tanımlanabilir.[571]

---

[567] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.5.

[568] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.6.

[569] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.7.

[570] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.5.

[571] Kim Rosenberg, "Concurrent Delay: What Is All the Fuss About?", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 247; Gillies, para. 4. Marrin ise karşılık temerrüdün, yaklaşık olarak eşit illiyet bağlantısına sahip iki veya daha fazla etkili gecikme nedeninin sebep olduğu bir proje aşımı süresini ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedir (John Marrin, "Concurrent Delay Revisited", **Society of Construction Law** (UK), 2003, s. 2).

Karşılıklı temerrüt konusu özellikle inşaatın/projenin gecikmesinden kaynaklı sorumluluğun paylaştırılması bakımından son derece önemlidir.[572] Bununla birlikte, karşılıklı temerrüt ancak istisnai durumlarda mümkün olup, inşaat uyuşmazlıklarında karşılıklı temerrüt iddiası ile nadiren karşılaşılmaktadır.[573] İstisnai bir durum olması sebebiyle de konu doktrin ve yargı içtihatlarında pek fazla ele alınmamaktadır. Hatta uluslararası inşaat sözleşmelerinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan tip sözleşmelerde dahi genellikle konuya ilişkin düzenlenmelere yer verilmemektedir. Örneğin 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap incelenecek olursa, karşılıklı temerrüde ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı görülecektir. Bu sebeple de konu ile alakalı uyuşmazlıkların çözümü sözleşmeye uygulanacak olan hukuka bırakılmış olmaktadır.[574]

Doktrin ve uygulamada iki farklı karşılıklı temerrüt tipinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, uygulamada pek rastlanmayan gerçek karşılıklı temerrüttür (*true concurrent delay*). Gerçek karşılıklı temerrüt, temerrüt olaylarının aynı anda gerçekleşmesi ve bunların etkilerinin aynı anda proje üzerinde hissedilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. İş sahibinin inşaat sahasını zamanında yükleniciye teslim edememesine rağmen, yüklenicinin de işi yerine getirmek için kullanabileceği kaynağının bulunmaması gerçek karşılıklı temerrütte örnek olarak gösterilmektedir.[575]

Diğer karşılıklı temerrüt türü ise, temerrüt olaylarının farklı zamanlarda gerçekleşmiş olmasına rağmen, etkilerinin çakışarak birlikte projenin gecikmesine sebep olmaları şeklinde tanımlanmaktadır (*concurrent effect of sequential delay events- karşılıklı gecikme olaylarının sıralı etkisi)*. Söz konusu karşılıklı temerrüt türü ile gerçek karşılıklı temerrüde nazaran daha yaygın bir şekilde karşılaşılmaktadır.[576]

Söz konusu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, karşılıklı temerrütten bahsedilebilmesi için her halde en az iki temerrüt olgusunun bir arada bulunması, iş bu temerrütlerin aynı anda başlamış ya da bitmiş olması ve ayrıca projenin öngörülen sürede tamamlanmasının söz konusu temerrütler sebebiyle gecikmiş veya gecikecek olması gerekmektedir.[577] Bunların yanı sıra, iki farklı temerrüdün de illiyet bağlantısı

[572] Rosenberg, s. 247;
[573] Marrin, s. 2.
[574] Rosenberg, s. 245-246.
[575] SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, madde 10.3.
[576] SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, madde 10.4.
[577] Rosenberg, s. 246-250.

bakımından projede önemli miktarda bir gecikmeye sebebiyet verebilecek nitelikte olması ve ayrıca iş bu iki temerrüttün de eşit illiyet bağlantısına sahip olması karşılıklı temerrüdün varlığı bakımından gerekli olan diğer şartlardır. Bu kapsamda temerrütlerden birisinin önemsiz bir gecikmeye sebebiyet vermesi ya da birinin illiyet bağlantısının diğerine göre daha az olması halinde karşılıklı temerrütten değil, yalnızca taraflardan birisinin temerrüdünden bahsedilebilir.[578]

Karşılıklı temerrüttün temelinde illiyet bağı bulunmakta olup, illiyet bağının tespiti uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Örneğin Anglosakson Hukuk Sistemi bakımından karşılıklı temerrütten söz edilebilmesi için her bir temerrüt fiilin kendi başına önemli bir gecikmeye sebebiyet verecek nitelikte olması gerekmektedir.[579] Bu bakımdan fiillerin birisinin önemli kabul edilebilecek bir gecikmeye sebebiyet verebilecek bir etkinlikte olmaması halinde, karşılık temerrütten bahsedilemez.[580] Bir temerrüt fiilinin tek başına önemli bir gecikmeye sebebiyet verebilecek nitelikte olup olmadığına ise, her bir olayın kendine has özellikleri göz önünde bulundurularak karar verilecektir.[581]

İngiliz Hukuk Sisteminde karşılıklı temerrüt varlığı, yani hem iş sahibinin hem de yüklenicinin temerrüdünün birlikte ya da bağımsız olarak önemli bir gecikmeye neden olması halinde, yüklenicinin süre uzatım talebinde bulunabileceği, buna karşılık tarafların birbirlerinden ek ücret ya da tazminat talebinde bulunamayacakları kabul edilmektedir.[582] Söz konusu kabul temelde birbirinden farklı üç görüşe dayanmaktadır.[583]

---

[578] Marrine, s. 2; Rosenberg, s. 247; John Hughes & Andrew Agapiou & John Blackie, "Legal Developments in Relation to Concurrent Delay: The Position of the English and Scottish Courts", **Proceedings of the CIB 2016 World Building Congress**, Tampere University of Technology, s. 597.

[579] Rosenberg, s. 247. Ayrıca bkz. Saga Cruises BDF Ltd v. Fincantieri SPA [2016] EWHC 1875 (Comm); North Midland Building Ltd v. Cyden Homes Ltd [2017] EWCH 2414 TCC.

[580] Rosenberg, s. 248.

[581] Galoo Ltd. (In liq) v. Bright Grahame Murray (a firm) [1995] 1 All ER 16; Adyard Abu Dhabi v. SD Marine Services [2011] EWHC 848 (Comm) 277; Walter Lilly & Company Ltd v. Mackay and another [2012] EWHC 1773 TCC.

[582] De Beers UK Ltd. v. Atos Origin IT Services UK Ltd. [2010] EWHC 3276 TCC; [2011] B.L.R. 274; 134 Con. L.R. 151.

[583] Anglo-Sakson Hukuk sisteminde konu ile ilgili olarak uygulan baskın sebep (*dominant cause*) ve paylaştırma (*apportionment*) gibi farklı görüşler de bulunmaktadır. İş bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Marrin, s. 1-19; Mischa Balen, "Concurrent Delay, Over-Determination and the Problem of Default Rules", **Construction Law Journal**, Sayı 32/3, 2016, s. 272-273; Gillies, para. 16-26.

Söz konusu görüşlerden ilki "*Malmaison"* görüşüdür. İş bu görüş ilk kez "*Henry Boot Construction (UK) Ltd. v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd."*[584] kararında ileri sürülmüş ve daha sonra diğer mahkeme kararlarında da benimsenmiştir.[585] Söz konusu görüşe göre karşılık temerrüt halinde yüklenici süre uzatım talebinde bulunabilir, ancak iş sahibinin tazminat talebinde bulunması mümkün değildir.[586]

İkinci görüş ise, önleme ilkesine (*prevention principle/act of prevention*) dayanmaktadır. Söz konusu görüşe göre, kendisine vaatte bulunulan kişi, vaatte bulunanın borcunu yerine getirmesine engel olması halinde, vaatte bulunanı borcunu yerine getirmesi için zorlayamaz.[587] Bu kapsamda, karşılıklı temerrüt halinde iş sahibi, kendi kusuru ile yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlanmasına engel olduğundan, iş bu gecikme sebebiyle yükleniciden herhangi bir zarar ya da tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Buna karşılık, yüklenicinin iş bu gecikme sebebiyle süre uzatım talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.[588]

Son görüş ise olmazsa olmaz (*but for*) ilkesini temel almaktadır. Söz konusu görüşe göre, karşı tarafın fiili ve kusuru bulunmasa bile, talep edenin (yüklenici veya iş sahibi ikisi de olabilir) mevcut kusuru sebebiyle, iş yine gecikecek ve bu sebeple de talep eden yine aynı zarara uğrayacaktır denilebiliyorsa, artık ek ödeme ya da götürü tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Ancak süre uzatımı talebinde bulunulabilir.[589]

SCL Delay and Disruption Protocol'de, protokol hazırlanırken karşılıklı temerrüt ile ilgili olarak İngiliz Hukuku'nda yer alan önleme ilkesinin esas alındığı[590], bu kapsamda karşılıklı temerrüt durumunda yüklenicinin süre uzatım talebinde

---

[584] Henry Boot Construction (UK) Ltd. v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd. (1999) 70 Con LR 32.

[585] Royal Brompton Hospital NHS Trust v. Hammond (No 7) [2001] EWCA Civ 206; Adyard Abu Dhabi v. SD Marine Services [2011] EWHC 848 (Comm); Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. [2007] EWHC 3454 TCC; De Beers UK Ltd. v. Atos Origin IT Services UK Ltd. [2010] EWHC 3276 TCC; [2011] B.L.R. 274; 134 Con. L.R. 151; Walter Lilly & Company Ltd v. Mackay and another [2012] EWHC 1773 TCC.

[586] Marrine, s. 17; Balen, s. 275.

[587] Önleme ilkesinin tanımı için ayrıca bkz. Trollope & Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board [1973] 1 WLR 601 (HL); Multiplex Constructions (UK) Ltd v Honeywell Control Systems Ltd [2007] EWHC 447 TCC.

[588] Marrin, s. 7-16-17; Rossenberg, s. 69-70; SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, paraf. 10; Gillies, para. 11-13. Ayrıca bkz. Trollope & Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board [1973] 1 WLR 601 (HL).

[589] Jerram Falkus Construction Ltd v. Fenice Investments Inc [2011] EWHC 1935 TCC.

[590] SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, madde 10.16.

bulunabileceği, ancak yüklenicinin temerrüdü sebebiyle uzatılması gerekli süre miktarında herhangi bir azaltma yapılamayacağı ifade edilmektedir.[591] Protokole göre yüklenici, maruz kaldığı ek maliyetlerin işverenin temerrüdünden kaynaklandığını ispatlayabilirse, iş bu ek maliyetlerin ödenmesini isteyebilir. Ancak yüklenici, kendi temerrüdünün bir sonucu olarak zaten söz konusu ek masrafları yapacak idiyse, bu durumda ek masrafların ödenmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır.[592] İş sahibi bakımından ise, iş sahibinin işin süresi içerisinde tamamlanmasını kendi kusuru ile mani olması sebebiyle, önleme ilkesi gereğince iş bu gecikmeden kaynaklı herhangi bir menfaat elde edemeyeceği, yani yüklenicinin temerrüdünden dolayı tazminat talebinde bulunamayacağı belirtilmektedir.[593]

Görüldüğü üzere İngiliz Mahkemeleri ve hukuk doktrini tarafından yukarıda belirtilen farklı hukuk prensiplerine dayanılarak, karşılıklı temerrüt halinde yüklenici tarafından süre uzatım talebinde bulunulabileceği, ancak tarafların birbirlerinden kural olarak ek ödeme ya da tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir.

Amerikan Hukuk sisteminde de durum benzer mahiyettedir. Yani yüklenicinin bütün karşılıklı temerrüt süresi boyunca süre uzatımı talebinde bulunabileceği, buna karşılık masraf talebinde bulunamayacağı, aynı şekilde iş sahibinin de götürü tazminatı talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, karşılık temerrüt halinde süre uzatımı talebinde bulunulabileceği, ancak tarafların bu durumdan ekonomik bir fayda sağlayamayacakları kabul edilmektedir.[594]

Yeni Zelanda Hukuk sisteminde ise henüz konuyla alakalı olarak verilmiş önemli bir yargı kararı bulunmasa da doktrinde, İngiliz Hukuku'nda ki "*Malmaison*" kararının Yeni Zelanda Hukuk sisteminde de uygulanması gerektiği, bu kapsamda karşılıklı temerrüt halinde, yüklenicinin karşılıklı temerrüt döneminin tamamı için süre uzatım talebinde bulunabileceği, buna karşılık her bir gecikmeden kaynaklı maliyet ayrıştırılmadıkça, yüklenicinin iş sahibinden ek ödeme talebinde bulunamayacağı ileri sürülmektedir.[595]

---

[591] SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, madde 10.12.
[592] SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, madde 14.
[593] SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017, madde 10.16.
[594] Brodie McAdam, "Apportionment and The Common Law: Has City Inn Got It Wrong?", Construction Law Journal, Sayı 25/2, 2009, s. 79-95; Rosenberg, s. 257. Ayrıca bkz. Pittman Construction Co. v. United States, 2 Cl. Ct. 211 (1983).
[595] Gillies, para. 45-46.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde de konu açıkça ülke kanunlarında düzenlenmeyip yargı kararlarına bırakılmıştır. Ancak bu konu ile alakalı önemli bir kararı bulunmadığı için, böyle bir durumla karşı karşıya kalınması halinde nasıl bir karar verileceği henüz tam olarak net değildir.[596]

Belirtilmelidir ki yapılan tüm bu açıklamalar taraflar arasında imzalanan sözleşmede karşılıklı temerrüde ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı varsayımına dayanmakta olup, imzalanan sözleşmede karşılık temerrüde ilişkin düzenlemelerin bulunması halinde, öncelikli olarak söz konusu hükümler uygulanarak sonuca gidilecektir.[597]

2.2.4.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Karşılıklı Temerrüt

Yukarıda da ifade edildiği üzere, uluslararası inşaat sözleşmelerinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan tip sözleşmelerde genellikle karşılıklı temerrüt konusu ile alakalı düzenlenmelere yer verilmeyerek, konu sözleşmeye uygulanacak olan hukuk kuralları ile yerleşik yargı içtihatlarına bırakılmaktadır. Durum 2017 yılında yayınlanan FIDIC sözleşmelerine kadar FIDIC tip sözleşmeleri bakımından da benzer olmakla birlikte, 2017 yılında yayınlanan Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap ile karşılıklı temerrüt konusu ilk kez FIDIC sözleşmelerinde kendisine yer bulabilmiştir.[598]

2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 8.5. maddesine göre, iş sahibinin ve yüklenicinin karşılıklı temerrütleri sebebiyle işin gecikmesi halinde, yüklenicinin süre uzatım talebi, Özel Hükümler kısmında düzenlenen usul ve kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Eğer Özel Hükümlerde bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiş ise, tüm ilgili koşullar göz önünde bulundurularak uygun bir karar verilecektir.[599]

Söz konusu düzenleme, FIDIC sözleşmeleri bakımdan bir ilk olması sebebiyle son derece önemli olmakla birlikte, yeterli olmadığı üzülerek ifade edilmelidir. Zira

[596] Rosenberg, s. 259.
[597] Marrin, s. 3.
[598] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.5.
[599] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 8.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 8.5.

düzenlemede karşılıklı temerrüt konusu sadece yüklenicinin süre uzatımı talebi kapsamında ele alınmış olup, buna karşılık yüklenicinin gecikme sebebiyle yapmış olduğu ek masraflar ile iş sahibinin tazminat taleplerine ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu kapsamda bir karşılıklı temerrüt durumunda yüklenici, süre uzatımının yanı sıra uğramış olduğu/yapmış olduğu ek masrafların giderilmesini talep edebilecek midir? Veyahut da yüklenicinin süre uzatımı talebine karşılık iş sahibi cezai şart/gecikme tazminatı talebinde bulunabilecek midir? Maalesef düzenlemede bu sorulara açık bir cevap verilmemiştir. Bu durumda yüklenicinin ek ücret talepleri ile iş sahibinin cezai şart/gecikme tazminatı talepleriyle alakalı olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk ve yerleşik içtihatlara başvurmaktan başka bir yol bulunmamaktadır.

Süre uzatımı talebiyle alakalı olarak ise, düzenlemede her ne kadar Özel Hükümlere atıfta bulunulmuş olsa da Özel Hükümlerde konu ile ilgili herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde uyuşmazlık tüm ilgili koşullar denilmek suretiyle bir nevi sözleşmeye uygulanacak olan hukuka bırakılmış olmaktadır. Zaten yukarıda da ifade edildiği üzere, eğer taraflar arasında imzalanan sözleşmede konu ile alakalı herhangi bir düzenleme bulunuyorsa, konunun ilgili düzenlemeler dikkate alınarak, eğer sözleşmede herhangi bir uygulanabilir hüküm yoksa o zaman sözleşmeye uygulanacak hukuka göre uyuşmazlığın çözülmesi gerekmektedir. 2017 tarihli FIDIC tip sözleşmelerinde de iş bu temel hukuk kuralı bir nevi aynen tekrar edilmiş ve konuya ilişkin herhangi bir somut çözüm sunulamamıştır. Bu sebeple söz konusu düzenleme bir yenilik sunmaktan çok uzaktır.

FIDIC sözleşmelerinde karşılıklı temerrüde ilişkin açık ve net hükümlerin bulunmamasına gerekçe olarak, karşılıklı temerrütle ilgili farklı hukuk sistemlerinde ortak bir yaklaşımın bulunmaması ve mahkemelerin farklı sonuçlara varmaları gösterilmektedir. Bu kapsamda taraflara, aralarında düzenlemiş oldukları sözleşmelere karşılıklı temerrüde ilişkin açık hükümler eklemeleri tavsiye edilmektedir.[600]

[600] Nadar (2018), s. 284.

ÜÇÜNCÜ KISIM
FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

3.1. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

3.1.1. Genel Olarak

Günümüzde uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun ya da bunlardan kaynaklı uyuşmazlıkları karara bağlayacak herhangi bir uluslararası mahkeme veyahut da yargı merci bulunmamaktadır. Bu sebeple de uluslararası sözleşmelerin şeklini, maddi içeriğini ve bunlardan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü kural olarak ulusal hukuk sistemleri ve bu ulusal hukuk sistemlerinin seçimini öngören taraf iradelerince belirlenmektedir.[601]

Uluslararası ticari sözleşmelerde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak ulusal mahkemelerden ziyade taraflarca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir. Bu durumun birçok sebebi bulunmaktadır. Gerçekten de mahkeme süreci alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nazaran çok daha stresli, pahalı ve uzun bir süreç gerektirmesinin yanı sıra, aleni olması sebebiyle tarafların ticari sırlarının ifşa olmasına ve taraflar arasındaki ticari ilişkilerin onarılamayacak derecede temelinden etkilenmesine de sebep olabilmektedir. Bu sebeple ticari uyuşmazlıklarda ulusal mahkemelerden ziyade alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir.[602]

Uluslararası inşaat projeleri özelinde ise inşaat projeleri giderek daha karmaşık, teknik ve maliyetli bir hale geldiği gibi, öngörülen inşaat süreleri de giderek uzamaktadır. Bu bakımdan inşaat projelerinde birtakım risklerle yaygın olarak karşılaşılmaktadır. Bu kadar büyük risk ve belirsizlikleri bünyesinde barındıran inşaat

[601] Köksal (2009), s. 75.
[602] Albert Fiadjoe, Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective, Cavendish Publishing Limited 2004, s. 1.

projelerinin başarılı bir şekilde yürütülebilmesi için mevcut risklerin en iyi şekilde yönetilmesi gerekmektedir.[603]

Bir uluslararası inşaat sözleşmesinin hazırlanması aşamasında, tarafların birtakım hususları dikkate alarak ileride doğması muhtemel birçok uyuşmazlığı engellemeleri mümkündür. Bu kapsamda tarafların sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkabilecek belirli risklerle ilgili olarak kendi aralarında hak ve yükümlülüklerini önceden belirlemeleri gerekmektedir. Zira risklerin önceden net bir şekilde belirlenip bunların adil bir şekilde dağıtılmış olması, projenin devamı sırasında ortaya çıkabilecek sorunların üzerinden çok daha hızlı bir şekilde gelinebilmesine imkân vermektedir. Bu kapsamda her bir tarafının hak, görev ve sorumluluklarıyla sözleşmenin ihlali veya taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü ile buna ilişkin prosedürlere inşaat sözleşmelerinde ayrıntılı bir şekilde yer verilmesi gerekmektedir.[604]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, uluslararası inşaat sektörü dünyanın en büyük ve önemli ticari sektörlerinden birisidir. Bu kadar büyük ve önemli bir sektör söz konusu olduğunda doğal olarak bununla alakalı uyuşmazlıklar da bir o kadar büyük ve çetrefilli olmaktadır. Gerçekten de kompleks inşaat projeleri çok nadir olarak herhangi bir uyuşmazlık yaşanmaksızın tamamlanabilmekte ve bir uyuşmazlık çıktığında da tarafların başvurabilecekleri birden fazla yol bulunmaktadır. Bu kapsamda taraflardan herhangi birinin tabiiyetinde bulunduğu ülkenin mahkemesine başvurulabileceği gibi, uzlaştırma ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından herhangi birisine başvurmak suretiyle de söz konusu uyuşmazlığının çözülmesi mümkündür. Ancak, uygulamada taraflarca ulusal mahkemelerden ziyade alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının tercih edildiği görülmektedir.[605]

Uluslararası inşaat sektöründe genel olarak tip sözleşmeler kullanılmakta olup, bu tip sözleşmelerde de uyuşmazlık çözüm yolu olarak genellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve son olarak da uluslararası tahkim tercih edilmektedir. Zira inşaat sözleşmelerinin, özellikle de uluslararası inşaat sözleşmeleri

---

[603] Nadar (2017), s. 10.
[604] Nadar (2017), s. 10; Baker & Robottom & Lavers, s. 52.
[605] Susanne Kratsch, "Arbitration and ADR in the German Construction Industry", **Construction Law Journal,** Sayı 24/5, 2009, s. 375; Köksal & Özer, s. 1; Peter Rosher, "Adjudication in Construction Contracts", **International Business Law Journal,** Sayı 5, 2016 (2016), s. 497; Brekoulakis & Thomas, s. 1; Kiefer & Cole, s. 81.

ile ilgili uyuşmazlıkların nitelikleri gereği hızlı bir şekilde, hatta mümkünse uyuşmazlık çıktığı anda şantiyede çözülmesi son derece önemlidir. Bu sebeple alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, özellikle de tahkim, uluslararası inşaat projelerinde önemli bir konuma sahip bulunmaktadır.[606]

Bu bölümde kısaca uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili başvurulabilecek çözüm yolları üzerinde durulacaktır.

3.1.2. Ulusal Mahkemeler

Ulusal mahkemeler, bağlı oldukları devlet adına yargılama yaparak uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan kurumlar olarak tanımlanabilirler. Ulusal mahkemelerin bürokratik olarak bir devlete bağlı olmaları, onların bürokratik bir yapıya sahip olmalarına ve bağlı oldukları devletin koyduğu detaylı usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalmalarına sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra, ulusal mahkemeler ve buralarda görev yapan hakimlerin, büyük bir çeşitlilik ve karmaşıklık arz eden uluslararası uyuşmazlıkları çözme konusunda gerekli yetkinlikten de uzaktırlar. Bu hususlar ulusal mahkemelerin uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çabuk ve adil bir şekilde çözüme kavuşturmasını engellediği gibi, mahkeme devletinin vatandaşı olmayan tarafta kendisine karşı tarafsız davranılmayacağına dair birtakım önyargılara da sebep olabilmektedir.[607] Açıklanan tüm bu sebeplerle, ulusal mahkemeler, uluslararası inşaat sözleşmelerinde diğer çözüm yollarına nazaran taraflarca pek tercih edilmemektedir. Ancak, taraflar arasında imzalanan uluslararası inşaat sözleşmelerinde herhangi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun öngörülmemiş olması ve tarafların kendi aralarında da bu konuda anlaşamamaları halinde, uyuşmazlığın doğal çözüm merci olan ulusal mahkemelerde çözülmesinden başka bir çare bulunmamaktadır.[608]

Taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurulmasına ilişkin düzenlemeler yer almasına rağmen, tarafların istemeleri halinde uyuşmazlık, taraflardan birisinin tabiiyetinin bulunduğu ülke

[606] Köksal (2010), s. 85; Köksal (2011), s. 140; Morteza Adel & Elham Anisi, "Dispute Adjudication Board: A New Approach to Dispute Settlement", **International Journal of Humanities**, Sayı 24/2, 2017, s. 2.
[607] Köksal & Özer, s. 48-49.
[608] Köksal & Özer, s. 3.

mahkemesinde de görülebilir. Bunun yanı sıra, sözleşmeye konulan bir yetki şartı ile belirli bir devlet mahkemesinin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına nazaran tercih edilmesi de pekâlâ mümkündür. Bu tercihte, ilgili mahkemenin delillere ve taraflara coğrafi bakımdan yakın olmasının yanı sıra, yargılama maliyetlerinin düşüklüğü ile sözleşme dokümanlarını hazırlayan ve ekonomik bakımdan daha güçlü olan tarafın karşı tarafa yapmış olduğu baskılar da etkili olabilmektedir.[609]

3.1.3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

3.1.3.1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletleri kökenli olup da özellikle son yüzyılda giderek yaygınlaşan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleri ile mevcut bir uyuşmazlığın mahkemeler dışında ve onlara paralel olarak çözülmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözme tekniği olarak tanımlanabilir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde insancıl ve ekonomik bir alternatif olarak kabul edilerek, tüm dünyada geniş bir şekilde uygulanmaktadırlar.[610]

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri adından da anlaşılabileceği üzere ihtiyari nitelikte olup, sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Böylece taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında aralarında var olan ya da var olabilecek uyuşmazlıkların bir üçüncü kişi tarafından çözülmesini amaçlamaktadırlar. Ancak unutulmamalıdır ki, herhangi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sonucunda verilen kararlar kural olarak kesin ve bağlayıcı nitelikte olmayıp, taraf veya tarafların istemeleri halinde dava yoluna başvurmalarında da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, taraflar arasında yapılan sözleşmede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ulusal mahkemelere başvurabilmek için tüketilmesi gerekli bir ön koşul olarak kabul edilmesi de

[609] Köksal & Özer, s. 3-4.

[610] Köksal & Özer, s. 13; Li & Zhang & Fang. Ancak bazı yazarlarca, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme sürecine bir alternatif olarak tanımlanmasının doğru olmadığı, iş bu klasik tanım yerine, uyuşmazlıkların uygun bir şekilde çözüme kavuşturulması için başvurulan yöntemler olarak tanımlanmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir (Fiadjoe, s. 2-19.).

mümkündür. Bu durumda öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurmaksızın dava açılması mümkün değildir.[611]

Günümüzde tahkim ve ulusal mahkemelerin uyuşmazlıkların çözümü konusunda giderek daha pahalı ve uzun süreli bir yargılamayı gerektiriyor olmaları sebebiyle, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri uluslararası inşaat sözleşmelerinde giderek daha popüler hale gelmektedir. Tahkim dışında başvurulan başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine örnek olarak, müzakere, uzlaştırma, arabuluculuk, hakem-bilirkişilik, teknik ekspertizlik, ön hakemlik, mini-trial, sözleşmelerin üçüncü kişilerce tamamlanması, yorumlanması veya uyarlanması gösterilebilir.

3.1.3.2. Müzakere (Negotiation) Yöntemi

Müzakere yöntemi, uyuşmazlığın taraflarının bir araya gelerek, uyuşmazlığı karşılıklı anlaşmayla sonuçlandırmaları olarak tanımlanabilir.[612] Müzakere yöntemi doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçekten de tarafların doğrudan, yani herhangi bir üçüncü kişinin müdahalesi olmaksızın müzakere sürecine dahil olmaları halinde doğrudan müzakere, tarafların bir temsilci vasıtasıyla süreci yönetmeleri durumunda ise dolaylı müzakere durumu söz konusu olacaktadır.[613]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, tarafların karşılıklı müzakere ve uzlaşmaları ile çözülmesi en iyi ve başarılı yöntem olarak kabul edilmektedir. Böylece uzun süreli ve yüksek maliyetli yargı süreçleri yaşanmayacağı gibi, taraflar arasındaki ticari ilişkiler de bundan etkilenmeyecek ve gelecekte taraflar birlikte çalışmaya devam edebileceklerdir.[614] Zira, dava veya tahkim yollarından herhangi birine başvurulması halinde, taraflar söz konusu yargılamayı kazanabilmek için ellerinden geleni yaparken, müzakere yönteminde taraflar, her iki tarafın da kabul edebileceği ortak bir çözüm yolu bulabilmek için çabalamaktadırlar. Bu sebeple de

[611] Köksal & Özer, s. 13; Götz-Sebastian Hök, "Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution method?", **International Construction Law Review**, 2011, s. 424.
[612] Fiadjoe, s. 22; Leeuwen, s. 336.
[613] Tania Sourdin, Alternative Dispute Resolution, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, Sydney 2016, s.42
[614] Köksal & Özer, s. 6.

aralarındaki ticari ilişkiler bundan çok fazla etkilenmemekte ve birlikte iş yapmaya devam edebilmektedirler.[615]

Uluslararası inşaat uygulamasında, müzakere yöntemi en çok tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Gerçekten de *ARCADIS Global Construction Disputes Report 2022'*ye göre, uluslararası inşaat hukuku uygulamasında müzakere yöntemi, 2020 ve 2021 yıllarında en çok tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur.[616]

Taraflar arasında meydana çıkan uyuşmazlıklar bir takım psikolojik gerginliklere neden olabileceğinden, tarafların doğrudan bir araya gelerek uyuşmazlığı çözmek için müzakerelere başlamaları mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda, müzakerelerin başlatılması ve sonuçlandırılabilmesi için tarafsız bir üçüncü kişinin yardımına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu tarz bir yardım için tarafların bu konuda bir anlaşmaya varmaları gerekmektedir. Bu anlaşma, sözleşmeye konulan bir hükümle ya da tarafların karşılıklı başvuruları ile zımni bir şekilde yapılabilmektedir.[617]

Günümüzde özellikle yabancı ülkelerde yapılacak müteahhitlik hizmetlerinin desteklenmesi amacıyla, müteahhitlerin yabancı ülkelerdeki ticari ve politik riskleri sigorta edilmektedir. Sigorta kapsamında olan zararlar söz konusu olduğunda, sigorta şirketleri ile olan uyuşmazlıklar genellikle müzakere yöntemiyle çözümlenmektedir.[618]

3.1.3.3. Teknik Bilirkişilik-Uzman Atama (Expert Determination) Yöntemi

Uluslararası inşaat projelerinin giderek daha karmaşıklaşması sebebiyle yoğun bir şekilde teknik sorunlar ile karşılaşılmakta ve bu sorunlar sözleşmelerin ifasını oldukça zorlaştırmaktadır. Bu kapsamda taraflar arasındaki teknik uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların çözümü için taraflar bağımsız bir üçüncü kişi atayarak uyuşmazlığı çözmesini isteyebilirler. Bu yöntem özellikle esnek, etkili, ucuz ve ticari olarak da tercih edilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

[615] Köksal & Özer, s. 71.
[616] ARCADIS Global Construction Disputes Report 2022 <https://www.arcadis.com/en/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report> Erişim tarihi 25.11.2022.
[617] Köksal & Özer, s. 6.
[618] Köksal & Özer, s. 7.

Aksi takdirde, iş bu uyuşmazlıklar, projenin ifasını engelleyerek, çözülmesine kadar işlerin durmasına sebep olabilmektedir. Örneğin bir otoyol yapım projesinde kullanılan asfaltın kalitesi konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık çıktığında, taraflar teknik bir bilirkişiye başvurarak, iş bu anlaşmazlığı çözüme kavuşturmasını isteyebilirler.[619]

Taraflarca teknik bilirkişilik yoluna başvurulmuş olması, tahkim veya dava yoluna başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Taraflarca genellikle teknik bilirkişinin vereceği kararın bağlayıcı olacağı kararlaştırılmakla birlikte, bu yönde alınmış bir kararın bulunmaması halinde, söz konusu karara karşı dava veya tahkim yoluna başvurulmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, teknik bilirkişinin verdiği karar, taraflar bakımından ikna edici bulunursa, iş bu kararın bağlayıcı olacağı yönünde bir karar alınmamış olsa bile sorun çözülmüş olacaktır. Aksi takdirde, taraflarca dava veya tahkim yoluna başvurulabilir. Taraflarca teknik bilirkişinin vereceği kararın bağlayıcı olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, taraflardan herhangi birinin iş bu karardan memnun kalmamış olması halinde de dava veya tahkim yoluna başvurulmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumda teknik bilirkişi tarafından verilen karar gelecekte açılacak dava ve tahkim yargılamalarında kesin delil teşkil edecektir. Bu kapsamda bir uyuşmazlıkta teknik bilirkişi olarak görev alan bir kişinin daha sonra aynı uyuşmazlıkta hakem veya hâkim olarak görev alması mümkün değildir.[620]

Teknik bilirkişi kural olarak taraflarca atanmaktadır. Böylece mülklerin korunması, delillerin muhafaza altına alınması ve kayda geçirilmesi ve diğer tedbirler için geçici ara kararları alma yetkisi tarafsız üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Bu bakımdan teknik bilirkişi FIDIC sözleşmeleri kapsamındaki mühendisle birtakım benzerlikler göstermektedir.[621]

[619] Fiadjoe, s. 29; Köksal & Özer, s. 7-8 ve 74-75; Leeuwen, s. 339.
[620] Moses, s. 14; Köksal & Özer, s. 8-9.
[621] Köksal & Özer, s. 8.

3.1.3.4. Tarafsız Üçüncü Kişinin Müdahalesi (Neutral Evaluation) Yöntemi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin ifası sırasında, ifayı ve aynı zamanda taraflar arasındaki ilişkileri ciddi şekilde etkileyen hukuki, mali ve teknik sorunların ortaya çıkması her zaman mümkündür. Bu gibi durumlarda taraflar arasındaki sorunlara acilen müdahale edilmesi, anlaşmazlıkların büyüyerek masraflı ve süreci olumsuz etkileyebilecek uyuşmazlıklara dönüşmesine engel olmaktadır. Bu gibi durumlarda tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlıkla ilgili tarafsız bir üçüncü kişiye başvurabilirler. Böylece tarafların hak ve yükümlülükleri acil bir şekilde tespit edilerek, taraflar arasındaki sorunların büyümesi engellenmekte, deliller koruma altına alınmakta ve sonuç itibariyle acil ve geçici tedbirler taraflar arasındaki husumetin büyümesini engellemektedir. Dava veya tahkim yoluna başvurulmadan önce ortaya çıkan sorunları geçici bir şekilde sonuca bağlayan kişi ön hakem (*pre-arbitral referee*) olarak adlandırılmaktadır.[622]

Söz konusu yöntem nispeten ucuz ve ayrıca gizli olması sebebiyle uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla tercih edilmektedir.[623] Taraflar istemeleri halinde, tarafsız bir üçüncü kişiye uyuşmazlıkları nihai bir şekilde karara bağlama yetkisi verebilmekle birlikte, tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen kararlar kural olarak nihai ve kesin nitelikte değildir. Bu sebeple de bu tarz bir karar ancak taraflarca rızai olarak yerine getirilebilir. Tarafların tarafsız üçüncü kişinin kararına uymamaları halinde, bu kararın yerine getirilmesini sağlamak için başvurulabilecek herhangi bir zorlayıcı yol bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda tarafların ulusal mahkemeler ya da tahkime başvurarak yeni bir karar almaları gerekmektedir.[624]

Somut özel durumların yanı sıra genel olarak sözleşmeye, daha doğru bir ifade ile sözleşme hükümlerine de tarafsız üçüncü bir kişinin müdahale etmesi istenebilir. Uluslararası ticaret sözleşmelerinde taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen en önemli kaynak şüphesiz taraflarca imzalanmış olan sözleşmelerdir. Zira uluslararası hukukta taraflar arasındaki ticareti düzenleyen ve yaptırım gücü bulunan herhangi bir organ veya kural bulunmamaktadır. Bu sebeple, sözleşmeler uluslararası ticaretin anayasası

[622] Fiadjoe, s. 26; Moses, s. 14; Köksal & Özer, s. 11-12 ve 78.
[623] Fiadjoe, s. 26.
[624] Köksal & Özer, s. 11-12 ve 78.

olarak kabul edilmekte ve meydana gelen uyuşmazlıkların da sözleşmelerde yer alan kurallar çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir. Ancak kimi zaman, iş bu sözleşmelerde eksik, hatalı, muğlak, yoruma muhtaç ya da değişen şartlara uyarlanması gerekli hükümler bulunabilir. Bu gibi durumlarda taraflar tarafsız bir üçüncü kişiye başvurarak sözleşmeye müdahale etmesini, başka bir ifadeyle sözleşmeyi yorumlaması, boşluklarını doldurarak tamamlaması veya sözleşmeyi değişen şartlara göre uyarlamasını isteyebilirler. Ancak taraflar arasında imzalanmış buna imkân veren bir sözleşmenin ya da taraflar arasında sonradan bu yönde oluşmuş bir iradenin bulunmaması halinde, üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahil olması mümkün değildir.[625]

Tarafların sözleşmeye müdahil olarak bir üçüncü kişi atamaları, daha sonra dava veya tahkim yoluna başvurulmasına engel değildir. Zira, üçüncü kişi tarafından verilen kararın bağlayıcı olacağına karar verilmiş olsa dahi, bu karar taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihai olarak sona erdiren bir karar olmayıp, tarafları yargı merci önünde bağlayan bir sözleşme hükmü niteliğindedir. Uyuşmazlığın bu yolla çözülemeyip mahkeme veya tahkim önüne gelmesi halinde, hâkim veya hakem, sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde üçüncü kişi tarafından verilen kararı, sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak dikkate alarak değerlendirmesi gerekmektedir.[626]

3.1.3.5. Arabuluculuk (Mediation) Yöntemi

Arabuluculuk, taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak, taraflarca belirlenecek tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın barışçıl bir şekilde çözümü için müzakere sürecine dahil olarak taraflara yardım ettiği alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanabilir.[627] Arabuluculuk yöntemi diğer yöntemlere nazaran görece ucuz, çabuk ve başarılı bir yöntem olarak kabul edilmekle birlikte[628], sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde taraflar için bir zaman ve para kaybı olabileceği ifade edilmektedir.[629]

---

[625] Köksal & Özer, s. 78- 79.
[626] Köksal & Özer, s. 11 ve 79.
[627] Fiadjoe, s. 22; Köksal & Özer, s. 16; Barough & Shoubi & Preece, s. 324-325; Leeuwen, s. 337.
[628] Steven A. Arbittier, "Conditional Arbitration: A New Approach to Construction Arbitration", **Dispute Resolution Journal**, Sayı 61/2, 2006, s. 40; Leeuwen, s. 337-338.
[629] Akıncı (2021), s. 15.

Arabuluculuk yöntemi, son yıllarda inşaat sektöründe uyuşmazlıkların çözümünde giderek daha popüler hale gelmektedir.[630] *ARCADIS Global Construction Disputes Report 2022'*ye göre, uluslararası inşaat hukuku uygulamasında arabuluculuk yöntemi, 2020 yılında müzakere yönteminden sonra en çok tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur. 2021 yılında ise müzakere ve tahkimden sonra, en çok tercih edilen 3. alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur.[631] Bu durumun birkaç sebebi bulunmaktadır. Gerçekten de arabuluculuk yöntemi, tahkim ve dava yöntemlerinin tersine, taraflar arasındaki iş ilişkisine zarar vermeyip, devamına imkân tanımasının yanı sıra uygun maliyetli ve gizli olması gibi sebeplerle inşaat hukuku uygulamasında çokça rağbet görmektedir.[632]

Normal şartlarda arabuluculuk, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları kendi kendilerine çözemeyecekleri ve bu konuda üçüncü bir kişinin müdahalesine ihtiyaç duyduklarını anladıkları zaman gerçekleşmektedir. Arabuluculuk kapsamında arabulucu, taraflar arasındaki sorunlarla alakalı olarak herhangi bir karar vermemekte, sadece her bir tarafla özel olarak ya da birlikte görüşerek, taraflara aralarındaki sorunlara, ortak çıkarları kapsamında odaklanıp, onları çözüme kavuşturmaları için yardımcı olmaktadır.[633]

Arabuluculuk sürecinde taraflara yardım eden üçüncü kişi konumundaki kişiye arabulucu (*mediator*) denilmektedir. Arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlıkla alakalı herhangi bir karar verme fonksiyonu bulunmadığından, aslında sadece bir kolaylaştırıcıdan başka bir şey değildir. Bu husus arabulucu ile hakem arasındaki en önemli farklılıktır. Zira hakem, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin bir değerlendirmede bulunarak taraflar için bağlayıcı bir karar vermektedir.[634]

Arabuluculuk prosedürü gizlidir. Bu sebeple de kural olarak arabuluculuk sırasında yapılan açıklama ya da beyanların hiçbiri, tahkim ya da dava fark etmeksizin, anlaşmazlığın bir sonraki aşamasında hiçbir şekilde kullanılamaz.[635] Ayrıca,

---

[630] Shouyu Chong, "The Singapore Convention on Mediation", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022, s. 46.
[631] ARCADIS Global Construction Disputes Report 2022.
[632] Chong, s. 46-47.
[633] Fiadjoe, s. 22 ve 58-59; Moses, s. 14; Barough & Shoubi & Preece, s. 324-325; Aitchison, s. 429.
[634] Fiadjoe, s. 22 ve 59.
[635] Moses, s. 14.

arabuluculuk kapsamında verilen kararlar da kural olarak kesin ve bağlayıcı nitelikte olmadığından, taraflar uyup uymamakta tamamen serbesttirler.[636]

Arabuluculuk yöntemi, taraflarca dava veya tahkime karşı bir alternatif olarak kabul edilebileceği gibi, bunlar için bir ön şart olarak da kararlaştırılabilir. Bu kapsamda, taraflar arasında imzalanan sözleşmede, tahkim öncesi arabuluculuk yoluna başvurulması ve ancak arabuluculuk prosedürü başarısızlıkla sonuçlandıktan ve bunun üzerinden de belirli bir süre geçtikten sonra tahkim yoluna başvurulabileceği kararlaştırılabilir. Bu gibi durumlarda arabuluculuk yoluna başvurulmaksızın ya da belirlenen süre dolmadan tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir. Ancak, taraflardan herhangi biri tarafından arabuluculuk prosedürü tüketilmeksizin doğrudan dava veya tahkim yoluna başvurulması halinde, bu durum arabuluculuk tarafından verilecek kararın peşinen uygulanmayacağı olarak kabul edilerek, prosedürün başarısızlıkla sonuçlandığı şeklinde yorumlanması da mümkündür. Sözleşmede, tahkim veya dava için arabuluculuk yolunun tüketilmesinin zorunlu olmadığı hallerde ise, arabuluculuk prosedürünün atlanarak doğrudan tahkim yoluna başvurulmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.[637]

Arabuluculuk süreci sonucunda verilen kararın taraflarca yerine getirilmemesi halinde iş bu karar bir hakem kararı olmadığından New York Sözleşmesi kapsamında tanınması ya da tenfizi mümkün değildir. Ancak, kısaca Singapur Sözleşmesi olarak bilinen "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)" kapsamında arabuluculuk süreci sonucunda yapılan yazılı sulh sözleşmelerinin ifası istenebilir.[638]

3.1.3.6. Uzlaşma (Conciliation) Yöntemi

Genellikle uzlaştırma yöntemi ile arabuluculuk yöntemi aynı gibi düşünülerek, iş bu iki terim birbirleri yerine kullanılmaktaysa da aslında bunlar birbirlerinden farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridirler. Teknik olarak uzlaştırma yönteminde,

[636] Moses, s. 13; Köksal & Özer, s. 16.
[637] Köksal & Özer, s. 16.
[638] 07.08.2019 tarihli United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf> Erişim Tarihi 13.12.2022.

uzlaştırmacı tarafların her ikisini de dinleyip onların uyuşmazlık üzerindeki farklılıklarını göz önünde bulundurarak taraflara kendince adil olduğuna inandığı bir çözüm teklifi sunmaktadır. Önerinin taraflarca kabul edilmesi halinde uyuşmazlık sonuçlanmış olacaktır. Uzlaştırmacının önerisinin taraflarca kabul edilmemesi halinde ise, uzlaştırmacı taraflara farklı bir çözüm önerisi de sunabilir. Buna karşılık arabuluculuk yönteminde, arabulucu tarafların uyuşmazlık hakkındaki farklı bakış açılarını değil, ortak çıkarlarına odaklanarak, bunları ön plana çıkartmakta, böylece de tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözüme kavuşturmalarına yarımcı olmaktadır.[639]

3.1.3.7. Arabulucu-Hakem (Med-Arb) Yöntemi

Arabulucu hakem yöntemi kısacası, arabuluculuk ve tahkim yöntemlerinin birleşimi olarak tanımlanabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, arabuluculuk yönteminde taraflar arasındaki uyuşmazlıkla alakalı teknik ve hukuki konulara girilmeksizin, tarafların ortak menfaatleri ve ticari ilişkilerine odaklanılarak uyuşmazlığın hızlı ve masrafsız bir şekilde çözümü amaçlanmaktadır. Ancak, sürecin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, taraflar uyuşmazlığın çözümü için mahkeme ya da tahkim sürecini başlatmak zorunda kalacaklarından, bu durum taraflar için bir zaman ve para kaybına dönüşecektir. İşte bu sebepledir ki arabuluculuk süreci ile tahkim süreci birleştirilerek karma bir yöntemle uyuşmazlığın daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılması, böylece uyuşmazlık taraflarının zaman ve paradan tasarruf etmesi amaçlanmaktadır.[640]

Arabulucu-hakem kuralları dünyada ilk kez 2019 senesinde İstanbul Tahkim Merkezi tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu kurallara göre, taraflar arasında imzalanan sözleşmede arabulucu-hakem şartının bulunması halinde, uyuşmazlık öncelikle arabuluculuk yöntemiyle sonuçlandırılmaya çalışılacak, uzlaşma sağlanamaz ise doğrudan tahkim süreci başlatılarak uyuşmazlık hakem kararı ile sonuçlanacaktır.[641]

---

[639] Moses, s. 14.
[640] Akıncı (2021), s. 18-19.
[641] Akıncı (2021), s. 19.

Arabuluculuk-hakem yönteminde arabulucu ile hakemin illa farklı kişiler olmasına gerek bulunmamaktadır. Tarafların anlaşması ve buna dair yazılı onaylarının bulunması halinde arabulucu, hakem olarak uyuşmazlığın çözümünde görev almaya devam edebilir. Arabulucu ile hakemin aynı kişi olması halinde, arabulucu olarak görev yapan kişi, zaten uyuşmazlıkla alakalı bilgi sahibi olduğundan, hakem olarak uyuşmazlığı daha hızlı bir şekilde sonuçlandırabilecektir. Ancak, tarafların her ikisinin de yazılı onayının bulunmaması halinde, arabulucunun uyuşmazlığı hakem olarak devam etmesi mümkün değildir.[642]

3.1.3.8. Mini-Trials

Genel olarak mini-trials yöntemi, bir bağımsız karar verici ile uyuşmazlığın tarafı olan her iki şirketin birer üst düzey yöneticisinin yapılacak olan bir toplantıda bir araya gelerek, ilgili uyuşmazlığı sonuçlandırmaya çalışmaları olarak tanımlanabilir. Ancak, yöntemin başarıya ulaşabilmesi için birkaç noktaya dikkat edilmesi gerekmektedir. Öncelikle toplantıya katılacak olan şirket yöneticilerinin, şirkette üst düzey bir pozisyona ve uyuşmazlıkla ilgili olarak karar verme yetkisine sahip olmaları gerekmektedir. Bunun yanı sıra, uyuşmazlığa sebep olan konulara bizzat müdahil olan çalışanlardan olmamaları da yöntemin başarıya ulaşması bakımından son derece önemlidir.[643]

Toplantılar genellikle bir veya iki gün sürmekte olup, bu sürede de sınırlı belge alışverişine izin verilmektedir. Bu sebeple, her iki tarafın da en önemli delillerini ortaya koymaları gerekmektedir. Toplantı süresince bağımsız karar verici ile şirket yöneticileri uyuşmazlık konusu hakkında bir anlaşmaya varmaya çalışırlar. Süreç genellikle gizli yürütülmektedir. Bu sebeple aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, tarafların beyan ve ifadeleri ileride görülecek olan dava ve tahkim gibi sonraki süreçlerde kullanılamaz.[644]

Süreç sonunda verilen karar bağlayıcı olmamakla birlikte, sürece katılan üst düzey yöneticilerin uyuşmazlık konusunun farkına vararak bir anlaşmaya varmalarına,

[642] Akıncı (2021), s. 22-23.
[643] Fiadjoe, s. 25; Moses, s. 15.
[644] Moses, s. 15.

böylece daha uzun ve masraflı dava ve tahkim süreçlerinden kaçınmalarına imkân sağlanmaktadır.[645]

3.1.3.9. Uyuşmazlık Kurulları

3.1.3.9.1. Genel Olarak

Daha öncede defalarca belirtildiği üzere, inşaat sözleşmelerinin kendine has özellikleri sebebiyle uyuşmazlıkların olabildiğince çabuk bir şekilde, hata ve hatta mümkünse şantiye ortamında çözülüp kontrol altına alınması son derece önemlidir. İnşaat sektöründe karşılaşılan sorunların hızlı bir şekilde çözülüp, proje için son derece önemli olan nakit akışının sağlanabilmesi amacıyla uyuşmazlık kurulları ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda uyuşmazlık kurulları, yapım süreci içeren sözleşmelerde karşılaşılan sorun ve uyuşmazlıkların öncelikle engellenmesi, bu mümkün olmasa da çözümünü amaçlamaktadır. Böylelikle uyuşmazlıklar çok uzun ve pahalı olan tahkim ya da mahkeme yargılamasına gerek kalmaksızın çok daha hızlı ve az maliyetli bir şekilde çözülebilecektir.[646]

İnşaat ve mühendislik projelerin boyutu ve karmaşıklığı, katılımcı sayısı, artan çevresel kaygılar, daha düşük kar marjları, ayrıntılı standart ve standart dışı sözleşmelerin kullanılması ve tarafların farklı yaklaşımları göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu projelerle alakalı olarak taraflar arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu kapsamda uyuşmazlık kurulları uyuşmazlıkların önlenmesine ve erken çözülmesine önemli ölçüde katkıda bulunmaktadırlar. Gerçekten de uyuşmazlık çözüm kurulları, tahkime karşı iyi bir alternatif olmanın yanı sıra, ihtilafların erken çözümüne imkân tanıması sebebiyle de

---

[645] Moses, s. 15.

[646] Carroll S. Dorgan, "The ICC's New Dispute Boards Rules", **The International Construction Law Review**, Sayı 22, 2005, s. 144; Gould **(**Singapore**)**, s. 2; Christopher Ennis, "Arbitration of Disputes in UK Construction Projects: What Is Left After Adjudication?", **Construction Law Journal**, Sayı 28/8, 2012, s. 585; Rupert Reece & Natasha Peter, "Enforcing Adjudication Decisions", **International Business Law Journal**, Sayı 5, 2013, s. 417; Dimitar Hristoforov Kondev, "Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contract for Major Works Indeed A Precondition to Arbitration", **The International Construction Law Review,** Part 3 July 2014, s. 257; Charrett, s. 205; Çetinel (2018), s. 173-174; Yasemin Çetinel, "Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulları Nezdinde Öngörülemezlik Kavramına Yaklaşımlar, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020 (2020), s. 168.

giderek daha yaygın olarak kullanılmaktadır.[647] Örneğin Birleşik Krallıkta 1998'den itibaren uyuşmazlık çözüm kurullarının yaygınlaşmasıyla birlikte, tahkime başvurulan uyuşmazlık sayısında ciddi bir azalma olduğu gözlemlenmiştir.[648]

Uyuşmazlık kurullarının başarı olmasının altındaki en önemli sebep, onun benzersiz yapısındır. Zira, tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde mevcut bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amaçlanmaktayken, uyuşmazlık kurullarında taraflarca atanan bir ya da üç tarafsız ve bağımsız üyenin, projenin başından sonuna kadar görev alarak uyuşmazlıklardan kaçınılması, böylece pahalı çözüm yöntemlerine ihtiyaç duyulmaması amaçlanmaktadır.[649]

Uyuşmazlık kurulları, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla birlikte, diğer yöntemlere nazaran görece daha yeni bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yöntem ilk kez uyuşmazlık inceleme kurulu (*Dispute Review Board*-DRB) şeklinde 1960'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde büyük ölçekli projelerde uygulanmaya başlanmış olup, daha sonra 1972 tarihli "*Standing Sub-committee No 4 of the US National Committee on Tunnelling Technology*" tarafından yapılan öneri ile ülke genelinde yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.[650]

DRB'ye nazaran daha yeni bir yöntem olan uyuşmazlık çözüm kurulları (*Dispute Adjudication Boards*-DAB) ise, FIDIC ve Dünya Bankası tarafından geliştirilip uygulamaya konulmuştur. Uyuşmazlık çözüm kurulu ilk kez 1995 tarihli FIDIC Turuncu Kitap'ta (Tasarla Yap ve Anahtar Teslimi Sözleşme Şartları "*Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey"*) tanıtılmış olup, 1999 tarihli FIDIC Kırmızı, Gümüş ve Sarı Kitap'ta zorunlu hale getirilmiştir.[651]

---

[647] Shy Jackson, "Collaborative Dispute Resolution", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022, s. 120; Nicholas Gould & Robbie McCrea, "Dispute Boards", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022, s. 129 ve 136.

[648] Ennis, 587.

[649] John Papworth, "Avoidance of Disputes Through the Use of FIDIC DABs and DRAs", **Construction Law Journal,** Sayı 32/4, 2016, s. 362; Sourdin, s. 152.

[650] Dorgan, s. 142; Gould **(**Singapore**)**, s. 2; Nicholas Gould, "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations", **The International Construction Law Review**, Şubat 2012 **(**2012**)**, s. 446; Issaka Ndekugri & Peter Chapman & Nigel Smith & Will Hughes, "Best Practice in the Training, Appointment, and Remuneration of Members of Disputes Boards for Large Infrastructure Projects", **Journal of Management in Engineering**, Mart/Nisan 2014, s. 185; Çetinel (2020), s. 169.

[651] Gould **(**Budapest**)**, s. 2-5; Gould **(**Singapore**)**, s. 3-7; Gould & McCrea, s. 132.

DRB ve DAB arasındaki temel farklılık, DRB tarafından verilmiş olan kararın öneri niteliğinde olmasına rağmen, DAB tarafından verilen kararın bağlayıcı nitelikte olmasıdır. Başka bir deyişle, DRB tarafından verilen karara uyup uymama konusunda taraflar tamamen serbestken, DAB tarafından verilen karar ortadan kaldırılmadıkça ya da değiştirilmedikçe taraflarca bu karara uyulması zorunludur.[652]

Uyuşmazlık çözüm kurulları, sözleşme süresi boyunca taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkları önlemek ve çözüme kavuşturmak için sözleşme taraflarınca deneyimli profesyoneller arasından tercih edilen, bağımsız ve tarafsız bir veya daha fazla kişiden oluşan kurullardır. Uyuşmazlık çözüm kurulları, normal şartlarda projenin başından sonuna kadar faaliyetlerini devam ettirirler. Böylece tüm sürece bağımsızlık ve bütünlük unsuru getirilmiş olmaktadır. Kurul üyelerinin sözleşme hükümlerine bağlı olarak projenin yönetimi konusunda gayri resmi olarak destek sağlama, uyuşmazlıkların önlenmesi ve çözümü konusunda önerilerde bulunma ve uyuşmazlıklarla ilgili bağlayıcı kararlar alarak uyuşmazlıkları sonlandırma gibi çeşitli görevleri bulunmaktadır. Böylece anlaşmazlıkları olabildiğince hızlı ve mantıklı bir şekilde çözüme kavuşturarak, tahkim ve mahkeme gibi daha uzun ve masraflı süreçlere engel olunmak amaçlanmaktadır. Kurul üyelerinin ücretleri, proje süresi boyunca genellikle aylık olarak ödenmektedir. Üyelere aylık ödenen ücretlerin yanı sıra, inşaat alanına yapılan ziyaretler için günlük ücret ve ulaşım giderleri de karşılanmaktadır.[653]

Uyuşmazlık kurulları, sözleşme ile oluşturulduklarından, uyuşmazlık kurullarının gücünün temelinde taraflar arasında akdedilen sözleşmeler yer almaktadır ve bu sebeple de yalnızca sözleşme taraflarınca kendilerine açıkça verilen yetkileri kullanabilirler. Ayrıca taraflar imzaladıkları sözleşmede, DAB kararını yerine

---

652 Christopher R. Seppala, "The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board", **International Business Law Journal**, Sayı 8, 1997 (1997), s. 981; Nael Bunni, "The Gap in Sub-clause 20.7 of The 1999 FIDIC Contracts for Major Works", **The International Construction Law Review,** Sayı 272, 2005 (2005), s. 5; Dorgan, s. 146; Gould **(**Budapest**)**, s. 2-3; Gould **(**Singapore**)**, s. 3-5; Prabin Chandra Gupta & Krishnan Venkataraman, "An Overview of Dispute Resolution Procedures in Road Project with Reference to the FDIC Form of Contract and Suggestions for Improvements", **Journal of the Indian Roads Congress,** Ocak-Mart 2010, s. 108; Ndekugri & Chapman & Smith & Hughes, s. 186; Li & Zhang & Fang.

653 Gould **(**Budapest**)**, s. 2; Gould **(**Singapore**)**, s. 2; Gould **(**2012**)**, s. 445-446; Adel & Anisi, s. 3; Yasemin Çetinel, "Uyuşmazlık Çözüm Kurullarının Temerrüt Halinde İhtilafların Erken Yönetimi ve Çözümü Konusundaki Rolü", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018 (2018), s. 174; Gould & McCrea, s. 130.

getirecekleri konusunda karşılıklı olarak anlaşmaktadırlar. Bu sebeple de kaybeden tarafın DAB kararını yerine getirmemesi bir nevi sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.[654]

3.1.3.9.2. Kurul Üyelerinin Belirlenmesi

Uyuşmazlık kurulu üyelerinin sayısı, seçimi ve uygulanacak usule ilişkin kuralların taraflar arasında imzalanan sözleşmede açıkça yer alması gerekmekte olup, aksi takdirde sözleşmede yer alan tamamlayıcı hukuk kuralları uygulanacaktır. Sözleşmede uygulanabilecek herhangi bir tamamlayıcı hukuk kuralının bulunmaması halinde ise, sözleşmeye uygulanacak olan hukuk kurulları kapsamında sorunun çözülmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık kurulu üyeleri genellikle bir veya üç üyeden oluşmaktadır. Kurulun bir üyeden oluşması halinde, üyenin taraflarca ortaklaşa seçilmesi gerekmektedir. Kurulun üç üyeden oluşacak olması halinde ise üyelerin seçimine ilişkin olarak genellikle uygulanan üç farklı yöntem bulunmaktadır.[655]

İlk yöntemde taraflar her üç üyeyi de birlikte belirlemektedirler. Bu yöntemde taraflar kurul üyelerinde bulunmasını istedikleri kriterleri önceden sözleşmede kararlaştırabilecekleri gibi, isterlerse seçim sürecinde üyelerde bulunmasını istedikleri kriterleri birbirlerine yazılı olarak da bildirebilirler ya da bir araya gelerek üyelerde bulunmasını istedikleri özellikleri tartışabilirler. Ancak genellikle potansiyel adayların listesi ve özgeçmişleri taraflar arasında teati edilerek kurul üyeleri belirlenmeye çalışılmaktadır. Kurul başkanının kim olacağı ise taraflarca birlikte kararlaştırılabileceği gibi, başkanın seçimi üyelere de bırakılabilir. Bu durumda üyeler bir araya gelerek kendi aralarından başkanı seçerler.[656]

İkinci yöntemde ise, her bir taraf diğer tarafın onayı ile bir üye belirlemekte ve seçilen iş bu iki üye de bir araya gelerek, yüklenici ve iş sahibinin onayı ile üçüncü üyeyi belirlemektedir. Tarafların seçtiği üyeler genellikle seçen tarafa bağlı olarak iş

[654] Gould (2012), s. 449; Gould & McCrea, s. 130-131.
[655] Gould (Budapest), s. 25; Gould (Singapore), s. 26.
[656] Gould (Budapest), s. 25; Gould (Singapore), s. 26.

sahibi temsilcisi ya da yüklenici temsilcisi olarak adlandırılmaktadır. Bu yöntemde genellikle seçilen üçüncü üye kurul başkanı olarak görev almaktadır.[657]

Üçüncü yöntemde ise taraflar karşılıklı olarak olası kurul üyelerine ilişkin, en az üç adayın bulunduğu bir listeyi diğer tarafa sunarlar ve her bir taraf karşı tarafın listesinden bir üye seçer. Bununla birlikte sunulan listelerin tamamen reddedilmesi de mümkündür. Bu durumda listesi reddedilen tarafın yeni bir liste hazırlayarak sunması gerekmektedir. İki üyenin iş bu yönteme uygun olarak belirlenmesinden sonra, seçilen iki üye bir araya gelerek, tarafların onayını almak şartıyla, üçüncü üyeyi belirleyeceklerdir. İkinci yöntemde olduğu gibi, bu yöntemde de genellikle seçilen üçüncü üye kurul başkanı olarak görev almaktadır.[658]

Uyuşmazlık kurulu üyelerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birtakım olmazsa olmaz kriterler bulunmaktadır. Bu kriterlerin en başında tarafsızlık ve bağımsızlık yer almaktadır. Buna göre, kurul üyelerinin taraflardan bağımsız ve tarafsız olmaları ve bu niteliklerini görevleri süresince de korumaları gerekmektedir. Bu genel olarak kabul edilmiş temel bir hukuk prensibidir. Bu kapsamda kurul üyelerinin taraflarla herhangi bir ticari ya da ekonomik ilişkilerinin bulunmaması beklenmektedir. Bu kısıtlama, istihdam veya danışmanlık gibi doğrudan mali bir ilişkinin yanı sıra hisse/pay sahipliği gibi diğer mali ilişkileri de kapsamaktadır. Bu sebeple potansiyel veya mevcut bir kurul üyesinin halen ya da geçmiş bir tarihte taraflarla aralarında bulunan tüm menfaat ilişkilerini mümkün olan en kısa süre içerisinde açıklaması gerekmektedir. Ancak, taraflar beyan edilen menfaatin önemli olmadığına karar vererek, ilgili adayı uyuşmazlık kurulu üyesi olarak görevlendirebilecekleri gibi, mevcut bir üyenin de görevine aynen devam etmesine karar verebilirler.[659] Bunun yanı sıra, kurul üyelerinin, projenin ilerlemesini takip edebilecek, muhtemel uyuşmazlıklar ile ilgili görüş ve önerilerde bulunabilecek ya da bunların çözümü hususunda karar verebilecek uzmanlık ve deneyime sahip olmaları da gerekmektedir.[660]

[657] Gould (Budapest), s. 25-26; Gould (Singapore), s. 26.
[658] Gould (Budapest), s. 26; Gould (Singapore), s. 26-27.
[659] Charrett, s. 206; Adel & Anisi, s. 4-5.
[660] Dorgan, s. 144.

3.1.3.9.3. Uyuşmazlık Kurulu Türleri

Uyuşmazlık kurulları görevlerine göre, tavsiyede bulunan (DRB), karar verici (DAB) ve hem tavsiyede bulunan hem de karar verici konumunda olan karma nitelikli (*Combine Dispute Board*-CDB) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Buna karşılık, görev sürelerine göre uyuşmazlık kurulları, daimî (*standing*) ve geçici (*ad hoc*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[661]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, DRB ve DAB arasındaki temel farklılık, DRB tarafından verilmiş olan kararın öneri niteliğinde olmasına rağmen, DAB tarafından verilen kararın bağlayıcı nitelikte olmasıdır. Bu sebeple de DRB tarafından verilen karara uyup uymama konusunda taraflar tamamen serbestken, DAB tarafından verilen karar ortadan kaldırılmadıkça ya da değiştirilmedikçe taraflarca bu karara uyulması zorunludur.[662]

Daimî ve geçici uyuşmazlık kurulları arasındaki temel farklılık ise, üyelerinin atanma tarihleri ile görev süreleridir. Geçici uyuşmazlık kurulları bir uyuşmazlık ortaya çıktığında atanmakta ve uyuşmazlık hakkında kararlarını açıklayana kadar görev süreleri devam etmektedir. Buna karşılık, daimî uyuşmazlık çözüm kurulu üyeleri projenin başında atanmakta ve proje süresi boyunca da görevlerine devam etmektedirler. Bu sebeple de daimî uyuşmazlık kurulu üyeleri, projeye ve sürece aşina oldukları için uyuşmazlıklar çok daha hızlı çözülebilmekte, hatta ve hatta uyuşmazlıklar tam olarak ortaya çıkmadan engellenebilmektedir.[663]

Uygulamada geçici DAB'ın, maliyet açısından daimî DAB'a nazaran çok daha avantajlı olduğu gibi birtakım inanışlar bulunmaktadır.[664] Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, daimî DAB proje süresi boyunca faaliyetlerine devam ettiğinden herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkmasa bile DAB üyelerinin ücretleri ile şantiye ziyaretleri, rutin toplantılar ve diğer operasyonel işlemleri için gerekli ödemelerin yapılması gerektiğinden, daimî DAB'ın işletim maliyetlerinin çok daha yüksek olduğu düşünülmektedir. Ancak, daimî DAB'ın proje süresi boyunca faaliyetlerine devam ettiği ve bu kapsamda da taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların

[661] Adel & Anisi, s. 7; Ekşi (2017), s. 189; Ekşi (2018), s. 67; Çetinel (2018), s. 174.
[662] Gould (Budapest), s. 2-3; Gould (Singapore), s. 3-5; Adel & Anisi, s. 7.
[663] Gould (Budapest), s. 6; Gould (Singapore), s. 12; Charrett, s. 206-207.
[664] Aitchison, s. 429.

engellenmesine olan katkısı dikkate alındığında, daimî DAB, özellikle orta ve büyük ölçekli projelerde maliyet açısından çok daha avantajlı olabilmektedir.[665]

Daimî uyuşmazlık kurullarının birçok avantajı bulunmakta olup, bunlar kısaca şunlardır;

- İş sahasında daha iyi bir iletişim ve daha az uyuşmazlık vadetmektedir,

- Taraflar arasındaki sorunların müzakere suretiyle çözülerek, uyuşmazlığa dönüşmesini engellemektedir,

- Taraflar arasındaki sorunları zaman ve maliyet etkin bir şekilde çözerek, işin bitimine kadar uzayan uyuşmazlıkları azaltmaktadır,

- Uyuşmazlıkların sayısını azaltıp, süresini kısaltarak maliyetleri düşürmekte, böylece ihale bedellerinin aşağı çekilmesini sağlamaktadır.[666]

2018 tarihli ICC Uyuşmazlık Kurulu kuralları incelendiğinde uyuşmazlık çözüm kurullarına ilişkin 3 alternatifli bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. ICC tarafından kabul edilen ilk yaklaşım, uyuşmazlık inceleme kuruludur (DRB). Bu kurul yukarıda da belirtildiği üzere, uyuşmazlık çözüm kurullarının ilk versiyonu olup, ilk kez ABD'de büyük ölçekli inşaat projelerinde uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu kurullar DAB'ın aksine bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde kararlar alırlar. Söz konusu tavsiyelere uyup uymamak tamamen tarafların karşılıklı iradelerine bağlıdır. Taraflar belirtilen süre içerisinde DRB tarafından verilen yazılı tavsiye niteliğindeki karara karşı 30 günlük süre içerisinde yazılı bir memnuniyetsizlik bildiriminde bulunmazlarsa, söz konusu tavsiyeye uymayı kabul ettikleri farz edilmektedir. Başka bir ifadeyle, eğer taraflar öngörülen süre içerisinde söz konusu yazılı tavsiyeye karşı bir itirazdan bulunmazlarsa, söz konusu tavsiye onlar için bağlayıcı hale gelecektir.[667]

ICC tarafından kabul edilen diğer alternatif ise DAB'dır. Buna göre, DAB tarafından verilen karar bağlayıcı nitelikte olup, taraflarca derhal yerine getirilmesi gerekmektedir.[668] ICC'nin önerdiği son alternatif ise karma nitelikteki uyuşmazlık kurullarıdır (CDB). Adından da anlaşılabileceği üzere CDB, yukarıda ifade edilen DRB ve DAB süreçlerinin bir araya getirilmiş halidir. Buna göre, CDB herhangi bir

[665] Gould & McCrea, s. 136.
[666] Gelişen, s. 301.
[667] 1 Ekim 2015 tarihinden beri yürürlükte olan ICC Uyuşmazlık Kurulu Kuralları (ICC Dispute Board Rules) madde 4.
[668] 1 Ekim 2015 tarihinden beri yürürlükte olan ICC Uyuşmazlık Kurulu Kuralları (ICC Dispute Board Rules) madde 5.

uyuşmazlık hakkında tavsiye niteliğinde bir karar açıklayabileceği gibi, diğer tarafın itirazı bulunmaması ve taraflardan birisinin talebi üzerine bağlayıcı nitelikte bir karar da verebilir. İtiraz halinde ise CDB, söz konusu kararın bağlayıcı mı yoksa tavsiye niteliğinde mi olduğuna karar verecektir.[669] Bu kapsamda CDB modelinin özellikle, DRB ile DAB arasında hangisine ihtiyaçları olduğu konusunda tam olarak karar veremeyen taraflar bakımından son derece kullanışlı olabileceği belirtilmektedir.[670]

Bunun yanı sıra uyuşmazlık kurullarının esnek bir gayri resmi danışma kurulu olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu kapsamda bir tavsiye yayınlamadan önce uyuşmazlık kurulundan herhangi bir konu hakkında genel nitelikte bir öğütte bulunması da istenilebilir. Bu gibi durumlarda kurul şantiyeyi ziyaret edip ilgili bilgi ve belgeleri inceledikten sonra gayri resmi sözlü bir öneride bulunacaktır. Söz konusu öneriyi benimseyip benimsememek tamamen tarafların tercihindedir. Eğer taraflarca söz konusu sözlü öneri beğenilmezse o zaman resmi prosedür izlenecektir. Bu kapsamda öncelikle ilgili bilgi ve belgelerin teatisinden sonra gerekli görüşmeler yapılarak kurul tarafından resmi yazılı tavsiye kararı taraflara tebliğ edilecektir.[671]

3.1.3.10. Tahkim

3.1.3.10.1. Genel Olarak

Tahkim bir tür özel yargılama sistemi olup, kısaca taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkları ulusal mahkemeler yerine hakem adı verilen tarafsız bir ya da daha fazla (tek sayıda) kişi aracılığıyla çözüme kavuşturulduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanabilir.[672] Tahkim tarafları herhangi bir ülkenin yargı sisteminden bağımsız olarak, uyuşmazlıklarının çözümü konusunda kendi aralarında anlaşmaktadırlar. Böylece taraflar, anlaşmazlıkların çözümü üzerinde önemli bir özerklik ve kontrole sahip olabilmektedirler.[673]

[669] 1 Ekim 2015 tarihinden beri yürürlükte olan ICC Uyuşmazlık Kurulu Kuralları (ICC Dispute Board Rules) madde 6.
[670] Gould (Budapest), s. 3-4; Gould (Singapore), s. 5.
[671] Gould (Budapest), s. 4; Gould (Singapore), s. 5.
[672] Fiadjoe, s. 27; Akıncı (2021), s. 5.
[673] Moses, s. 1.

Günümüzde uluslararası ticaret gelişmesiyle birlikte, uluslararası ticari sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların sayısında da büyük bir artış yaşanmıştır. Bu kapsamda tahkim, özellikle de uluslararası tahkim giderek daha çok rağbet görmeye başlamıştır. Zira, günümüz dünyasında uluslararası ticari uyuşmazlıklarla alakalı uyuşmazlıkları çözmekle görevli uluslararası bir mahkeme ya da yargı merci bulunmamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için kural olarak ulusal mahkemeler görevli ve yetkilidirler. Ancak, taraflardan herhangi birisinin ikametgahı ya da vatandaşı olduğu ülke mahkemesinin uyuşmazlığın çözümünde yetkili kılınması çeşitli sebeplerle diğer taraf için birtakım önyargılara sebep olabilmekteyken, herhangi bir üçüncü ülke mahkemesinin yetkili kılınması ise, tarafsızlık ve özel uzmanlık gerektiren uluslararası ticaret konularında bilgi eksikliği gibi birtakım sorunlara yol açabilmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası tahkim kararlarının tenfizi ulusal mahkeme kararlarına nazaran çok daha kolaydır. Bu sebeplerle özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ulusal mahkemelerden ziyade, genellikle ilgili uyuşmazlıkla alakalı uzman ve tecrübeli kişi ya da kişilerden oluşan uluslararası tahkim tercih edilmektedir.[674]

Tahkim yargılamasında her ne kadar herhangi bir ülkenin yargı sistemi dahilinde olmaksızın yargılama yapılarak hüküm verilmekteyse de yargılama sonucunda verilen kesin ve bağlayıcı nitelikteki kararlar, ulusal mahkemeler nezdinde tenfiz edilerek ilgili ülkede de icra edilebilir hale gelmektedir.[675]

Tahkim yargılaması, taraflar için her türlü önyargıdan uzak, eşit, adil, tarafsız, hızlı ve etkili bir yargılama vadetmektedir. Bu sebeple de uluslararası ticaret hukukunda tahkim en çok rağbet edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin başında yer almaktadır. Tahkim yargılamasının taraflara sağladığı esneklik sayesinde taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda kendileri için en uygun yargılama sürecini belirleyebildikleri gibi, uyuşmazlık konusu hakkında yeterli tecrübe ve bilgiye sahip kişileri de hakem olarak atayabilmektedirler.[676] Taraflarca tahkim yargılamasına

[674] Moses, s. 1; Akıncı (2021), s. 9-10.
[675] Moses, s. 1.
[676] Fiadjoe, s. 27; John Uff, "100 Day Arbitration: Is the Construction Industry Ready for It?", **Construction Law Journal**, Sayı 21/1, 2005, s. 3; Moses, s. 1; Köksal & Özer, s. 20.

ilişkin kurallar belirlendikten ve hakemler atandıktan sonra yargılamaya ilişkin tüm güç hakem ya da hakemlere geçmektedir.[677]

Tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime taşıyabilmeleri için iki zorunlu şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre öncelikli olarak ilgili uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve buna ek olarak tarafların uyuşmazlığın tahkime taşınması konusunda karşılıklı olarak anlaşmış olmaları gerekmektedir.[678] Bu kapsamda uyuşmazlık taraflarının rızası, tahkim yargılamasının temel dayanağını oluşturmaktadır. İş bu rıza genellikle sözleşme eklenen bir kloz şeklinde açıklanmakla birlikte, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da taraflarca tahkim sözleşmesi yapılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.[679]

Aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştıran tarafların, bu kapsamda tahkim türünü de belirlemeleri gerekmektedir. Zira uluslararası tahkim, kurumsal (*institution arbitration*) (örneğin "*The International Chamber of Commerce (ICC)"* ya da *"The London Court of International Arbitration (LCIA*)") ve herhangi bir tahkim kurumuna bağlı olmayan geçici (*ad hoc)* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda tarafların tahkim yargılamasının, kurumsal bir tahkim merkezinin kuralları kapsamında mı yönetileceği, yoksa sadece uyuşmazlık konusu olaya özgü, hiçbir tahkim kurumuna bağlı olmayan, geçici bir tahkim mi oluşturulacağını kararlaştırmaları gerekmektedir. İş bu iki tahkim türünün de birbirlerine özgü avantaj ve dezavantajları bulunmakta olup, tarafların bunları bir arada değerlendirerek seçimlerini yapmaları gerekmektedir. Kurumsal tahkim genellikle *ad hoc* tahkime nazaran daha pahalı olmakla birlikte, daha hızlı ve etkili bir yargılama vadetmektedir. Buna karşılık *ad hoc* tahkimde kurallar tamamen taraflarca belirlenebileceği gibi herhangi bir kurumsal tahkim kurallarına da atıf yapılabilir. Bu sebeple *ad hoc* tahkim taraflara süreç üzerinde daha fazla bir hakimiyet sağladığı gibi daha esnek bir yargılamaya da imkân tanımaktadır. Uygulamaya bakıldığında ise tarafların *ad hoc* tahkimden ziyade daha çok kurumsal tahkimi tercih ettikleri görülmektedir.[680]

[677] Fiadjoe, s. 27.
[678] Akıncı (2021), s. 8.
[679] Moses, s. 1-2.
[680] Moses, s. 1 ve 9; Akıncı (2021), s. 6-8.

Tahkim sonucunda verilen kararlar genellikle bağlayıcı olmakla birlikte, taraflar bunun aksini de kararlaştırabilirler. Başka bir ifadeyle, taraflar tahkim kararının bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde olmasına da karar verebilirler. Bu durumda taraflar, tahkim kararına uymak zorunda olmadıklarından, eğer verilen karardan memnun kalmamışlarsa ulusal mahkemelere başvurarak dava sürecini başlatabilirler.[681]

Daha öncede ifade edildiği üzere, büyük inşaat projeleri genellikle uluslararası nitelikte olup, tarafları genellikle farklı kültürel ve yargı çevresinden gelmektedirler. Bu sebeple de herhangi bir anlaşmazlık durumunda da tarafların iddialarının nasıl ele alınacağına ilişkin özel beklentileri bulunabilmektedir. Bu kapsamda uluslararası tahkim, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik ulus ötesi bir yaklaşım benimsediğinden, inşaat uyuşmazlıklarının çözümünde en uygun yöntem olduğu kabul edilmektedir.[682] Gerçekten de inşaat sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde tahkim, en sık başvurulan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir. Uluslararası tahkim kurumları önündeki ticari uyuşmazlıklar incelendiğinde yüzdelik olarak en yüksek payın inşaat ve mühendislik projelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ait olduğu görülmektedir.[683]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ulusal mahkemelerden ziyade tahkime başvurulmasının çeşitli genel ve inşaat sektöründen kaynaklanan özel nedenleri bulunmaktadır.

Gerçekten de ulusal mahkemeler, uluslararası uyuşmazlıklardan ziyade iç hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için dizayn edilmiş olup, uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için gerekli imkân, anlayış ve hukuki altyapıya sahip değillerdir. Ayrıca, ulusal mahkemelerde görev alan yargıçların tabi oldukları ülkenin siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel politikaları ile değerlerine bağlı oldukları düşünüldüğünde, bu durumun uyuşmazlığı çözen mahkemenin bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan uyuşmazlık tarafında,

---

[681] Fiadjoe, s. 27.

[682] Olivier Caprasse & Maxime Tecqmenne, "The Relevance of Good Faith in Transnational Construction Contracts, **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022, s. 73.

[683] Kiefer & Cole, s. 81.

mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda birtakım şüpheler yaratması da gayet doğal karşılanmalıdır.[684]

Tahkim, ulusal mahkemelere nazaran taraflara daha etkili ve hızlı bir yargılama vadetmektedir. Zira, ülkemiz dahil birçok ülkede sadece inşaat davalarına bakan özel yetkili mahkemeler bulunmadığı için inşaat işlerinde uzman hâkim ve yardımcı personel sıkıntısı yaşanmakta ve ayrıca zorunlu usul hükümleri de yargılamanın uzamasına sebep olabilmektedir. Buna karşılık tahkim yargılamasında taraflar, hakemler ile uygulanacak maddi ve usul hukuku hükümlerini kendileri belirleyebildiğinden, uzman kişiler hakem olarak atanabilmekte ve daha hızlı bir usul belirlenebildiğinden daha hızlı ve etkili bir yargılama yapılabilmektedir.[685] Ulusal mahkemeler sadece, milli hukuka veya bu hukukun bir parçası olan uluslararası anlaşmalara göre taraf iradelerine getirilen '*kamu düzeni*' gibi sınırlamaları aşan tahkim prosedürlerine dava ya da kararın tenfizi sırasında müdahale ederek, bu tür tahkim kararlarının icrasını engelleyebilirler.[686]

Tahkimin uluslararası inşaat sözleşmelerinde tercih edilmesinin bir diğer nedeni de verilen kararların infazıdır. Zira davalının, kararın verildiği mahkemenin bulunduğu ülkede yeterli malvarlığının bulunmaması halinde, ulusal mahkemelerce verilen kararın infazında ciddi sorunlarla karşılaşılabilmektedir. Buna karşılık Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Sözleşmesi kapsamında yabancı hakem kararlarının tenfizi, bu kapsamda infazı oldukça kolaydır.[687]

---

[684] Gordon Bell, "Construction Arbitration-Past and Present", **Construction Law Journal**, Sayı 17/6, 2006 (Pinsent Masons), s. 3-4; Moses, s. 3; Köksal & Özer, s. 3 ve 21; Christopher Boog, "Isn't There A Better Way to Handle Delays in Arbitration", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 306.

[685] Kershaw, s. 124; Michael T. Callahan, "Discovery in Construction Arbitration", **The Arbitration** Journal, Sayı 37/1, 1982, s. 4; Moses, 4; Arbittier, s. 44; Köksal & Özer, s. 3-5 ve 21-22; Brekoulakis & Thomas, s. 1-2; Ataseven, s. 59; Boog, 306; Godwin, s. 208. Buna karşılık Bell, geçmişte tahkimin, inşaat sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde yerel mahkemelere nazaran hızlı bir alternatif olarak ortaya çıktığını, ancak günümüzde bu özelliğini kaybettiğini, bu ve benzeri sebeplerden ötürü de İngiliz inşaat pratiğinde uyuşmazlıkların çözümünde tahkimden, ulusal mahkemelere doğru bir yöneliş olduğunu iddia etmektedir. Ancak yazar devamında, yerel inşaat faaliyetlerinden farklı olarak, uluslararası inşaat projelerinde uluslararası tahkimin giderek daha fazla rağbet görmeye başladığını belirtmektedir (Bell, s. 2). Benzer şekilde tahkim sürecinin giderek daha pahalı ve uzun bir yargılama sürecine dönüştüğü ve bu durumun da inşaat endüstrisinde giderek daha fazla şikâyete neden olduğu yönündeki görüş için bkz. David G. Parratt, "Is Construction Arbitration Falling?", **Construction Law Journal**, Sayı 17/3, 2001, s. 209-210.

[686] Köksal & Özer, s. 22.

[687] Moses, s. 3; Köksal & Özer, s. 4 ve 21; Bell, s. 3; Ataseven, s. 59-60; Godwin, s. 207.

Tahkim, dava yoluna nazaran daha ucuz olmasının yanı sıra, gizli olduğu için ticari sırların kolaylıkla saklanmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca, tahkim yargılamasında görevli hakemler aynı zamanda birer uzlaştırmacı oldukları için tahkim, dava yoluna nazaran daha barışçıl bir yol olarak kabul edilmektedir. Böylece taraflar arasındaki ticari ilişkiler daha az tahrip olmakta ve taraflar gelecekte de birlikte çalışmaya devam edebilmektedirler.[688]

Uluslararası inşaat projeleri gerek kendine has nitelikleri ve gerekse de uzun süreli olmaları sebebiyle bünyelerinde beklenmedik yerüstü, yeraltı ve iklimsel riskler başta olmak üzere, iş kazaları, inşaat malzemelerinin fiyatlarındaki dalgalanmalar, isyan, grev ve politik müdahaleler, yasal değişiklikler sebebiyle izin ve lisansların sona erdirilmesi gibi diğer ticari faaliyetlere nazaran çok daha büyük belirsizlikler barındırmaktadırlar. Ayrıca, inşaat projelerinin kendine has yapıları gereği birçok safhanın eşgüdümlü olarak devam etmesi gerekmekte olup, bu da birden fazla yüklenici ve taşeronun aynı anda projede birlikte çalışmasına sebep olmaktadır. Bu durum, projede meydana gelen bir aksamanın kimden kaynaklandığının tespitini son derece zorlaştırmakta ve yaşanacak uyuşmazlıkların inşaat işlerinde uzman olmayan bir ulusal mahkeme hâkimi tarafından çözülmesini son derece güçleştirmektedir.[689]

Aynı şekilde, daha önce de ifade edildiği üzere, inşaat sektöründe yaygın bir şekilde tip sözleşmeler kullanılmakta olup, uyuşmazlıkların etkin bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için uyuşmazlığa bakan hâkimin/hakemin bu tip sözleşmelere, bunlarda yer alan küçük nüans farklılıklarına ve taraflar arasındaki hassas risk dengesine aşina olması da son derece önemlidir.[690]

Bunlara ek olarak, inşaat projelerinde, projenin öngörülen süre içerisinde bitirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bir konut ve AVM projesinin zamanında bitirilememesi sebebiyle tüm müşterilerine/kiracılarına cezai şart ödemek zorunda kalacak olan iş sahibi örneğinde olduğu gibi, taraflar çok önemli miktarlarda zarara uğrayabilirler. Bu kapsamda tahkim yargılaması ulusal mahkemelerde yapılacak

[688] Moses, s. 3-4; Köksal & Özer, s. 22; Ataseven, s. 60; Godwin, s. 208; Kiefer & Cole, s. 81. Buna karşılık Bell, günümüzde mahkeme kararı, temyiz, kamu yararı gibi sebeplerle tahkim sürecinin genellikle gizli olmadığı gibi yerel mahkemelere nazaran maliyet etkin bir yargılama da vaat edemediğini ileri sürmektedir (Bell, s. 2-3).

[689] Brekoulakis & Thomas, s. 2.

[690] Brekoulakis & Thomas, s. 2.

yargılamaya nazaran daha hızlı bir yargılama vadettiğinden taraflarca çok daha fazla tercih edilmektedir.[691]

Açıklanan tüm bu sebeplerle, uluslararası inşaat projeleri başta olmak üzere inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çok hızlı bir şekilde çözüme kavuşturularak, herhangi bir aksamaya sebebiyet verilmeksizin projenin öngörülen zamanda bitirilmesi gerektiğinden, tahkim, uluslararası inşaat projelerinde en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.[692]

3.1.3.10.2. Tahkim Sözleşmesi

Tarafların tahkim yoluna başvurabilmesi için aralarında bu hususta bir sözleşme bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Bu kapsamda tahkim sözleşmesi, tahkim sürecinin olmazsa olmaz unsurudur. Bunun yanı sıra, ilgili uyuşmazlığın da tahkime elverişli olması, başka bir ifadeyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmış olması gerekmektedir.[693]

Tahkim sözleşmesi, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettikleri sözleşme olarak tanımlanabilir.[694] Böylece taraflar, aralarında mevcut olan ya da ileride ortaya çıkabilecek, herhangi bir sözleşmeyle ya da sözleşme dışı bir ilişkiyle (haksız fil, sebepsiz zenginleşme …vs.) alakalı olan uyuşmazlıkları ulusal mahkemelerin yetki alanından çıkartarak, özel olarak çözme konusunda anlaşmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, tahkim sözleşmesi ile taraflar karşılıklı olarak belirli bir özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmış veya gelecekte kaynaklanacak uyuşmazlıkları, ulusal mahkemelerde değil de özel kişilerden oluşan ve hakem denilen kişilere çözdürme konusunda bir taahhütte bulunmaktadırlar.[695]

Tahkim sözleşmesinde taraflar aralarındaki uyuşmazlıkların tamamını ya da bir kısmını tahkim yoluyla çözülebileceğini kararlaştırılabilirler. Tarafların tahkim

[691] Brekoulakis & Thomas, s. 2.
[692] Köksal & Özer, s. 4; Brekoulakis & Thomas, s. 2-3.
[693] Akıncı (2021), s. 145-146.
[694] Köksal & Özer, s. 23. Benzer bir tanım için ayrıca bkz. Akıncı (2021), s. 151.
[695] Moses, s. 17; Köksal & Özer, s. 23 ve 102; Akıncı (2021), s. 146.

sözleşmesinde sadece bir kısım uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini kararlaştırmaları halinde anlaşma dışında kalan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkün olmayıp, ulusal mahkemeler nezdinde çözülmesi gerekmektedir.[696]

Taraflar arasında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine dair anlaşma olmasına rağmen, iş bu sözleşmeye aykırı olarak tahkim yerine ulusal mahkemelere başvurulması halinde, diğer tarafın buna itiraz etme hakkı bulunmakta olup, bu gibi durumlarda mahkemenin dosyayı ilgili hakem ya da hakem kuruluna göndermesi gerekmektedir.[697]

Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeden ayrı olarak (*arbitration agreement*) yapılabileceği gibi, ana sözleşmeye eklenecek bir tahkim şartı şeklinde (*arbitration clause*) yapılması da mümkündür. Hatta ve hatta uyuşmazlık ortaya çıktıktan, uyuşmazlık hakkında dava açıldıktan sonra bile taraflar arasında tahkim sözleşmesi (*submission agreement*) yapılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.[698]

Tahkim sözleşmesinin ana sözleşme içerisinde yer alan bir tahkim şartı şeklinde düzenlendiği durumlarda, tahkim şartının geçerliliği ana sözleşmenin geçerliliğinden bağımsızdır (*separability doctrine*). Bu sebeple de taraflar arasında yapılmış ana sözleşmenin geçersiz olması, tahkim şartının da geçersiz olmasına neden olmamaktadır.[699] Bu kapsamda asıl sözleşme ile alakalı geçersizlik iddiaları tahkim şartının kendiliğinden geçersiz hale getirmediği gibi, geçersizlik iddialarının da ulusal mahkemeler tarafından değil, tahkim mahkemelerince incelenerek karara bağlanması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, tahkim şartı asıl sözleşmeden bağımsız olması sebebiyle asıl sözleşmenin sona ermesi ya da feshedilmesi halinde dahi tahkim şartı geçerliliğini devam ettireceğinden, feshin haklı olup olmadığı ya da feshin sonuçları ile alakalı taraflar arasında çıkacak tüm uyuşmazlıklar tahkimde çözülmeye devam edilecektir.[700]

---

[696] Akıncı (2021), s. 146-147.
[697] Moses, s. 1; Köksal & Özer, s. 23 ve 102.
[698] Steven Friel & Ceri Jones, "Construction and Severability of Arbitration Clause", **International Arbitration Law Review**, Sayı 10/3, 2007, s. 38-39; Moses, s. 17-18; Köksal & Özer, s. 23-102; Akıncı (2021), s. 151-152.
[699] Fiona Trust & Holding Corp v Privalov [2007] EWCA Civ 20. Ayrıca bkz.; Friel & Jones, s. 38-39; Moses, s. 17-18; Köksal & Özer, s. 23-102; Akıncı (2021), s. 151-152.
[700] Akıncı (2021), s. 199-201

Birçok ulusal hukuk sisteminde ve New York Sözleşmesi'nde, tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve tarafların imzalarını içermesi zorunludur.[701] Bunun yanı sıra, sözleşmenin geçerli olabilmesi için, tarafların rızalarının özgür iradelerine dayalı ve bilinçli olarak verilmiş olması da gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır.[702] Bunların yanı sıra, tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için genel hukuk kuralları gereğince, tarafların hak ve fiil ehliyetine sahip olmaları da gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme geçersiz olacaktır. Tarafların fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları ise tarafların milli hukuklarına göre belirlenecektir. Aynı şekilde, tahkim sözleşmesinin, ana sözleşmeye eklenmiş bir tahkim şartı şeklinde düzenlendiği durumlarda da iş bu şartın muğlak ya da belirsiz nitelikte olması ya da sözleşmenin bir maddesinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim ile çözüleceğinin ifade edilmesine rağmen, başka bir maddesinde ise uyuşmazlıkların özel bir mahkemede çözüleceğine dair birbirleri ile çelişen hükümler bulunması halinde, tarafların tahkim konusundaki niyetleri tam olarak belirlenemeyeceğinden, tahkim şartı geçersiz kabul edilebilir. Tahkim sözleşmesinin geçersiz olması halinde ise, tahkimin dayanağı ortadan kalkacağından, tarafların tahkim yoluna başvurmaları mümkün değildir.[703]

Tahkim yoluna başvurabilmek için tarafların gerçek iradelerinin bu yönde olması gerekmektedir. Bu sebeple tahkim sözleşmesinde tahkim iradesinin açıkça yer alması ya da tahkim şartı barındıran kurum kurallarına veya tip sözleşmelere atıfta bulunması gerekmektedir.[704] Konu hakkında Yargıtay vermiş olduğu bir kararında,

> *"...hemen belirtmek gerekir ki, kural bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir tahkim şartı koymak istediklerini başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeler gerek..."* tiğine hükmetmiştir.[705]

Tahkim sözleşmesinde tahkimin yanı sıra başka bir takım alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümler de bulunabilir. Gerçekten de tahkim sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurabilmek için önce bazı aşamaların tüketilmesi öngörülmüş

---

[701] 1958 tarihli Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The New York Convention 3. madde <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf> Erişim tarihi 08.05.2020.
[702] Moses, s. 18-19; Akıncı (2021), s. 152.
[703] Moses, s. 32 ve 39; Köksal & Özer, s. 146-147.
[704] Köksal & Özer, s. 99.
[705] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 12.04.2006 tarih ve 2006/521 E., 2006/5446K.

olabilir. Bu klozlara "*tahkim öncesi aşamalar*" denilmektedir. Sözleşmede öngörülen iş bu tahkim öncesi aşamaların tahkim için bir ön şart olarak öngörülüp öngörülmediğinin tespiti gerekmektedir. Tahkim öncesi tüketilmesi gereken aşamaları içeren klozlar, "çok aşamalı uyuşmazlık çözüm klozu" (multi-tiered dispute resolution clauses), "çok aşamalı alternatif uyuşmazlık çözüm klozu" (multi-step alternative dispute resolution clauses) veya "kademeli uyuşmazlık çözüm klozu" (escalation clause) ya da "öncelikli alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurulması klozu" (ADR first clause) olarak adlandırılmaktadır. Mahkeme veya tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm klozlarını ifade etmek için ise genellikle "entegre uyuşmazlık çözüm klozu" (integrated dispute resolution clauses) kavramı kullanılmaktadır.[706]

Tahkim sözleşmesinde tahkim için tüketilmesi gerekli bir takım ön şartların öngörülmesi mümkündür. Tahkim sözleşmesinde bu tarz tüketilmesi gerekli bir takım ön şartların öngörülmesi halinde iş bu ön şartların ihtiyari mi, yoksa zorunlu mu olduğu dikkate alınmalıdır. Zira, bunların ihtiyari nitelikte olması halinde, bu aşamaların tüketilmesi tamamen tarafların isteğine bağlı olup, söz konusu aşamaları tüketmek istemeyen taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Buna karşılık tahkim öncesi tüketilmesi gerekli aşamaların zorunlu nitelikte olması halinde ise, bu aşamaların sırasıyla tüketilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim başvurusunun hakem ya da hakem heyeti tarafından esasa girilmeksizin doğrudan reddedilmesi gerekmektedir.[707] Ancak konu ile alakalı olarak tahkim sözleşmesinde tahkim için tüketilmesi gerekli bir takım ön şartların öngörülmesine rağmen, tarafların iş bu ön şartları tüketmeksizin tahkime başvurmaları halinde, hakemlerin başvuruyu doğrudan reddetmek yerine, bu durumu bekletici mesele yaparak taraflara süre vermesi ve iş bu aşamaları tüketmelerini beklemesi, tarafların ön görülen tahkim öncesi aşamaları tüketmelerine rağmen uyuşmazlığı anlaşmayla sonuçlandıramamaları halinde ise tahkim yargılamasına devam edilmesi gerektiğine dair doktrinde farklı görüşler de yer almaktadır.[708]

Tahkim yargılamasında taraflar, uygulanacak maddi ve usul hukuku kurallarını serbestçe kararlaştırmaktadırlar. Bu seçim ana sözleşme içerisinde yer alan bir kloz şeklinde olabileceği gibi, ana sözleşmeden bağımsız olarak ayrı bir '*Hukuk Seçimi*

[706] Ekşi (2017), s.195; Ekşi (2018), s. 69; Akıncı (2021), s. 180.
[707] Figueres, s. 71-72; Ekşi (2017), s. 197; Ekşi (2018), 71.
[708] Akıncı (2021), s. 180-181.

Anlaşması' şeklinde de yapılabilir.[709] Uygulanacak olan usul ve maddi hukuk kurallarının yanı sıra, taraflar tahkim sözleşmesinde, tahkim yeri, tahkim dili ve hakem ya da hakemleri de belirleyebilirler. Böylece taraflar, tahkim sözleşmesi ile uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kendi özel yargı sistemlerini yaratmış olmaktadırlar.[710] Ayrıca unutulmamalıdır ki, hakem kararlarının bağlayıcı olabilmesi için tarafların bu konuda uzlaşmış olmaları da gerekmektedir. Başka bir deyişle taraflar kabul etmedikçe hakem kararları tarafları bağlamayacaktır.[711]

3.1.3.10.3. ICC Tahkim Kuralları Kapsamında Tahkim Heyetinin Yargı Yetkisine Yönelik Yapılan İtirazların Değerlendirilmesi

Tahkim sözleşmesi, kural olarak sadece sözleşmenin taraflarını bağlamaktadır. Dolayısıyla, tahkim sözleşmesine taraf olmayan bir kişiye karşı tahkim yoluna başvurulması veyahut da hakem kararının üçüncü kişileri bağlaması mümkün değildir. Buna karşılık bazı istisnai durumlarda tahkim sözleşmesine taraf olmayan kişilerin de tahkim yargılamasına taraf olması mümkün olabilmektedir.[712]

Tahkim yargılamalarında, bu kapsamda FIDIC sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da tahkim heyetinin yargı yetkisine, yani taraflar arasında imzalanmış bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına dair itirazlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda FIDIC sözleşmelerinde tahkim kaydı olarak ICC Tahkim Kurallarına atıf yapılması sebebiyle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça söz konusu itirazlar ICC Tahkim Kurallarına göre sonuçlandırılması gerekmektedir.[713]

Tahkim heyetinin henüz kurulmadığı ve dolayısıyla da dosyanın heyete gönderilmemiş olduğu bir süreçte taraflarca tahkim kurulunun yargı yetkisine itiraz edilmiş olması halinde, 1 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kurallarının 6/3. ve 6/4. maddeleri gereğince söz konusu itirazın ICC Genel Sekreterliği kararıyla ICC Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. ICC Genel

[709] Köksal & Özer, s. 23.
[710] Moses, s. 17.
[711] Arbittier, s. 41.
[712] Akıncı (2021), s. 168.
[713] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6. ICC Tahkim Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_6> Erişim Tarihi 06.09.2022.

Sekreterliği yapmış olduğu ön inceleme sonucunda sorunu ICC Divanı'na götürüp götürmemekte serbest olup, sorunun Divan tarafından çözülmesine karar vermesi halinde, Divan gerekli incelemeyi yaparak yetki itirazı hakkında bir karar verecektir. Ancak burada dikkate edilmesi gereken husus, Divanın *prima facie* bir değerlendirme yapacak olmasıdır. Başka bir ifadeyle, Divan taraflar arasındaki sözleşmede ilk bakışta geçerli bir tahkim kaydının bulunduğuna kanaat getirirse yetki itirazının reddine karar verecektir. Tahkim heyeti oluştuktan sonra heyetin yetkisine itiraz edilmiş olması halinde ise Divan tarafından değil, 6/5 madde kapsamında tahkim heyeti tarafından kendi yetkisi hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir.[714]

Divanın tahkim heyetinin yetkisine yönelik olarak yapılmış olan itirazları incelerken uyuşmazlığın esasına yönelik olarak bir değerlendirmede bulunması mümkün olmayıp sadece *prima facie* (ilk bakışta bu tarz bir tahkim kaydı olup olmadığına yönelik) bir değerlendirmede bulunacaktır. Zira Divan hukuki tespitlerde bulunamaz, sadece idari bir organ olarak ilk bakışta taraflar arasında geçerli bağlayıcı bir tahkim kaydının bulunup bulunmadığını değerlendirecektir. Uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi sadece tahkim heyetine aittir. Bu kapsamda Divan taraflarca ibraz edilen delilleri tam olarak incelemeyecek, sadece itiraz hakkında karar vermek için gerekli olduğu kadar delilleri değerlendirecektir.[715]

Taraflardan birinin tahkim sözleşmesinin altında imzasının bulunmaması sebebiyle yetki itirazında bulunması halinde, Divan ve tahkim heyeti her bir somut olaya özgü değerlendirme yaparak, aşağıda sayılan hallerin bir veya birkaçının veyahut benzeri bir durumun bulunması halinde, tahkim sözleşmesi altında imzası bulunmayan tarafın yetki itirazının reddine karar verilebilir. Buna göre;

- İtiraz eden taraf sözleşme müzakerelerine katılmış, sözleşmeyi ifa etmiş ya da sözleşmeyi sona erdirmiş ise,
- İtiraz eden taraf, sözleşmeyi imzalayan tarafın halefi olmuş veya sözleşmeyi ondan devralmış ya da hak ve borçlarını temlik almışsa,
- Sözleşmeyi imzalayan taraf bir konsorsiyum ya da *joint venture* üyesi olup, itiraz eden taraf da iş bu konsorsiyum ya da *joint venture* üye ise,

[714] ICC Tahkim Kurallar madde 6/3, 6/4 ve 6/5.

[715] Jose Ricardo Feris & Ziva Filipic, "Jurisdictional Issues in Construction Arbitration – The ICC Experience-", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 309.

- Sözleşmeyi imzalayan tarafın itiraz eden tarafa bağlı bir şirket olup, sözleşme hükümlerinin ana şirketi de bağlayacağına dair sözleşmede hüküm bulunuyorsa,

- İtiraz eden tarafın hâkim şirket konumunda olup, bağlı şirket üzerinde tam bir hakimiyeti bulunuyorsa, örneğin bağlı şirketin sermayesi yetersiz ise veya bağlı şirketin idari ve mali yapısında belirsizlikler buluyorsa ya da hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrolünü kötüye kullanarak, bağlı şirkete karşı açılacak davaları sonuçsuz bırakacak şekilde mali durumunu kötüleştirmiş ise,

- İtiraz edenin sözleşmeyi imzalayan tarafın borçlarını garanti etmiş olup, garantörün sözleşmedeki tahkim kaydına bağlı olacağına dair garanti sözleşmesinde bir atıf bulunuyorsa,

- İtiraz eden tarafın bir devlet kuruluşu olup, sözleşmeyi imzalayan devlet kuruluşunu kontrol ettiği ileri sürülüyorsa,

tahkim sözleşmesinin itiraz eden tarafa da teşmil ettiği kabul edilerek, yetki itirazının reddine karar verilebilir.[716]

3.1.3.10.4. Tahkim Yeri

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda büyük öneme sahip olan tahkim yeri, tahkim yargılamasının yürütüleceği, hakem veya hakem kurullarının toplanacağı ve kararın verileceği yer olarak tanımlanabilir.[717] Taraflarca uyuşmazlık doğmadan önce veya uyuşmazlık doğduktan sonra dünyadaki herhangi bir ülke ya da şehir tahkim yeri olarak serbestçe kararlaştırılabileceği gibi, hakem ya da hakem heyeti tarafından veyahut da belirlenen tahkim kurulu kurallarınca da tahkim yerinin belirlenmesine karar verilebilir. Tahkim yerinin hakem ya da hakem heyeti tarafından belirlenmesine karar verilmiş olması halinde, hakem ya da hakem heyeti somut olayın özelliklerini dikkate alarak tahkim yerini belirleyecektir.[718]

Tahkim yeri, hakem kararlarının iptal nedenleri ve iptal davasının açılacağı yer, tahkim usulüne uygulanacak hukukun tespiti, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tahkime elverişlilik ve yargılamanın sonucunda verilen kararın tenfizinde büyük

[716] Moses, s. 33; Feris & Filipic, s. 307-308 ve 319; Akıncı (2021), s. 147-150.
[717] Köksal & Özer, s. 102; Akıncı (2021), s. 281.
[718] Köksal & Özer, s. 103-104; Akıncı (2021), s. 282 ve 320.

önemi bulunmaktadır.[719] Konuyla ilgili olarak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında *"…Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çıktığında İngiltere'deki Tahkim Mahkemesine gidileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, uyuşmazlık Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesince çözülmüştür. Hal böyle olunca, öncelikle Londra'da Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, var ise uyuşmazlık bu mahkemece çözülme"*si gerektiğini belirterek yerel mahkemenin tenfiz kararını bozmuştur.[720] Ancak, son yıllarda gelişen iletişim teknolojileri kullanılarak internet üzerinden görüntülü iletişim yoluyla tahkim yargılamalarının yapıldığına şahit olmaktayız. Bu gibi durumlarda tahkim yerinde karar verilmediği gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddi doğru görülmemektedir.[721]

3.1.3.10.5. Tahkim Dili

Bir tahkim yargılamasında hakem ya da hakem kurullarının belirlenmesinden hemen sonra tahkimde kullanılacak dilin seçilmesi gerekmektedir. Ulusal yargı sistemlerinden farklı olarak tahkim yargılamasında taraflar yargılama sırasında kullanılacak dili irade serbestisi ilkesi uyarınca belirleyebilirler. Taraflarca tahkim dili olarak bir dil belirlenebileceği gibi birden fazla dilin seçilmesi de mümkündür. Taraflar arasında belirlenmiş herhangi bir tahkim dilinin bulunmaması halinde ise, tahkim dili hakem ya da hakemler tarafından belirlenecektir. Tahkim dili taraflarca tahkim sözleşmesinde belirlenebileceği gibi daha sonra da belirlenebilir.[722]

Tahkim dili olarak belirlenen dil ya da diller bu aşamadan sonraki tüm tahkim usul ve işlemlerinde kullanılacak yegâne dil olacaktır. Bu kapsamda taraflar tüm yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem ya da hakem heyeti tarafından verilen tüm ara kararlar ile nihai karar ve yazılı bildirimlerinde belirlenen tahkim dili kullanılacak olup, birden fazla dilin tahkim dili olarak seçilmesi halinde ise, tahkim duruşmalarında belirlenen dillerden birinin, yazılı beyanlarda ise diğer dilin kullanılması mümkündür. Yargılamanın belirlenen dil ya da dillerden farklı bir dilde yapılması sebebiyle taraflardan herhangi birisi iddia ve savunma hakkını gereği gibi kullanamaması

[719] Akıncı (2021), s. 282.
[720] Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 15.09.2009 tarih ve 2009/5703 E., 2009/8256 K.
[721] Köksal & Özer, s. 105.
[722] Köksal & Özer, s. 105; Akıncı (2021), s. 303-304.

halinde ise, hakem kararının iptali veyahut da tenfiz talebinin reddi gündeme gelebilir.[723]

3.1.3.10.6. Hakem Kurulunun Oluşturulması

Tahkim yargılamasının başlayabilmesi için öncelikle hakem ya da hakem kurulunun belirlenmesi gerekmektedir. Uluslararası tahkimin en önemli kurallarından birisi şüphesiz irade serbestisi ilkesidir ve söz konusu kural hakem seçiminde de geçerlidir. İrade serbestisi ilkesi uyarınca hakemlerin seçimi konusunda tek söz sahibi kural olarak taraflardır. Ancak çok istisnai durumlarda hakem seçimine dışarıdan müdahale edilebilmektedir. Bu kapsamda taraflar istedikleri kişileri hakem olarak atayabilecekleri gibi, hakem ya da hakemlerin seçilme usulü ile hakem sayısını da diledikleri gibi belirleyebilirler.[724]

Taraflar hakem ya da hakemlerin kimler olacağını uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce kararlaştırabilecekleri gibi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da kararlaştırabilirler. Başka bir ifadeyle, hakem ya da hakem kurulunu oluşturacak kişiler tahkim sözleşmesinde ya da tahkim şartında ismen belirtilebileceği gibi sonradan da belirlenebilir. Taraflar irade serbestisi kuralı uyarınca avukat ve diğer hukuk profesyonellerinin yanı sıra, mimar veya mühendisleri de hakem olarak atayabilirler. Hatta ve hatta taraflar hakem seçimini üçüncü bir kişiye ya da kuruma dahi bırakabilirler.[725]

Hakemlerin seçimi, seçim usulü ya da sayısı gibi hususlar kural olarak taraflarca serbestçe kararlaştırılmaktadır. Bu kapsamda taraflar hakem olarak seçilecek kişilerde tecrübe, uzmanlık ya da belirli bir dile iyi derecede hâkim olma gibi özel birtakım vasıflar bulunmasını da şart koşabilirler. Bu durumda taraflar istedikleri vasıflar konusunda dikkatli olmalıdırlar. Zira, iş bu vasıflara sahip hakemin bulunmasının imkânsız olması durumunda, tahkim sözleşmesi geçersiz hale gelecektir.[726] Hakem seçiminde tahkim sözleşmesine aykırı bir yol izlenmesi halinde

[723] Köksal & Özer, s. 105; Akıncı (2021), s. 303.
[724] Akıncı (2021), s. 245.
[725] Moses, s. 2; Köksal & Özer, s. 119-125; Akıncı (2021), s. 245 ve 258.
[726] Moses, s. 43.

ise, New York Sözleşmesi'nin 5/1-d maddesi gereğince böyle bir hakem kurulu tarafından oluşturulan kararın tenfizine yönelik talep reddedilebilir.[727]

Hakem sayısı irade serbestisi ilkesi uyarınca taraflarca belirlenecektir. Taraflarca uyuşmazlığın çözümü için tek bir hakem görevlendirilebileceği gibi birden fazla hakemin görevlendirilmesi de mümkündür. Uygulamada ise genellikle bir ya da üç hakem görevlendirileceği kararlaştırılmaktadır. Uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözüleceğinin kararlaştırılması halinde hakem taraflarca birlikte seçilecektir.[728] Birden fazla hakem atanmasının gerektiği durumlarda ise, taraflar arasında eşitlik bulunması, başka bir ifade ile her bir tarafın eşit sayıda hakem ataması, bir tarafın diğerine nazaran daha avantajlı hale getirilmemesi gerekmektedir. Bu kapsamda hakem ya da hakemlerin seçimi tamamen bir tarafa bırakılamayacağı gibi, bir tarafın diğerinden daha fazla hakem seçimi yapması ya da başhakemin seçiminin taraflardan birisine bırakılması mümkün değildir. Aksi yöndeki düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırı olduğundan geçersiz olacaklardır.[729]

Uyuşmazlığın birden fazla hakemden oluşacak bir kurul tarafından, örneğin 3 hakemden oluşacak bir kurul tarafından çözüleceğinin kararlaştırılması halinde taraflardan her biri hakemini seçerek karşı tarafa bildirecek ve ondan hakemini seçmesini isteyecektir. Karşı taraf da bildirimin kendisine ulaşmasından itibaren öngörülen süre içerisinde hakemini seçerek karşı tarafa bildirecektir. Daha sonra taraflarca seçilen iki hakem bir araya gelerek diğer hakemi belirleyeceklerdir. İş bu seçilen üçüncü hakem kurul başkanı olarak görev yapacaktır. Örneğin UNCITRAL Tahkim Kurallarının 7. maddesine göre, tahkim kurulunun 3 hakemden oluşacak olması halinde taraflardan biri hakemini seçerek diğer tarafa bildirimde bulunacaktır. Diğer tarafın iş bu bildirimi aldığı tarihten itibaren 30 günlük süre içerisinde kendi hakemini seçerek diğer tarafa bildirmesi gerekmektedir. Ancak iş bu 30 günlük sürede ikinci hakemin belirlenmemesi halinde ilk taraf öncelikle tahkim sözleşmesinde bu gibi durumlarda başvurulabilecek bir merci bulunması halinde ilgili mercie başvurması, tahkim sözleşmesinde böyle bir merciinin öngörülmemiş olması halinde ise La Haye Daimî Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'ne başvurarak ikinci hakemin

[727] 1958 tarihli Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The New York Convention 5/1-d maddesi <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf> Erişim Tarihi 08.05.2020.
[728] Moses, s. 42-43; Köksal & Özer, s. 124; Akıncı (2021), s. 246 ve 255.
[729] Akıncı (2021), s. 253-254.

atanmasını istemesi gerekmektedir. İlk iki hakemin belirlenmesinden itibaren 30 günlük süre içerisinde bir araya gelerek, kurula başkanlık edecek üçüncü hakemi atamaları gerekmektedir.[730]

Yukarıda da belirtildiği üzere, hakem ya da hakem kurulunu oluşturacak kişilerin isimlerinin uyuşmazlık çıkmadan önce tahkim sözleşmesinde belirlenmesi de mümkündür. Ancak bu durum birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Öncelikle hakem ya da hakem kurulunu oluşturacak kişilerin görev teklifini kabul etmemeleri, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine neden olabilmektedir. Yine, ölüm, istifa veya azil gibi sebeplerle hakem ya da hakemlerden birinin görevini yerine getirememesi halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü mümkün olamayabilir. Zira, hakem kurulunun tek bir kişiden oluşması ve iş bu hakemin herhangi bir sebeple görevini yerine getirememesi halinde, tahkim sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Hakemlerin birden çok olması halinde ise karar çoğunluğu için gerekli sayıya ulaşılmasını engelleyecek kadar hakemin görevinin sona ermesi halinde de tahkim sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Ancak taraflar, yeni hakem ya da hakemlerin atanması konusunda anlaşabilirlerse tahkim sözleşmesi sona ermeyecek yeni atanan hakem ya da hakemlerle sözleşme devam edecektir. Yine, taraflar ana sözleşmede ismen belirtilen hakem ya da hakemlerin görevini herhangi bir sebeple yerine getirememesi halinde uygulanacak bir alternatif yol belirlemeleri de mümkündür. Bu gibi durumlarda iş bu alternatif yolun izlenmesi gerekmektedir. Örneğin tahkim sözleşmesinde isimleri belirlenen hakemlerden herhangi birisinin görevini yerine getirememesi halinde mahkemece yerine yeni bir hakem ataması yapılacağı kararlaştırılabilir.[731]

Hakem ya da hakem kurulunun oluşturacak kişilerin isimleri sözleşmede belirtilmemiş ise kural olarak taraflarca birlikte belirlenecektir. Ancak hakem ya da hakem kurulunun seçilmesi yukarıda ifade edildiği üzere, taraflardan yalnızca birine bırakılamaz. Bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.[732]

Tahkim sözleşmesinde yer alan hakem seçimine ilişkin usul kurallarını belirleyen bölümün geçersiz olması tahkim sözleşmesinin tamamını geçersiz

[730] UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 7 <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> Erişim Tarihi 08.05.2020.
[731] Köksal & Özer, s. 121; Akıncı (2021), s. 249-253.
[732] Köksal & Özer, s. 122.

kılabileceği gibi, tarafların gerçek iradelerinin söz konusu kısım olmadan da ilgili tahkim anlaşmasının imzalanmasına yönelik olduğunun tespit edilmesi halindeyse, tahkim sözleşmesi geçerli kabul edilerek, taraflarca hakem seçim usulü belirlenmemiş gibi hakemler belirlenecektir.[733]

Seçilecek olan hakemlerin taraflardan bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir. Dolaysıyla hakemler kendisini atayan tarafın temsilcisi konumunda değillerdir. Bu sebeple hakem olarak seçilen kişi ya da kişiler kendisini atayan tarafın menfaatine hareket etmesi söz konusu olamaz. Zira tahkim yargılamasında, tarafların bilgi, deneyim ve uzmanlığına güvendikleri kişileri hakem olarak atamasına imkân tanınarak uyuşmazlığın hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Bu sebeple de hakemlerin atandıktan sonra eşitlik ilkesi uyarınca kendisini atayan tarafın menfaatine değil, her iki tarafa da eşit yaklaşarak, uyuşmazlığı adil bir biçimde sonuçlandırması gerekmektedir.[734]

3.1.3.10.7. Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk, irade serbestisi ilkesi gereğince kural olarak taraflarca birlikte belirlenmektedir. Taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak hukuku açık ya da zımni olarak tahkim sözleşmesinde, tahkim şartında ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra yapacakları bir anlaşma ile belirleyebilirler. Bu kapsamda taraflar uygulanacak maddi hukuk kurallarını tek tek belirleyebilecekleri gibi, isterlerse belirli bir devletin kurallarına ya da belirli bir tahkim kurumunun kurallarına atıfta bulunmakla da yetinebilirler.[735] Buna karşılık, taraflarca sözleşmede uygulanacak hukukun tespit edilmemiş olması halinde, başvurulan tahkim merci, uygulanacak hukuku belirleyerek sonuca gidecektir.[736]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde genellikle tarafların hak ve yükümlülükleri ile muhtemel uyuşmazlıkların çözümü hususunda uygulanacak çözüm yöntemlerine ilişkin çok detaylı ve açık hükümlere yer verilmekle birlikte, ne kadar detaylı ve açık hükümler öngörülürse öngörülsün, tüm mevcut ve muhtemel sorunların önceden

[733] Köksal & Özer, s. 123.
[734] Akıncı (2021), s. 253 ve 266.
[735] Köksal & Özer, s. 133-134; Akıncı (2021), s. 275-276.
[736] Moses, s. 7.

öngörülerek bir sözleşme yapılması doğal olarak pek mümkün değildir. Dolayısıyla, sözleşmelerde düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere taraflarca mutlaka bir hukuk sisteminin belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, taraf iradelerinin bağlayıcılık gücünü daima bir hukuk sisteminden alma zarureti de bulunmaktadır. İşte açıklanan tüm bu sebeplerle uluslararası inşaat sözleşmelerinin daima belirli bir hukuk sisteminin temelleri üzerinde kurulması gerekmektedir.[737]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde genellikle tip sözleşmeler kullanılmakta olup, iş bu tip sözleşmelerde de ulusal mevzuatlarda yer alan eser sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere nazaran çok daha ayrıntılı hükümler barındırdığı görülmektedir. Ancak, her ne kadar uluslararası inşaat sözleşmelerinde kullanılan tip sözleşmelerde çok ayrıntılı düzenlemeler bulunsa da zamanaşımı süresinin başlangıç anı, taraflarca belirlenen hak düşürücü sürelerin geçerliliği, ödememezlik defi ya da dürüstlük kuralının kapsamı gibi birtakım hususlarda, uygulanacak hukukun ilgili hükümlerine başvurulması gerekebilmektedir. Bu gibi durumlarda inşaat hukuku alanındaki uzmanlığı sebebiyle seçilen hakem ya da hakemler uygulanacak hukuka yabancı olmaları halinde uygulanacak hukukun ilgili hükümlerinin uygulanması sırasında bilirkişi ya da uzman görüşüne başvurabilirler.[738]

3.1.3.10.8. Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Usul Kurallarının Belirlenmesi

Ulusal mahkemelerde olduğu gibi tahkim yargılamasında da yargılamanın belirli usul kuralları çerçevesinde yürütülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda duruşmaların nasıl yürütüleceği, tahkim yeri ve dili, dava ve savunma dilekçelerin ne kadarlık süreler içerisinde sunulması gerektiği, tebligatların nasıl yapılacağı, delillerin nitelikleri ve toplanmaları, süreler gibi hususlar tahkim usulü kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.[739]

---

[737] Köksal (2009), s. 84.

[738] Ziya Akıncı, "İnşaat Uyuşmazlıklarında Bilirkişi", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018 (2018), s. 50.

[739] Köksal & Özer, s. 137.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, tahkim yargılamasında uygulanacak usul hukuku kuralları irade serbestisi ilkesi gereğince kural olarak taraflarca birlikte belirlenmektedir. Taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak usul hukuku kurallarını açık ya da zımni olarak tahkim sözleşmesinde, tahkim şartında ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra yapacakları bir anlaşma ile belirleyebilirler. Bu kapsamda taraflar uygulanacak usul kurallarını tek tek belirleyebilecekleri gibi, isterlerse belirli bir devletin usul kurallarına ya da belirli bir tahkim kurumunun kurallarına atıfta bulunmakla da yetinebilirler.[740] Örneğin UNCITRAL Tahkim Kurallarına ya da FIDIC tip sözleşmelerinde yer alan kuralların tahkim kuralları olarak kararlaştırılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

3.1.3.10.9. Tarafların Eşitliği

Tarafların eşitliği ilkesi, kamu düzenine ilişkin aksi kararlaştırılamayan mutlak bir kural olarak kabul edilmektedir. Hangi usul hukuku kuralı uygulanırsa uygulansın hakem ya da hakemlerin taraflara eşit şekilde davranması, her iki tarafa da iddia ve savunmaları ile delillerini sunmaları için gerekli imkânı tanımaları gerekmektedir.[741] Tarafların eşitliği ilkesi uyarınca hakem ya da hakemlerin taraflara eşit muamelede bulunmaları gerekmektedir. Ayrıca söz konusu ilkeden tarafların kendi iradeleri ile vazgeçmeleri de mümkün değildir.[742]

Tarafların eşitliği ilkesi milletlerarası tahkim ile ilgili hemen hemen tüm kurallarda kabul edilmiş vazgeçilmez bir usul kuralıdır. Örneğin UNCITRAL 15/I. maddeye göre, tahkim mahkemelerinde her iki tarafa da eşit muamelede bulunulmalı, yargılamanın her safhasında taraflara kendilerini ifade etmek için gerekli imkân sağlanmalıdır.[743]

[740] Köksal & Özer, s. 137-138; Akıncı (2021), s. 322.
[741] Köksal & Özer, s. 139-140; Akıncı (2021), s. 278-279.
[742] Akıncı (2021), s. 279.
[743] UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 15/I <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> Erişim Tarihi 09.05.2020.

3.1.3.10.10. Ortak Girişimlerle Alakalı Olarak Tahkim Yargılamasında Karşılaşılabilecek Muhtemel Sorunlar

Büyük ölçekli inşaat projelerinde, projelerin niteliği gereği tek bir yüklenici tarafından ifa edilmesi genellikle çok zor ya da imkânsızdır. Bu sebeple de bu tarz projelerde yüklenici tarafı genellikle birden fazla tüzel kişiden oluşan bir ortak girişim şeklinde yer almaktadır. Böylece projenin ifası için gerekli olan kaynak ve *know-how* teminindeki sorunların üstesinden daha hızlı gelinebildiği gibi, yüklenicinin karşı karşıya kaldığı riskler de ortak girişimi oluşturan şirketler arasında paylaşılmış olmaktadır. Ortak girişimlerin hukuki yapısı her bir proje ve hukuk sistemi açısından farklılık arz etmekte olup, somut olaya göre ticari şirket ya da tüzel kişiliğe haiz olmayan sırf projenin ifası maksadıyla meydana getirilmiş bir adi ortaklık şeklinde de görülebilirler.[744]

Ortak girişim ortakları arasında bir ortak girişim sözleşmesi imzalanmakta olup, ortakların birbirleriyle olan ilişkileri bu sözleşmede yer alan hükümler kapsamında belirlenmektedir. Ancak, özellikle tüzel kişiliğe haiz olmayan ortak girişimlerin hukuki statüleri göz önünde bulundurulduğunda, gerek iş sahibi ve yüklenici konumundaki ortak girişim arasında, gerekse de ortak girişimi oluşturan ortaklar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde çok büyük sorunlarla karşılaşılabilmektedir. Gerçekten de ortak girişimi temsil, şirketlerin sorumlulukları ile tahkim ve geçici hukuki koruma yöntemlerine başvuru ile ortaklar arasındaki hak ve yükümlülükler konularında birtakım sorunlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Tarafalar arasında imzalanan sözleşmede, ortak girişimi oluşturan tüzel kişiliklerin her birinin ayrı ayrı ya da tek bir yüklenici olarak kabul edilmesi ya da her birinin iş sahibine karşı müşterek ve müteselsilen sorumlu olduğunun kararlaştırılması veyahut da ortak girişimlerle alakalı olarak bir ortağın yönetici/temsilci/yetkili ortak olarak atanması hallerinde ileride karşılaşılması muhtemel sorunların büyük bir çoğunluğu en baştan engellenmiş olacaktır. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede bu tarz hükümlerin yer almaması halinde ise konunun uygulanacak hukuk ve bir takım hukuk teorilerine başvurularak çözülmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda üçüncü kişilerce bilinen temsil yetkisi (*apparent mandate*), başka bir sözleşmede yer alan

[744] Leeuwen, s. 313-324.

tahkim klozunun referans alınarak tahkim sözleşmesinin kapsamının genişletilmesi ya da hakkın kötüye kullanılamaması (*estoppel doctrine*) gibi birçok hukuk teorisine başvurulabilir.[745]

Ortak girişimlerin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde tahkim yargılamasına ilişkin olarak karşılaşılması muhtemel ilk sorun tahkim sözleşmesine ya da başka bir ifadeyle tahkim heyetinin yetkisine yönelik olarak yapılan itirazlardır. Gerçekten de ortak girişimi oluşturan tüzel kişi şirketlerden bir ya da birkaçı geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunmadığına dair itirazda bulunabilirler. Bu durumda daha önceden ifade edildiği üzere 1 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kurallarının 6/3. ve 6/4. maddeleri gereğince söz konusu itirazın ICC Genel Sekreterliği kararıyla ICC Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ICC Genel Sekreterliği yapmış olduğu ön inceleme sonucunda sorunu ICC Divanı'na götürüp götürmemekte serbest olup, iş bu sorunun ICC Divanı'nda görüşülmesine karar verilirse, Divan "*prima facie"* bir değerlendirme yaparak, ilk bakışta taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin var olduğuna kanaat getirecek olması halinde itirazı reddedecek ve tahkim yargılaması devam edecektir.[746] Ancak divanın tahkim heyetinin yetkisine yönelik olarak yapılmış olan iş bu itirazı değerlendirirken uyuşmazlığın esasına yönelik olarak herhangi bir değerlendirmede bulunması mümkün olmayıp, sadece idari bir organ olarak ilk bakışta (*prima facia*) taraflar arasında bağlayıcı bir tahkim kaydının bulunup bulunmadığını değerlendirecektir.[747]

Tahkim heyeti oluştuktan sonra heyetin yetkisine itiraz edilmiş olması halinde ise Divan tarafından değil, 6/5. madde kapsamında tahkim heyeti tarafından kendi yetkisine yönelik olarak yapılan iş bu itirazın değerlendirilmesi gerekmektedir.[748]

Ortak girişimi oluşturan şirketlerden herhangi biri ya da birkaçı tahkim sözleşmesinin altında imzasının bulunmadığı gerekçesiyle yetki itirazında bulunması halinde, Divan ve tahkim heyeti her bir somut olaya özgü değerlendirmelerde

---

[745] Patrick Thieffry, "Claims Made by the Joint Venture Against Third Parties and by Third Parties Against the Joint Venture", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-III**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2019, s. 291-292; Leeuwen, s. 314.

[746] ICC Tahkim Kurallar madde 6/3 ve 6/4.

[747] Feris & Filipic, s. 309.

[748] ICC Tahkim Kurallar madde 6/5.

bulunacak olup, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, itiraz eden şirket ya da şirketlerin sözleşmeyi imzalayan konsorsiyumun üyesi olduğu gerekçesiyle yetki itirazının reddine karar verilebilir.[749]

Birden fazla tüzel kişiden oluşan ortak girişimlerle alakalı olarak tahkim yargılamasında sıklıkla karşılaşılan bir diğer önemli sorun da hakem seçimiyle alakalı olarak hakemin kimin tarafından nasıl seçileceği konusudur. İş sahibi tarafından ortak girişimi oluşturan tüzel kişilikler aleyhine veyahut da tüzel kişilikler tarafından iş sahibi ya da birbirleri aleyhine yapılan tahkim başvurularında ortak girişimi oluşturan tüzel kişilikler tek bir taraf olarak kabul edildiklerinden tek bir hakem atamaları gerekmektedir. Ortak girişimi oluşturan şirketler arasında menfaat birlikteliğinin bulunduğu durumlarda hakem seçimi konusu bir sorun olarak karşımıza çıkmasa da bazı durumlarda ortak girişim sözleşmesinin tarafları arasında bir takım menfaat uyuşmazlıkları bulunabilir ve bu durumda da hakem seçimi son derece önemli bir sorun olarak karşımıza çıkabilmektedir. Zira bu gibi durumlarda ortak girişimin her bir üyesi kendi menfaatine uygun bir hakem ataması yapılmasını isteyecektir. Bu tarz sorunların engellenebilmesi için tahkim sözleşmesinde hakem seçimi usulüyle alakalı, hakemin oybirliğiyle mi ya da farklı bir şekilde mi seçileceğine dair kurallara yer verilmesi son derece önemlidir.[750]

Konu ile alakalı olarak üzerinde durulması gereken en önemli karar şüphesiz "*Dutco"* kararıdır. Söz konusu kararda, Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*), hakem seçiminin kamu düzenine ilişkin olduğunu vurgulayarak, yargılamanın tüm taraflarının hakem ataması konusunda eşit haklara sahip olduğuna ve uyuşmazlık ortaya çıkmadan bu haktan feragat edilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Karara konu olayda Siemens, BKMI ve Dutco şirketleri bir ortak girişimin taraflarıdır. Sözleşmenin ifası sırasında ortak girişimi oluşturan iş bu şirketler arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmış ve Dutco şirketi tarafından tahkim süreci başlatılmıştır. Taraflar arasında imzalanan tahkim sözleşmesinde ICC Tahkim Kurallarına atıfta bulunulmuş olup, bu kapsamda tahkim heyeti 3 hakemden oluşacaktır. Dutco şirketi kendi hakemini seçerek atamıştır. Ancak sözleşmenin diğer tarafından bulunan Siemens ve BKMI arasında bir menfaat çatışması bulunmasına

[749] Feris & Filipic, s. 307-308 ve 319.
[750] Thieffry, s. 294-295.

rağmen ortak bir hakem belirleyerek atamaları gerekmektedir. Siemens ve BKMI, aralarında menfaat çatışması bulunmasına rağmen ortak bir hakem atamaları zorunluluğunun tarafların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğine dair itirazlarını dile getirerek ortak bir hakem seçimi üzerinde anlaşamamışlardır. Bunun üzerine ICC Tahkim Divanı'na başvurulmuş ve Divan Dutco'nun seçiminin geçerli olduğunu vurgulayarak, Siemens ve BKMI'den ortak bir hakem ataması yapmaları istenmiştir. Bunun üzerine Siemens ve BKMI önceki itirazlarını tekrarlayarak ortak bir hakem seçimi yapmışlardır. Hakem atamalarının ardından yargılamaya devam edilmiş ve hakem heyeti kendi yargı yetkisine ilişkin ara kararını vermiştir. Bunun üzerine Siemens ve BKMI tarafından tarafların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle iş bu kararın iptali için Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş, ancak İstinaf Mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiştir. Bunun üzerine aynı gerekçe ile Fransız Yüksek Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş ve Yüksek Mahkeme tarafından hakem seçiminin kamu düzenine ilişkin olup uyuşmazlık ortaya çıkmadan bu haktan feragat edilmesinin mümkün olmadığı, yargılamanın tüm taraflarının hakem ataması konusunda eşit haklara sahip oldukları, Dutco'nun tek başına hakem seçimi yapmasına rağmen, Siemens ve BKMI'nın ortak bir hakem seçimi yapmalarına zorlanmalarının Dutco'yu tahkim yargılamasında avantajlı bir konuma soktuğu, bu sebeple de taraflar arasındaki eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ifade edilerek, tahkim kararının geçersizliğine hükmedilmiştir.[751]

"*Dutco*" davasında Fransız Yüksek Mahkemesi'nin ulaşmış olduğu sonuca göre; davacı ya da davalının çok taraflı olduğu tahkim yargılamalarında sadece hakem seçimi konusunda anlaşamayan davacı ya da davalıların yerine değil, diğer tarafın yerine de yani hakem heyetinin tüm üyelerinin ilgili merci tarafından atamasının yapılması gerekmekte olup, aksinin kabulü halinde tarafların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Ortak girişimler ile alakalı olarak uygulamada karşılaşılması muhtemel bir başka sorun da ortak girişim ortakları arasında bir yönetici ortak atanması halinde, iş bu yönetici ortağın inşaat sözleşmesi kapsamında iş sahibine karşı başvuruda bulunup bulunamayacağı konusudur. Konu ile alakalı olarak Çin'de verilmiş bir tahkim

[751] Siemens AG v. BKMI Industrieanlagen GmbH. v. Dutco Construction Co, Cass. Civ. 1, 7 Ocak 1992, No: 89-18.708 89-18.726; 119 J.D.I.

kararında, ortak girişim ortakları tarafından verilmiş usulüne uygun bir yetki belgesi olmaksızın yönetici ortağın ortak girişimi temsil hakkına sahip olmadığı, bu sebeple de yönetici ortağın ortak girişimi temsilen iş sahibinden ödeme yapılmasını talep edemeyeceğine hükmedilmiştir.[752]

3.2. FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

3.2.1. Genel Olarak

FIDIC tip sözleşmelerinde, taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almakta olup, herhangi bir uyuşmazlık yaşanması halinde taraflar ve diğer ilgililerin bu düzenlemelere göre hareket etmesi gerekmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere rağmen, önceki tarihli sözleşmeler kapsamında uygulamaya ilişkin birçok sorunla karşılaşılmış ve bu sebeple de 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde konu yeniden kaleme alınarak söz konusu tartışmaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu bakımdan konunun iş bu yeni düzenlemeler kapsamında dikkatle irdelenmesi gerekmektedir.

FIDIC sözleşmeleri ile alakalı olarak yargılama konusu yapılan uyuşmazlıklar incelendiğinde, büyük bir çoğunluğunun yüklenici tarafından iş sahibi aleyhine ileri sürülen taleplerle alakalı olduğu görülmektedir. Zira iş sahibi, yükleniciye nazaran çok daha korunaklı bir konumda bulunmaktadır. Gerçekten de iş sahibi yapmakla yükümlü olduğu ödemelerde indirim yapma ya da mahsup yoluna gidebileceği gibi, elinde bulundurduğu güvence ve garantileri de işleme koyarak yüklenici ile aralarında bulunan uyuşmazlıkları kendi açısından çözüme kavuşturabilmektedir. Bu sebeple de iş sahibi, yükleniciye nazaran daha az uyuşmazlık başvurusunda bulunma ihtiyacı hissetmektedir. Ancak bu, iş sahibinin yüklenici aleyhine hiçbir şekilde talepte bulunamayacağı anlamına gelmemektedir.[753]

---

[752] Jinghui Tan, Annual Review on Construction Project Dispute Resolution in China (2016), Commercial Dispute Resolution in China: An Annual Review and Preview (2016), Wolters Kluwer Law & Business, 2016, s. 15-16'dan aktaran Thieffry, s. 304.

[753] Seppala (1987), s. 582.

FIDIC tip sözleşmelerinde yer alan nihai çözüm yöntemi tahkim olmakla birlikte, tarafların tahkime başvurabilmeleri için öncelikle diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tüketmeleri gerekmektedir. Bu durum, sürecin erken aşamalarında proje katılımcıları tarafından uyuşmazlığın çözülebildiği durumlarda maliyetli ve daha ihtilaflı mekanizmalardan kaçınılmasına olanak tanıdığı için faydalı olmakla birlikte, sürecin gereksiz yere uzamasına sebep olarak, sorunların çözümünü geciktirip maliyetlerin artmasına da sebep olabilmektedir.[754] Bunun yanı sıra, FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen iş bu çok aşamalı/kademeli çözüm klozu kimi zaman karmaşık yetki sorunlarını da beraberinde getirmekte ve taraflar arasında sıklıkla zorunlu çözüm yollarının tüketilmediği gerekçesiyle yeni uyuşmazlıkların gündeme gelmesine sebep olabilmektedir.

FIDIC tarafından hazırlanılan ilk tip sözleşme olma özelliğine sahip 1957 tarihli Kırmızı Kitap incelendiğinde, uyuşmazlık çözümünde ikili bir yolun belirlenmiş olduğu görülmektedir. Buna göre, herhangi bir uyuşmazlık halinde taraflar öncelikle mühendise başvuracaklar, mühendisin verdiği kararın taraflarca kabul edilmemesi halinde ise tahkim yoluna başvurulabilecektir. 1995 yılına gelindiğindeyse Turuncu Kitap ile ilk kez DAB, bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak FIDIC sözleşmelerinde yer almaya başlamıştır. Daha sonra 1999 tarihinde yapılan değişikliklerle DAB, Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kendisine yer bulabilmiştir. Böylece FIDIC sözleşmelerinde üç aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemine geçiş yapılmıştır.[755]

Hemen belirtilmelidir ki, doktrinde yer alan bazı yazarlar tarafından 1999 tarihli Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 3.5. maddesi, 2017 tarihli Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın ise 3.7. maddesi kapsamında mühendisin yetki ve sorumlulukları göz önünde bulundurularak, FIDIC sözleşmelerinde dört aşamalı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının öngörüldüğünü kabul edilmektedir.[756] Ancak, 1999 ve daha sonraki

---

[754] Leeuwen, s. 331; Doug Jones, "Let's Get Together: Quo Vadis International Construction Arbitration", **GAR Live Construction Disputes**, 9 July 2020, s. 5.

[755] Ekşi (2017), s. 185-186; Ekşi (2018), s. 63-64; Paul Taggart, "International Construction Contracts and Dispute Resolution – The Contribution of Disputes Boards-", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018, s. 360; Dabrowska, s. 5; Godwin, s. 195; Gould & McCrea, s. 137.

[756] Kondev, s. 256-257; Gelişen, s. 299-300; Leeuwen, s. 332. Ekşi 1999 tarihli Kırmızı Kitap kapsamında uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak 20. madde kapsamında aslında 4 aşama öngörülmekle birlikte bunlardan sadece son üçünün, yani DAB, dostane çözüm yöntemi ve tahkimin

FIDIC sözleşmeleri kapsamında teknik olarak uyuşmazlıkların mühendis tarafından çözülmesi mümkün değildir. Zira, FIDIC sözleşmeleri kapsamında teknik olarak bir uyuşmazlıktan bahsedilebilmesi için tarafların, talepleri ile ilgili yapmış oldukları başvurular hakkında bir anlaşmaya varamamaları, bu sebeple de anlaşmazlık konusu ile alakalı olarak mühendis tarafından bir karar verilmiş ve verilen karara da taraflarca 28 günlük süre içerisinde itirazda bulunulmuş olması yani bir NOD (Notice of Dissatisfaction) bildirimi yapılması gerekmektedir. Ancak bu koşulların sağlanması halinde FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlıktan bahsedilebilir.[757]

Bu kapsamda mühendisin müdahalesi teknik olarak uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önceki aşamaya ilişkin olup, ancak mühendisin müdahalesi ile konunun sonuçlandırılamamış olması halinde teknik olarak FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlıktan bahsedilebilir. Başka bir deyişle, FIDIC sözleşmeleri kapsamında uyuşmazlık (*dispute*) terimi, taraflar arasındaki anlaşmazlık konusu ile alakalı olarak mühendisin kararından sonraki aşamayı ifade etmektedir. Bu sebeple de FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin uyuşmazlıkların çözümünde teknik olarak herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.[758]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin teknik olarak uyuşmazlıkların çözümünde herhangi bir rolü bulunmamasına rağmen, tarafların DAAB'a başvurabilmek için öncelikle mühendise başvurmaları zorunluluğu ve 2017 tarihli FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 3.7., Gümüş Kitap'ın ise 3.5. maddeleri gereği talepler ile diğer hususlar hakkında mühendisin vermiş olduğu kararlara karşı süresi içerisinde itiraz edilmemiş olması, başka bir deyişle iş bu kararlara karşı NOD bildiriminde bulunulmaması halinde, bunların kesin ve bağlayıcı bir nitelik kazanacak olmaları ve iş bu kesin ve bağlayıcı kararların gereğinin yerine getirilmemesi halinde doğrudan

uyuşmazlık çözümüne ilişkin olduğunu, mühendisin 20. madde kapsamında uyuşmazlıkları çözme rolünün bulunmadığını belirtmektedir (Ekşi (2017), s. 186-187; Ekşi (2018), s. 64.). Godwin ise, 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinde olduğu gibi 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde DAAB, dostane çözüm yolu ve tahkim olmak üzere üç aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yönteminin ön görüldüğünü ifade etmektedir (Godwin, s. 196-197).

[757] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3., 3.7.5. ve 21.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3., 3.7.5. ve 21.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3, 3.5.5. ve 21.1. Hemen belirtilmelidir ki, Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi bir mühendis değil bir temsilci ataması yaptığından, Gümüş Kitap kapsamında karar verme yetkisi mühendise değil iş sahibi temsilcisine aittir. Bundan sonra mühendis ile alakalı olarak yapılan açıklamalar Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi temsilcisi olarak anlaşılmalıdır.

[758] Kondev, s. 257; Ekşi (2017), s. 186-187; Ekşi (2018), s. 64.

tahkime götürülebilecek olmaları sebebiyle, söz konusu prosedürün bu kısım altında incelenmesi kanımızca sistematik açıdan daha doğru olacaktır.

Belirtilmelidir ki bu kısımda yapılan açıklamalar taraflarca 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı varsayıma dayanmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, taraflar isterlerse FIDIC sözleşmelerini değiştirerek de kullanabilirler. Bu kapsamda taraflar öngörülen çözüm yöntemlerinden bir veya birkaçını sözleşme kapsamında çıkartabilecekleri gibi, ilgili hükümleri de değiştirerek kullanabilirler.

3.2.2. Tarafların Anlaşması ya da Mühendisin Kararı

3.2.2.1. Genel Olarak

İş sahibi tarafından uluslararası rekabetin esas alınacağı bir inşaat projesinin yürütülebilmesi için kendisine tavsiyede bulunacak ve onun adına hareket edecek bir danışman mühendise ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kapsamda iş sahibi ile mühendis arasında öncelikle ilk etütler ve fizibilite raporları ile çizimler, şartname ile metraj ve hak ediş tablolarını içerir ihale ve sözleşme belgelerinin hazırlamasına dair bir sözleşme imzalanacaktır. Bunun yanı sıra, iş bu sözleşmede, iş sahibi ve yüklenici arasında inşaat sözleşmesi imzalandıktan sonra da sözleşmeye konu işlerin olması gerektiği gibi yürütülüp yürütülmediğinin iş sahibi adına mühendis tarafından denetleneceği de kararlaştırılabilmektedir.[759]

Danışmanlık, denetim, yüklenici tarafından yapılan iş ve talepleri değerlendirmek, hak ediş tablolarını hazırlamak, kesin kabul belgesini düzenlemenin yanı sıra, FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin, taraflar arasında ki anlaşmazlıkları çözme görevi de bulunmaktadır. Gerçekten de FIDIC sözleşmelerinin 1999 tarihinden önceki baskılarında, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları giderme görev ve sorumluluğu öncelikle mühendise ait bulunmaktaydı. Bu kapsamda taraflar öncelikle mühendise başvuruda bulunarak uyuşmazlığın giderilmesini talep edecekler, mühendisin kararından memnun kalmazlarsa da tahkime başvurabileceklerdi.

[759] Seppala (1991/8), s. 1054.

Mühendisin iş sahibi tarafından seçilip görevlendirilmesi ve sözleşme kapsamındaki birçok iş ve işlemde onun temsilcisi olarak hareket etmesi, mühendisin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda önemli soru işaretlerine neden oluyordu. Bunun yanı sıra, sözleşme kapsamında yüklenicinin hak ve yükümlülükleri mühendis tarafından tespit edilip belgelendirildiğinden, bunlarla ilgili herhangi bir itilaf yaşandığında da mühendisin kendi belge ve tespitleri hakkında karar vermesi gerekiyordu ki, mühendisin kendi tespitlerinden kaynaklanan ihtilafların yargıcı olarak tarafsız ve bağımsız bir şekilde hareket edip edemeyeceği konusunda sert eleştiriler yapılıyordu.[760] İş bu eleştirilere karşılık olarak, söz konusu sistemin mükemmel olmamakla birlikte, herhangi bir suiistimalin tahkim aşamasında düzeltilebilecek olması sebebiyle hiç olmamasından daha iyi olduğu ifade edilmekteydi.[761] Söz konusu eleştiriler doğrultusunda FIDIC sözleşmelerinde mühendisin uyuşmazlık çözümündeki fonksiyonu sonlandırılarak, bu görev uyuşmazlık çözüm kuruluna devredilmiştir.

3.2.2.2. Mühendisin Hukuki Niteliği ve Atanması

FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap kapsamında iş sahibinin, inşaat sözleşmesi ve projenin yönetiminde kendisine yardımcı olması için bir mühendis ataması gerekmektedir. Bu bakımdan mühendis, iş sahibinin yardımcısı konumunda olup, iş sahibi ile aralarında bir iş görme edimi bulunmaktadır.[762] Mühendis kural olarak sözleşme ile birlikte atanmaktadır. Daha doğru bir ifade ile FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 1.1.35. maddesine göre mühendis, sözleşmede adı geçen, iş sahibi tarafından

[760] Luk & Wijedoru, s. 100; Seppala (1997), s. 967-977; Chen Lina, "Role of Engineer Under FIDIC Form Contract", **Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice**, Nisan 1997, s. 48-49; John Tackaberry, "Adjudication and Arbitration: The When and Why in Construction Disputes", **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 75/2, 2009, s. 237; Charrett, s. 208; Basil O. Odigie, "Evolution of Dispute Resolution Mechanism in International Construction Contracts", <https://www.scribd.com/document/261442646/Evolution-of-Dispute-Resolution-Mechanism> Erişim Tarihi 17.12.2020, s. 3-4.

[761] Christopher R. Seppala, "Pre-arbitral Decision of Construction Disputes: The Decision Made by the Engineer", **International Business Law Journal**, Sayı 3, 1991 (1991/3), s. 337.

[762] Seppala (1987), s. 580-581; Seppala (1991/8), s. 1054; Ağaoğlu, s. 116, Stiegler, s. 23; Ataseven, s. 55. Hemen belirtilmelidir ki, Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi bir mühendis değil bir temsilci ataması yaptığından, mühendis ile alakalı olarak yapılan açıklamalar Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi temsilcisi olarak anlaşılmalıdır.

atanan kişi olarak tanımlanmaktadır.[763] Başka bir ifadeyle mühendisin ismi doğrudan sözleşmede yer almakta olup, sözleşmenin imzalanması ile birlikte mühendis atanmış olmaktadır. Kuşkusuz mühendis ile iş sahibi arasındaki hizmet sözleşmesi bundan çok daha önce imzalanmaktadır.

Sözleşmede aksi belirtilmedikçe, mühendisin görev ve sorumluluklarını yerine getirirken vasıflı bir profesyonel olarak, iş sahibi adına hareket ettiği kabul edilmektir.[764] Ancak aşağıda da değinileceği üzere, mühendisin görev ve sorumluluklarını yerine getirirken takdir yetkisini kullandığı durumlarda, iş sahibinin temsilcisi olarak değil, tarafsız ve bağımsız bir profesyonel olarak hareket etmesi gerekmektedir.[765] Bu kapsamda mühendis klasik anlamda iş sahibinin bir çalışanı olmakla birlikte, yüklenici ile iş sahibi arasındaki dengeyi sağlamakta ve anlaşmazlıkların önlenmesinde çok önemli bir rol oynamaktadır. Anlaşmazlıkların ortaya çıkmasından sonra ise mühendis, taraflar arasında bir nevi bağımsız uzlaştırmacı ya da arabulucu olarak hareket ederek tarafların kendi aralarında anlaşmazlığı sonuçlandırmaları için çabalayacak, bunun mümkün olmaması halinde ise bir nevi teknik bilirkişi/uzman olarak anlaşmazlık hakkında karar vererek anlaşmazlığı sonuçlandırmaya çalışacaktır. Bu kapsamda mühendis FIDIC sözleşmeleri kapsamında uyuşmazlık çözümünde ilk basamağı oluşturmaktadır.[766]

Mühendis, bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişilik de olabilir. Mühendisin bir tüzel kişilik olması halinde sözleşme kapsamında mühendis adına hareket etmek üzere mühendis tarafından istihdam edilen bir gerçek kişi atanacak ve yetkilendirilecektir. Bir tüzel kişilik olması durumunda mühendisin, kendisi adına hareket etmek üzere atanan ve yetkilendirilen gerçek kişiyle alakalı olarak sözleşmenin taraflarına bildirimde bulunması gerekmektedir. Söz konusu bildirimin her iki tarafa ulaşmasıyla birlikte yetkilendirme yürürlüğe girmiş olacaktır. Benzer

[763] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.1.35.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.1.35.
[764] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.1.
[765] Seppala (1991/8), s. 1054-1055; Nassar, s. 418-419.
[766] Köksal & Özer, mühendisi bir nevi teknik bilirkişi/uzman olarak nitelendirirken (Köksal & Özer, s. 8), Aitchison, mühendisi bir nevi uzlaştırmacı veyahut da arabulucu olarak nitelendirmektedir (Aitchison, s. 424-425). Ancak kanımızca, mühendis anlaşmazlıkların çözümünde bunların her ikisi gibi de hareket ederek karma bir fonksiyona sahip olduğunun kabulü daha doğru olacaktır.

şekilde yetkilendirmenin iptali halinde de bu hususun sözleşmenin taraflarına bildirilmesi gerekmektedir.[767]

Mühendis ya da mühendisin bir tüzel kişilik olması halinde mühendis adına hareket etmek üzere atanan gerçek kişinin, sözleşme kapsamında mühendis olarak hareket etmek için uygun niteliklere, deneyime ve yeterliliğe sahip profesyonel bir mühendis olması ve ayrıca sözleşmede belirtilen dile iyi derece hâkim olması da gerekmektedir.[768] 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinde mühendisin sözleşmede belirtilen iletişim diline hâkim olması gibi bir zorunluluk bulunmamakta olup, bu koşul ilk kez 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri ile getirilmiştir. Ancak doktrinde, mühendis atanmasına ilişkin olarak öngörülen bu şartın iş sahiplerinin işini zorlaştıracağı ifade edilmektedir.[769]

Mühendis sözleşme kapsamındaki yetkilerini bizzat kendisi kullanabileceği gibi, isterse kendisine bir temsilci atayarak 3.4. madde kapsamında yetkilerini ona da devredebilir. Bu durumda mühendis temsilcisi, inşaat şantiyesinde mühendis adına hareket edecek ve onun yetkilerini kullanacaktır. Mühendis temsilcisi olarak atanacak kişinin de aynı mühendis gibi sözleşme kapsamında mühendis olarak hareket etmek için uygun niteliklere, deneyime ve yeterliliğe sahip profesyonel bir mühendis olması ve ayrıca sözleşmede belirtilen iletişim diline de iyi derece hâkim olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, mühendis temsilcisinin, işlerin şantiyede yürütüldüğü süre boyunca şantiyede bulunması da gerekmektedir. İşlerin yürütülmesi sırasında mühendis temsilcisinin şantiyede geçici olarak bulunamayacak olması halinde, eşdeğer nitelikte, deneyimli ve yetkin bir kişinin mühendis tarafından atanması ve yükleniciye de bu değişiklik hakkında bildirim yapılması gerekmektedir.[770]

Mühendis, temsilcinin yanı sıra kendisine bir veya daha fazla yardımcı da atayabilir. Bu kapsamda mühendis atamış olduğu yardımcılarına birtakım görevler verebileceği gibi, yetkilerinin de bir kısmını devredebilir. Bu durumda mühendisin, tarafların her ikisine de her bir yardımcısına vermiş olduğu görev ile devretmiş olduğu

[767] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.1.
[768] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.1.
[769] Bdaiwi & Skaik, s. 368.
[770] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.2.

yetkileri açıklayan bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendis aynı şekilde taraflara bildirimde bulunarak atama ve yetki devrini de iptal edebilir. Atama ve yetkilendirme ile bunların iptali, ilgili bildirimin her iki tarafa ulaşması ile birlikte yürürlüğe girecektir. Başka bir ifadeyle, atama ve yetki devri ya da bunların iptali her iki tarafa ulaşmadıkça yürürlüğe girmeyecektir. Ancak mühendisin 3.7. madde (Gümüş Kitap bakımından 3.5. madde) kapsamında taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin yetkileri ile düzeltme bildirimine ilişkin 15.1. madde kapsamında ki yetkilerini devretmesi mümkün değildir. Mühendis yardımcısı olarak atanacak kişilerin de aynı mühendis gibi sözleşme kapsamında mühendis olarak hareket etmek için uygun niteliklere, deneyime ve yeterliliğe sahip profesyonel gerçek kişi mühendis olmaları ve ayrıca sözleşmede belirtilen dile de iyi derece hâkim olmaları gerekmektedir.[771]

Her bir mühendis yardımcısının, yalnızca mühendisin yetkilendirme bildiriminde belirttiği görev ve yetkiler dahilinde yükleniciye talimat verme yetkisi bulunmakta olup, yetkilendirme bildirimi kapsamı dışındaki konularla alakalı olarak yükleniciye talimat vermesi mümkün değildir. Bu kapsamda mühendisin yetkilendirme bildirimi sınırları dahilinde yardımcısı tarafından yapılan herhangi bir eylem, bu eylem sanki mühendis tarafından yapılmış bir eylemiymiş gibi sonuç doğuracaktır. Ancak yüklenicinin, mühendis yardımcısı tarafından verilen herhangi bir talimat veya bildirim ile alakalı olarak şüpheye düşmesi halinde, mühendise bir bildirimde bulunarak konuyu ona havale edebilir. Mühendis, yüklenicinin bildirimini aldıktan sonraki 7 günlük süre içerisinde konuyla alakalı olarak yükleniciye herhangi bir yanıt vermezse ya da yardımcısının talimatını/bildirimini değiştirmezse, yardımcısının talimatını/bildirimini onaylamış sayılacaktır.[772]

İş sahibi, temsilcisi konumunda olan mühendisi atama hakkına sahip olduğu gibi, memnun olmaması halinde onu değiştirme hakkına da sahiptir. Bu kapsamda iş sahibi, atamış olduğu mühendisi değiştirmeyi planlıyorsa, öngörülen değiştirme tarihinden en az 42 gün önce (Gümüş Kitap bakımından en az 14 gün önce) yükleniciye, yeni mühendisin adı, adresi ve deneyimi hakkında bir bildirimde

[771] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.4; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.2.
[772] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.4; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.3.

bulunması gerekmektedir. Yüklenici, işbu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde, gerekçeli olarak değiştirmeye yönelik itirazlarını bildirebilir. İş bu süre içerisinde yüklenicinin atanması planlanan yeni mühendise karşı makul itirazlarda bulunması halinde, söz konusu kişi (tüzel kişi veya gerçek kişi) ile mevcut mühendisin değiştirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık yüklenicinin iş bu 14 günlük süre içerisinde değiştirmeye yönelik herhangi bir itirazda bulunmaması halinde ise, değiştirmeyi kabul ettiği farz edilecektir.[773]

Mühendisin ölüm, hastalık, maluliyet veya istifa nedeniyle veyahut da iş sahibine atfedilebilecek herhangi bir kusur olmaksızın görevlerinin herhangi birini yerine getiremeyecek durumda bulunması halinde, iş sahibi yükleniciye sebepleri ile birlikte yeni mühendisin adı, adresi ve ilgili deneyimleri hakkında bildirimde bulunarak derhal yeni bir mühendis atayabilir.[774]

3.2.2.3. Mühendisin Görev ve Sorumlukları

FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap kapsamında, sözleşmenin yerine getirilmesinde mühendis merkezi bir konumda yer almaktadır.[775] Ancak mühendis, yüklenici ve iş sahibi arasında imzalanan inşaat sözleşmesinin tarafı olmayıp, iş sahibinin temsilcisi niteliğindedir. Kural olarak mühendisin görev ve sorumluluklarını yerine getirirken iş sahibi adına hareket ettiği kabul edilmektir.[776] Buna karşılık mühendisin takdir yetkisini kullandığı durumlarda, iş sahibinin temsilcisi olarak değil, tarafsız ve bağımsız bir profesyonel olarak hareket etmesi gerekmektedir.[777] Bu kapsamda mühendis, karar verirken, görüşünü açıklarken ya da onay verirken, yapılan işin değerini belirlerken veyahut da iş sahibi ya da yüklenicinin hak ve yükümlülüklerini etkileyebilecek diğer her türlü eylemde bulunurken sözleşme hükümleri dahilinde tarafsız bir şekilde ve tüm koşulları göz önünde bulundurarak takdir yetkisini kullanması gerekmektedir.[778]

---

[773] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.6; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.1.
[774] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.6.
[775] Godwin, 29.
[776] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.2.
[777] Seppala (1991/8), s. 1054-1055; Nassar, s. 418-419.
[778] Seppala (1991/8), s. 1055.

Mühendis, mühendis temsilcisi ya da uygun yetki devri yapıldığı bir mühendis yardımcısı tarafından, sözleşmeye uygun olmak kaydıyla yükleniciye işlerin yürütülmesi için gerekli olabilecek her türlü talimatı verilebilir. Yüklenicinin de sözleşme ile ilgili herhangi bir konuda mühendis veya mühendis temsilcisi ya da yetkilendirilmiş mühendis yardımcısı tarafından verilen talimatlara uygun hareket etmesi gerekmektedir. Buna karşılık yüklenicinin, ilgili talimatın bir değişiklik talimatı (zira değişiklik talimatı olması halinde daha önce ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 13.3.1. madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir) ya da yürürlükteki kanunlara aykırı veya iş güvenliğini olumsuz etkileyebilecek nitelikte ya da teknik olarak imkânsız olduğunu düşünmesi halinde, söz konusu talimatı yerine getirmeden önce derhal nedenleri ile birlikte mühendise bildirimde bulunabilir. Mühendisin, bu bildirimi aldıktan sonraki 7 günlük süre içerisinde talimatı onaylayan, tersine çeviren veya değiştiren bir cevap vermemesi halinde, mühendisin talimatını iptal ettiği kabul edilecektir. Mühendisin 7 günlük süre içerisinde cevap vermesi halinde ise yüklenici, bu cevaba uyacak ve talimatı yerine getirecektir.[779]

FIDIC sözleşmeleri incelendiğinde, mühendisin taraflar arasındaki uyuşmazlıkları giderme görevinin yanı sıra birçok farklı görev ve sorumluluğunun da bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda mühendisin uyuşmazlıkları giderme haricinde başlıca görev ve sorumlulukları; yapılan iş ve işlemleri test ve kontrol etme, belgeleme, onaylama, emir ve talimat verme, uyarma, bildirim, talep, öneri ve teklifte bulunma gibi gruplara ayrılabilir.[780] Gerçekten de FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisin, yapılan iş ve işlemleri değerlendirerek yükleniciye yapılacak ödemeleri belirleme, gerekli hallerde değişiklik talimatı verme, yapılan iş ve işlemleri tamamen ya da kısmen durdurma veya sona erdirme, yapılan iş ve işlemler için kabul belgesi düzenleme ve taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıkları sona erdirme gibi başlıca bir takım görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Mühendisin takdir yetkisini kullandığı bu gibi durumlarda iş sahibi temsilcisi olarak değil, tarafsız bir profesyonel

[779] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.5; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.4.

[780] Nassar, s. 407; Mao Yihua & Li Qingcheng, “"Breach of Contract" under FIDIC Conditions of Contract for Civil Engineering Construction”, 2010 International Conference on Management and Service Science, 2010, s. 3.

gibi davranması gerekmektedir. Başka bir deyişle, FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisin çift rollü bir fonksiyonu bulunmaktadır.[781]

Mühendis, sözleşme kapsamında ki görev ve sorumluluklarını yerine getirebilmek için gerekli olan tüm yetkiye sahiptir.[782] Bununla birlikte mühendisin sınırsız bir yetkiye sahip olduğundan da bahsedilemez. Mühendisin görev ve sorumluluklarını yerine getirirken sözleşmede öngörülen sınırlar dahilinde hareket etmesi gerekmektedir. Örneğin mühendisin belli bazı yetkileri kullanması iş sahibinin onayına bağlanmışsa, bu durumda mühendisin belirtilen yetkilerini kullanmadan önce iş sahibinin onayını alması gerekmektedir. Ancak, mühendisin uyuşmazlıkların giderilmesine ilişkin 3.7. madde kapsamındaki görev ve sorumluluklarını yerine getirmesi iş sahibinin onayına bağlanması mümkün değildir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, bu durumda mühendis iş sahibi temsilcisi olarak değil, tarafsız bir profesyonel olarak hareket etmektedir. Mühendisin sözleşme kapsamında iş sahibinin onayına bağlı bir yetkiyi kullandığı durumlarda, iş sahibinin hali hazırda onayının bulunduğu farz edilmektedir.[783]

Mühendisin taraflar arasında imzalanan sözleşmeyi değiştirme yetkisi bulunmadığı gibi, sözleşme taraflarından herhangi birisini sözleşmede öngörülen yükümlülüklerinden kurtarması da mümkün değildir. Bu kapsamda yüklenicinin, mühendisin görev ve sorumluluklarıyla alakalı olarak yapmış olduğu herhangi bir kabul, anlaşma, kontrol, belgeleme, yorum, onay, ret, inceleme, denetim, teftiş, talimat, bildirim, toplantı kayıtları, cevap, teklif, değerleme, test veya benzeri işlemlere dayanarak sözleşme kapsamında veya sözleşme ile bağlantılı yükümlülüklerinin sona erdiğini ileri sürmesi mümkün değildir.[784]

Yukarıda da belirtildiği üzere, mühendis, iş sahibi ve yüklenici arasında imzalanmış olan sözleşmeye taraf olmayıp, FIDIC sözleşmelerindeki görev ve sorumluluklarının temelinde iş sahibi ile aralarında imzalamış oldukları hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Bu kapsamda, mühendisin görev ve sorumlulukları hususunda FIDIC sözleşmeleri ile imzalanmış olan hizmet sözleşmeleri arasında birtakım farklılıklar bulunabilmektedir. Örneğin, iş sahibi ile mühendis arasında

[781] Nassar, s. 418-419.
[782] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.1.
[783] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.2.
[784] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.2.

imzalanan sözleşmede mühendise, FIDIC sözleşmelerine nazaran daha az ya da fazla görev ve sorumluluk verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda mühendis, hizmet sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun davranmış iken, FIDIC sözleşmelerindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş ya da tam tersi olmuş olabilir. Bu konuyla alakalı olarak iş sahibi ve yüklenici arasında bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, FIDIC sözleşmelerinde konu ile alakalı herhangi bir hüküm bulunmadığından, uyuşmazlığın uygulanacak hukuk kuralları kapsamında ele alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.2.2.4. Uyuşmazlıkların Tarafların Anlaşmasıyla ya da Mühendisin Kararıyla Sonuçlandırılması

FIDIC tip sözleşmeleri kapsamında öncelikle, tarafların talepleri ve diğer hususlarla alakalı olarak yapmış oldukları başvurularının bir uyuşmazlık haline dönüşmeden, mühendisin tarafları bir araya getirip uygun bir müzakere ortamı sağlayarak müzakere yöntemiyle ya da taraflarla ayrı ayrı görüşerek tarafların anlaşması ile sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle, taraflar arasındaki sorunların sulh yoluyla çözülmesi hedeflenmektedir. Şüphesiz bu en çok arzu edilen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tarafların kendi aralarında anlaşmaya varamamaları durumunda ise, konu mühendise intikal edecektir. Ancak bu durum, mevcut bir uyuşmazlığın mühendis tarafından sonuçlandırılması olarak anlaşılmamalıdır. Zira, FIDIC sözleşmeleri kapsamında teknik olarak uyuşmazlıkların mühendis tarafından çözülmesi mümkün değildir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri kapsamında teknik olarak bir uyuşmazlıktan bahsedilebilmesi için tarafların, talepleri ya da diğer hususlar ile ilgili yapmış oldukları başvurular hakkında bir anlaşmaya varamamaları, bu sebeple de anlaşmazlık konusu ile alakalı olarak mühendis tarafından bir karar verilmiş ve verilen kararın da taraflarca beğenilmemesi sebebiyle 28 günlük süre içerisinde itirazda bulunulmuş olması, yani bir NOD (Notice of Dissatisfaction) bildirimi yapılması ya da mühendis tarafından süresi içerisinde talep terimi kapsamı dışında kalan diğer hususlar ile ilgili yapılan başvurular hakkında bir karar verilmemiş olması

gerekmektedir. Ancak, bu koşulların sağlanması halinde FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlıktan bahsedilebilir.[785]

Bu kapsamda mühendisin müdahalesi teknik olarak uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önceki aşamaya ilişkin olup, ancak mühendisin müdahalesi ile konunun sonuçlandırılamamış olması halinde FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlıktan bahsedilebilir. Başka bir ifadeyle, FIDIC sözleşmeleri kapsamında uyuşmazlık terimi, taraflar arasındaki anlaşmazlık konusu ile alakalı olarak mühendisin kararından sonraki aşamayı ifade etmektedir. Bu sebeple de FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin uyuşmazlıkların çözümünde teknik olarak herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.[786]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin teknik olarak uyuşmazlıkların çözümünde herhangi bir rolü bulunmamasına rağmen, DAAB'a başvurabilmek için mühendise başvuru yapılması zorunluluğu ile 2017 tarihli FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 3.7., Gümüş Kitap'ın ise 3.5. maddeleri gereği talepler ile diğer hususlar hakkında mühendisin vermiş olduğu kararlara karşı süresi içerisinde itiraz edilmemiş olması, başka bir deyişle iş bu kararlara karşı NOD bildiriminde bulunulmaması halinde, bunların kesin ve bağlayıcı bir nitelik kazanacak olmaları ve iş bu kesin ve bağlayıcı kararların gereğinin yerine getirilmemesi halinde doğrudan tahkime götürülebilecek olmaları sebebiyle, söz konusu prosedürün bu kısım altında incelenmesi gerekmektedir.[787]

2017 tarihli FIDIC Kırmız ve Sarı Kitap'ın 3.7. maddeleri ile Gümüş Kitap'ın 3.5. maddesinde, yüklenici tarafından yapılan talepler ile talep terimi dışında kalan diğer hususlarla alakalı başvurular hakkında ikili bir ayrım yapıldığı görülmektedir. FIDIC sözleşmelerinde "*claim*" (talep) teriminin, bir tarafın diğer tarafa iş bu sözleşmenin herhangi bir maddesi kapsamında veya sözleşme ve işlerin yürütülmesi ile bağlantılı olarak ya da bu sözleşmeden doğan herhangi bir hak veya tazminat için

[785] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3. ve 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3. ve 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3 ve 3.5.5. Hemen belirtilmelidir ki, Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi bir mühendis değil bir temsilci ataması yaptığından, Gümüş Kitap kapsamında karar verme yetkisi mühendise değil iş sahibi temsilcisine aittir. Bundan sonra mühendis ile alakalı olarak yapılan açıklamalar Gümüş Kitap kapsamında iş sahibi temsilcisi olarak anlaşılmalıdır.

[786] Kondev, s. 257; Ekşi (2017), s. 186-187; Ekşi (2018), s. 64.

[787] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.4.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.4.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.4.1.

yapılan istem veya talep anlamına geldiği belirtilmektedir.[788] Bu kapsamda tarafların süre uzatım başvurusunda bulunmaları, ek ücret talep etmeleri, herhangi bir belge, tespit, talimat, bildirim, görüş veya değerlendirme ile alakalı konular hakkında yapmış oldukları başvuruların hepsi talep kavramı kapsamında yer almaktadır. Buna karşılık FIDIC sözleşmelerinde "*matter*" olarak ifade edilen "*diğer hususlar"* terimden ne anlaşılması gerektiğine dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Mühendise talep ya da diğer hususlar ile ilgili bir başvuru yapıldığında, mühendisin aşağıda belirtilen prosedürü takip etmesi gerekmektedir. Buna göre; öncelikli olarak mühendis her iki tarafla aynı anda ya da ayrı ayrı görüşerek onları bir anlaşmaya varmaları için teşvik edecektir.[789] Bu görüşmeler sonucunda, mühendisin teklifi ve tarafların kabulü ile farklı bir sürenin belirlenmiş olması halinde iş bu süre içerisinde, böyle bir sürenin belirlenmemiş olması halinde ise 42 günlük süre içerisinde taraflarca bir anlaşmaya varılması amaçlanmaktadır. İş bu sürenin başlangıç tarihi, yapılan başvurunun konusuna göre değişiklik göstermektedir.[790]

Mühendise yapılan başvurunun talep terimi dışında kalan diğer hususlarla (*matter*) ilgili olması halinde, sürenin başlangıç tarihi başvuru hakkında uygulanacak ilgili maddeye göre belirlenecektir. Buna karşılık yapılan başvuru 20.1. (a) ya da (b) maddeleri kapsamında yüklenici tarafından yapılmış bir süre uzatımı ya da ek ücret talebine ilişkinse veyahut da iş sahibi tarafından yapılmış bir kusur bildirim süresinin (*Defects Notification Period – DNP*) uzatımı ya da sözleşme fiyatında indirim yapılmasına yönelik ise, mühendisin 20.2.4. madde kapsamındaki ayrıntılı talebi almasıyla birlikte 42 günlük süre işlemeye başlayacaktır. 20.1. (a) ve (b) maddeleri dışında kalan, belge, tespit, talimat, bildirim, görüş veya değerlendirme gibi talepler bakımından ise, mühendisin 20.1. madde kapsamındaki bildirimi almasıyla birlikte ilgili süre işlemeye başlayacaktır.[791]

Mühendisin teklifi ve tarafların kabulü ile farklı bir sürenin belirlenmiş olması halinde iş bu süre içerisinde, böyle bir sürenin bulunmaması halinde ise 42 günlük süre

[788] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.1.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.1.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.1.3.
[789] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.1.
[790] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3.
[791] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3.

içerisinde istenilen amaç elde edilirse, yani taraflar başvuru hakkında bir anlaşmaya varabilirlerse, mühendis her iki tarafın da imzası bulunan anlaşma metnini taraflara tebliğ edecek, böylece konu teknik olarak bir uyuşmazlığa dönüşmeden sona erdirilmiş olacaktır. Buna karşılık söz konusu süre içerisinde taraflarca bir anlaşmaya varılamaması ya da her iki tarafın da bu süre içerisinde bir anlaşmaya varılmasının mümkün olmadığını belirtmeleri durumunda mühendis, taraflara bu konuda bildirimde bulunduktan sonra derhal kendisi konu hakkında karar vermek için ilgili süreci başlatacaktır.[792]

Bu kapsamda tarafların kabulü ile farklı bir süre belirlenmemiş ise, mühendis 42 günlük süre içerisinde sözleşme doğrultusunda ilgili bütün hususları da dikkate alarak adil bir karar verecek ve vermiş olduğu kararı gerekçesi ile birlikte taraflara bildirecektir.[793]

Taraflardan herhangi birisinin mühendisin vermiş olduğu kararından memnun olmaması halinde ise, ilgili tarafın kararının kendisine ulaşmasından itibaren 28 günlük süre içerisinde karara karşı itiraz etmesi, başka bir deyişle NOD bildiriminde bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda mühendisin kararından memnun olmayan taraf, karşı tarafa ve mühendise nedenleri ile birlikte karardan memnun olmadığına dair bir NOD bildiriminde bulunacaktır. Taraflar mühendisin kararından bir bütün olarak memnun olmayabilecekleri gibi, sadece bir kısmından da memnun kalmayabilirler. Bu kapsamda ilgili tarafın mühendisin kararının sadece belirli bir kısmından memnun olmaması halinde, ilgili kısım ya da kısımların açıkça NOD bildiriminde belirtilmesi gerekmektedir. Süresi içerisinde NOD bildirimi yapıldıktan sonra söz konusu kararın düzeltilmesi için taraflardan herhangi biri, NOD bildiriminde bulunmuş olup olmadığına bakılmaksızın DAAB'a başvurulabilir. Tarafların iş bu 28 günlük süre içerisinde NOD bildirimde bulunmamaları halindeyse, mühendisin kararını kabul ettikleri farz edilecek ve karar taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[794] Mühendisin kararından memnun olmayan tarafın iş bu karara karşı süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunduktan sonraki 42 günlük süre içerisinde

[792] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.1.
[793] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.2.
[794] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

yazılı olarak uyuşmazlığın çözülmesi için DAAB'a başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu NOD bildirimi geçerliliğini yitirecek ve mühendisin kararı taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[795]

Mühendisin süresi içerisinde kararını vererek taraflara bildirmemesi halinde ise, konunun bir talep mi yoksa diğer hususlar ile alakalı yapılmış bir başvuru mu olduğuna bağlı olarak farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Buna kapsamda konunun bir talep olması halinde, mühendisin süresi içerisinde kararını bildirmemesi, talebin reddi olarak kabul edilmektedir.[796] Talebin reddedildiğinin farz edilmesinin bir sonucu olarak, talep sahibi tarafından 28 günlük süre içerisinde NOD bildiriminde bulunulmadıkça, yani iş bu ret kararına itiraz edilmedikçe, talep bir uyuşmazlığa dönüşmeyecektir. Bu sebeple de talep sahibi tarafından 28 günlük süre içerisinde NOD bildiriminde bulunulmaması halinde, iş bu ret kararı kesinleşerek bağlayıcı hale gelecektir.[797]

Diğer hususlar ile alakalı olarak yapılmış bir başvuru hakkında mühendis tarafından süresi içerisinde karar verilerek bu kararın taraflara bildirilmemesi halinde ise, konu kendiliğinden bir uyuşmazlığa dönüşecek ve iş bu uyuşmazlık hakkında karar verilmesi için NOD bildirimine gerek bulunmaksızın doğrudan DAAB'a başvurulabilecektir. Diğer bir deyişle, taleplerden farklı olarak diğer hususlarla ilgili yapılan başvurular hakkında mühendis tarafından süresi içerisinde karar verilerek kararın taraflara bildirilmemesi halinde, konu herhangi bir NOD bildirimine (itiraza) ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden bir uyuşmazlığa dönüşmekte ve iş bu uyuşmazlığın çözülmesi için doğrudan DAAB'a başvurulabilmektedir.[798]

Belirtilen prosedüre uygun olarak taraflarca varılan anlaşmanın ya da mühendis tarafından verilen kararın bildirilmesinden itibaren 14 günlük süre içerisinde mühendis tarafından herhangi bir basım, yazı ya da aritmetik hatanın tespit edilmesi halinde, mühendisin bunu derhal taraflara bildirmesi ve hatayı tespit ettikten sonraki 7 günlük süre içerisinde de düzeltilmiş yeni kararı taraflara iletmesi gerekmektedir. Söz

[795] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.4.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.4.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.4.1.

[796] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3.

[797] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

[798] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.3.

konusu hatanın taraflarca fark edilmiş olması halinde ise fark eden tarafın mühendise ilgili hatayı açıkça belirten bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Mühendisin hata konusunda tarafla aynı görüşte olması halinde bildirimi aldıktan sonraki 7 günlük süre içerisinde düzeltilmiş yeni kararı taraflara bildirecektir. Mühendisin kararda bir hata olduğunu kabul etmemesi halinde ise derhal bu konuda taraflara bilgi verecektir.[799]

Taraflardan herhangi birisi, mühendisin vermiş olduğu düzeltme kararından memnun değilse, kararının kendisine bildirilmesinden itibaren 28 günlük süre içerisinde karara itiraz edebilir. Bu kapsamda karardan memnun olmayan taraf, karşı tarafa ve mühendise nedenleri ile birlikte bir NOD bildiriminde bulunacaktır. Tarafların iş bu 28 günlük süre içerisinde NOD bildirimde bulunmamaları halindeyse, mühendisin kararını kabul ettikleri farz edilecek ve karar taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[800] NOD bildirimi yapıldıktan sonra ise söz konusu kararın düzeltilmesi için 42 günlük süre içerisinde yazılı olarak DAAB'a başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu NOD bildirimi geçerliliğini yitirecek ve mühendisin düzeltme kararı taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[801]

Mühendis tarafından verilen karar 3.7. madde kapsamında düzeltilmedikçe ya da 21. madde kapsamında DAAB veya tahkim yoluyla yeniden incelenip değiştirilmedikçe taraflar bakımından bağlayıcı ve kesin hale gelecektir.[802]

Hemen belirtilmelidir ki, FIDIC sözleşmeleri kapsamında sadece mühendisin vermiş olduğu kararlara karşı DAAB'a başvurulabilir. Buna karşılık tarafların uzlaşmasıyla anlaşmazlığın sonuçlanması halinde iş bu anlaşmaya ilişkin olarak DAAB'a başvurma imkânı kural olarak mümkün değildir. Zira taraflar anlaşmazlık konusu ile alakalı bir uzlaşmaya vararak bir nevi yeni bir sözleşme akdederek anlaşmazlığı sonuçlandırmışlardır. Söz konusu anlaşmanın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, taraflarca yerine getirilmesi gerekmektedir. Söz konusu anlaşmanın yerine getirilmemesi halinde ise, diğer taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Başka bir ifadeyle bu durumda diğer uyuşmazlık çözüm

[799] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.4.

[800] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

[801] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.4.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.4.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.4.1.

[802] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.4.

yöntemleri tüketilmeksizin -konunun öncelikli olarak DAAB tarafından ele alınmasına ya da dostane çözüm yoluna başvurulmasına gerek olmaksızın- doğrudan tahkim süreci başlatılabilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında geçici olarak ya da nihai bir kararla ilgili anlaşmanın uygulanmasına karar verebilir.[803] Buna karşılık uygulanacak hukuk kuralları dikkate alarak taraflar iş bu anlaşmanın geçersiz olduğunu iddia etmeleri her zaman mümkündür. Örneğin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Türk Hukukunun seçilmiş olması halinde, taraflar ilgili anlaşmayla alakalı olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hata, hile ve korkutmaya ilişkin hükümler kapsamında söz konusu anlaşmanın geçersiz olduğunu iddia ederek sözleşmeyi yerine getirmekten pek tabi kaçınabilirler. Bu durumda karşı taraf tahkime başvurarak varılan anlaşmanın geçerliliğinin tespiti ile anlaşmanın ifasını talep edebilir.

Konunun daha iyi anlaşılması için bir örnek vermemiz gerekirse, FIDIC sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin süre uzatım ya da ek ücret ile ilgili bir talepte bulunacak olması halinde, öncelikle yüklenicinin talebe sebebiyet veren olayın meydana geldiğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde olmak kaydıyla mümkün olan en kısa süre içerisinde mühendise başvuruda bulunması gerekmektedir. Söz konusu bildirimin süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılmasının ardından yüklenici, mühendis ile farklı bir süre kararlaştırılmadıkça, talebe sebebiyet veren olay ya da durumundan haberdar olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren 84 günlük süre içerisinde mühendise ayrıntılı talebini sunacaktır. Mühendis ayrıntılı talebin kendisine ulaşmasından itibaren öncelikle konu hakkında tarafların bir anlaşmaya varabilmesi için çabalayacak, buna karşılık taraflar kural olarak 42 günlük süre içerisinde talep hakkında bir anlaşmaya varamazlar ise kendisi konuyu ele alacaktır. Bu kapsamda mühendisin kural olarak 42 günlük süre içerisinde talep hakkında bir karar vermesi gerekmektedir. Mühendisinin yüklenicinin talebini reddetmesi halinde, yüklenici 28 günlük süre içerisinde mühendis ve karşı tarafa ayrı ayrı NOD bildiriminde bulunarak karara itiraz edebilir. Bu durumda talep (*claim*) FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlığa (*dispute*) dönüşmüş olacaktır. Bundan sonra yüklenici uyuşmazlığın çözümü için 42 günlük süre içerisinde

[803] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.

önce DAAB'a başvuracak, DAAB kararından da memnun kalınmaması halinde ise taraflar öncelikle uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözümlemeye çalışacaklar, bunun da mümkün olmaması halinde ise tahkime başvurabileceklerdir.[804]

Daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitap'ın 3.7., Gümüş Kitap'ın ise 3.5. maddesine göre, mühendisin (Gümüş Kitap kapsamından işveren temsilcisinin) anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin görevlerini yerine getirirken işveren temsilcisi olarak değil, tarafsız bir şekilde hareket ederek karar vermesi gerekmektedir.[805]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisin anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin görev ve sorumluluklarının ne zaman sona ereceğine dair herhangi bir açık düzenleme bulunmamakla birlikte, projenin sona erip devralma belgesinin (*Taking-Over Certificate*) düzenlenmesiyle mühendisin görev ve sorumlulukları genel olarak sona ereceğinden, söz konusu hususlaki görev ve sorumluluklarının da biteceği kabul edilmektedir.[806]

Peki iş sahibi tarafından bir mühendis ataması yapılmaması halinde yüklenici doğrudan diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurabilecek midir? Konu eski tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir tahkim yargılaması sırasında ele alınmış olup, yargılamaya konu olayda iş sahibi, bir mühendis ataması yapmaksızın mühendis tarafından yapılması gerekli işleri çeşitli kişi ve kuruluşlara yaptırtmıştır. Taraflar arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık hakkında yüklenici, iş sahibinin mühendis ataması yapmamış olması sebebiyle uyuşmazlığı doğrudan tahkime taşımış, ancak yapılan yargılama sonucunda tahkim mahkemesi, yüklenicinin tahkime başvurabilmek için 67. maddede öngörülen tüketilmesi gerekli aşamaları tüketmediği - öncelikle mühendise başvurmadığı – gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Zira tahkim mahkemesine göre, yüklenici öncelikle iş sahibine bir mühendis ataması yapması için başvuruda bulunması, iş sahibinin bunu açıkça ya da verilen süre içerisinde cevap vermeyerek zımnen reddetmesi halinde, tahkim yoluna başvurması gerekmektedir.[807]

"*Al-Waddan*" kararında ise İngiliz Mahkemesi, yukarıda belirtilen tahkim kararından farklı bir sonuca ulaşmıştır. Gerçekten de söz konusu olayda taraflar

[804] Eksi, 64-65.
[805] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.
[806] Seppala (1991/3), s. 341.
[807] ICC Case No. 6276 ve 6277 [1990].

arasında 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 4. baskısı uygulanmış olup, yüklenici sözleşme kapsamında mühendise müracaat ederek uyuşmazlığı sonuçlandırmasını talep etmiştir. Akabinde iş sahibi tarafından mühendisin görevine son verilip yerine yenisi de atanmadığı için bir sonuca ulaşılamamıştır. Bunun üzerine yüklenici tarafından uyuşmazlık tahkime taşınmıştır. İş sahibi, yüklenicinin tahkime başvurabilmesi için öncelikle mühendise başvurması ve mühendisin de 84 günlük süre içerisinde kararını vermesi gerektiğini, bunun tahkim için tamamlanması gereken bir zorunlu ön koşul olduğunu, söz konusu ön koşul tamamlanmadığı için de hakemin söz konusu uyuşmazlığa bakma yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir menfaat elde edemeyeceği vurgulanarak, iş sahibinin yeni bir mühendis atamayarak üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle iş sahibinin itirazını reddetmiştir.[808]

2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında konu değerlendirilecek olursa, iş sahibi tarafından sözleşmenin kurulmasından itibaren herhangi bir mühendis ataması yapılmaması ya da mevcut mühendisin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesine rağmen yenisinin atanmaması halinde, yüklenicinin ortaya çıkan bir uyuşmazlıkla alakalı olarak doğrudan tahkime başvurup başvuramayacağına ilişkin herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple de konunun sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kanaatimizce evrensel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kuralı dikkate alınarak sonuca gidilmesi yerinde olur. İş sahibi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyerek bir mühendis ataması yapmadığından, doğal olarak yüklenicinin mühendise başvurması da mümkün değildir. Dolayısıyla da iş sahibinin artık yüklenicinin mühendise başvurmadığı, başka bir ifadeyle tüketilmesi zorunlu aşamaları tüketmediğine yönelik itirazda bulunması dürüstlük kuralı gereğince kabul edilemez. İş sahibinin mühendis atamamasının sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Bu sebeple de yüklenicinin doğrudan tahkime başvurabileceğinin kabulü hakkaniyetli bir çözüm olacaktır. Bunun yanı sıra, mühendisin FIDIC sözleşmeleri kapsamındaki kilit rolü göz önünde bulundurulduğunda, iş sahibi tarafından mühendis ataması yapılmaması iş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin önemli derecede ihlali olarak

[808] Al-Waddan Hotel v. Man Enterprise SAL (Offshore) [2014] EWHC 4796 (TCC); [2015] B.L.R. 478. Söz konusu kararın incelemesi için ayrıca bkz. Natalie Wardle, "Condition Precedent 2015: A Bumper Year for FIDIC Decisions", **Construction Law Journal**, Sayı 33/4, 2017, s. 261-262.

değerlendirilerek, yüklenici tarafından sözleşme feshedilebilir. Gerçekten de yüklenici iş sahibine yazılı olarak mühendis atamasını gerçekleştirmemesi halinde 16.2.1. madde kapsamında[809] sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirmesine rağmen, iş sahibi tarafından 14 günlük süre içerisinde halen bir mühendis ataması yapılmaması halinde yüklenici, FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2. maddeleri kapsamında sözleşmeyi feshedilebilir.

3.2.2.5. Taraflarca Varılan Anlaşmanın ya da Mühendis Kararının Yerine Getirilmemesi

Taraflarca anlaşmazlık konusu hakkında bir anlaşmaya varılmış olması ya da mühendis tarafından anlaşmazlığın sonuçlandırılmış olmasına rağmen, söz konusu anlaşmanın/kararın yerine getirilmemesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir uyuşmazlık konusudur. Dolayısıyla konuyla alakalı birden fazla tahkim kararı bulunmaktadır.

Konu ile alakalı olarak bahsedilecek ilk örnekte tahkim mahkemesi, çok ilginç bir karara imza atmıştır. Yargılamaya konu olayda davacı taraf yaşanan bir uyuşmazlık üzerine 67. madde kapsamında mühendise başvurmuş ve mühendis davacı lehine karar vermiştir. Daha sonra tarafların karara itiraz etmemeleri sebebiyle kararın kesinleşmiş olmasına rağmen, davalı tarafça kararın gereği yerine getirilmemiş ve bu sebeple davacı tarafça tahkim yoluna başvurulmuştur. Ancak tahkim mahkemesi tarafından ilgili kararının kesinleşmiş olması sebebiyle aynı hususlara ilişkin karar verilmesinin mümkün olmadığı, davacı tarafın bu kapsamda sadece davalı tarafın ülkesinde yerel yargı yoluna başvurabileceğine hükmedilmiştir.[810] Oysa iş bu kararda da atıf yapılan eski tarihli başka bir tahkim kararında mahkeme, kesin ve bağlayıcı mühendis kararının aynen ifasına hükmetmiştir.[811]

Başka bir örnekte ise, 1994 yılında imzalanan ve 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın esas alındığı iki adet inşaat sözleşmesinde, taraflar arasında süre uzatımı ve ek hak edişlerin ödenmesi ile alakalı bir anlaşmazlık yaşanmıştır. Yaşanan iş bu

[809] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(e); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(e); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(d).
[810] ICC Case No. 7910 [1996].
[811] ICC Case No. 3790.

anlaşmazlık üzerine 1998 yılında yüklenici tarafından 67. madde kapsamında mühendise başvuruda bulunulmuş ve mühendis tarafından yapılan inceleme sonucunda ek hak edişlerin ödenmesine karar verilmiştir. Söz konusu karara karşı yüklenici tarafından itiraz edilerek NOD bildiriminde bulunulmasına rağmen, iş sahibince herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Daha sonra yüklenici tarafından, iş sahibinin kararı yerine getirmediği gerekçesiyle ICC tahkimine başvurularak, mühendisin kararının tedbiren derhal icrasına ve ek hakkedişlerin ödenmesine karar verilmesi talep edilmiştir. İş sahibi, mühendis tarafından verilen kararın taraflar için bağlayıcı olmasına rağmen, söz konusu karara karşı yüklenici tarafından tahkim yoluna başvurulduğunu ve söz konusu başvurunun da halen derdest olduğunu belirterek, kararın infaz edilemeyeceğini öne sürmüştür. Hakem heyeti, söz konusu kararın henüz taraflarca ya da tahkim tarafından iptal edilmediği gibi değiştirilmediğini, bu sebeple de kesin olmamakla birlikte taraflar için bağlayıcı nitelikte olduğunu belirterek, iş sahibinin mühendis tarafından belirlenen hak edişleri faizi ile birlikte ödemesine ve kararın derhal yerine getirilmesine ihtiyati tedbir yoluyla karar vermiştir. Söz konusu kararda ayrıca, tedbir kararı ile mühendisin kararının değiştirilemeyeceği gibi mühendisin kararının daha sonra tahkim kararı ile değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması halinde yapılan ödemenin işverene iade edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.[812]

Konu 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında değerlendirilecek olursa, taraflarca varılan anlaşmanın ya da bağlayıcı olmasına rağmen henüz kesinleşmemiş mühendis kararının yerine getirilmesi ya da getirilmemesine ilişkin olarak 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple de konu ile alakalı olarak doktrin ve uygulamada bir takım kafa karışıklıklarının bulunduğunu söylememiz sanırsak yanlış olmayacaktır. Bu konuda akıllara gelen ilk çözüm yolu şüphesiz yukarıda belirtilen 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap kapsamında verilen karar doğrultusunda taraflarca ilgili kararın infaz edilmesi için doğrudan tahkime başvurulabileceği ve ayrıca hakem ya da hakem heyeti tarafından verilecek bir ihtiyari tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında kararın derhal infazına da hükmedilebileceğidir.

[812] ICC Case No. 10619. Kararın özeti ve yorumu için bkz. Seppala (2008), s. 52-57; Seppala (2009), s. 1-9; Ekşi (2017), s. 208-209; Ekşi (2018), s. 82-83.

Bir diğer çözüm yolu da Singapur Temyiz Mahkemesi'nce Persero 2 kararında ulaşılan benzer yöndeki sonuçtur. İleride Persero 2 kararı ve iş bu karar ile ilgili doktrinde yapılan tartışmalara ayrıntılı olarak yer verilecek olup, söz konusu kararda kısaca, bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş olan DAB kararlarının yerine getirilmemesi halinde, yeniden DAB'a ya da dostane çözüm yoluna başvurulmasına gerek olmaksızın, kararın infazı için doğrudan tahkim yoluna başvurulabileceğine hükmedilmiştir. Bunun yanı sıra söz konusu kararda, hakem ya da hakem heyeti tarafından ihtiyati tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında DAB kararının aynen infazına karar verilebileceği de ifade edilmiştir.[813] Bu konu ile alakalı olarak 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap kapsamında doktrinde yapılan bir değerlendirmede ise, FIDIC sözleşmelerinde DAB'a biçilen rol ile mühendise biçilen roller arasında çok kritik farklılıklar bulunduğu, zira DAB'ın taraflardan bağımsız bir uyuşmazlık çözüm kurulu olmasına rağmen, mühendisin hem iş sahibinin temsilcisi hem de karar verici konumunda olduğu, bu kapsamda bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş mühendis kararlarıyla alakalı olarak Persero 2 kararında varılan sonucun geçerli olmadığı ifade edilmiştir.[814]

Kanaatimizce 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında konunun ikili bir ayrım yapılarak ele alınması gerekmektedir. Tarafların mühendise intikal eden konuyu anlaşmaya vararak sonuçlandırmış olmaları halinde, söz konusu anlaşmanın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın taraflarca yerine getirilmesi gerekmektedir. Zira taraflar konu ile ilgili anlaşmaya vararak bir nevi yeni bir sözleşme akdetmişlerdir ve bu anlaşmaya da uygun bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Söz konusu anlaşmanın yerine getirilmemesi halinde ise 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde de olduğu gibi diğer tarafın doğrudan tahkim yoluna başvurabileceğinin kabulü gerekmektedir. Hatta ve hatta tahkim yargılaması sırasında da hükmedilecek herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında geçici olarak anlaşmanın aynen infazına da karar verebilir.

Tarafların anlaşmaya varamamaları sebebiyle konunun mühendis tarafından sonuçlandırılması halinde ise, kararın kesinleşip kesinleşmediğine bakarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Eğer mühendis tarafından verilen karar kesinleşmiş ise, söz

[813] PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30 (Persore-2).
[814] Harsh Hari Haran, "Understanding the Decision in Persero II in Its Proper Context", **Construction Law Journal**, Sayı 32/8, 2016, s. 818-819.

konusu kararın taraflarca derhal yerine getirilmesi gerekmektedir. Kesinleşmiş mühendis kararının yerine getirilmemesi halinde ise, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tüketilmesine gerek olmaksızın doğrudan tahkim süreci başlatılabilmelidir. Zira mühendisin takdir yetkisini kullandığı durumlarda, iş sahibinin temsilcisi olarak değil, tarafsız ve bağımsız bir profesyonel olarak hareket etmektedir ve tarafların itiraz etmeyerek kesinleştirmiş oldukları bir kararın gereğini de yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu durumda alınacak herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında geçici olarak ilgili kararın uygulanmasına da karar verilebilmelidir. Buna karşılık mühendis tarafından verilen kararın bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş olması halinde ise söz konusu kararın yerine getirilmemesi durumunda doğrudan tahkim yoluna başvurulması mümkün olmayıp, öncelikle DAB sürecinin tamamlanması gerekmektedir.

2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından konu irdelendiğinde ise, önceki tarihli FIDIC sözleşmelerine nazaran daha ayrıntılı ve açık düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda öncelikle başvurunun tarafların anlaşması ile mi yoksa mühendisinin kararı ile mi sonuçlandığına bakarak ikili bir ayrım yapılması gerekmektedir. Tarafların mühendise intikal eden konuyu anlaşmaya vararak sonuçlandırmış olmaları halinde, söz konusu anlaşmanın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, taraflarca yerine getirilmesi gerekmektedir. Söz konusu anlaşmanın yerine getirilmemesi halinde ise, diğer taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Başka bir ifadeyle bu durumda diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri tüketilmeksizin -konunun öncelikli olarak DAAB tarafından ele alınmasına ya da dostane çözüm yoluna başvurulmasına gerek olmaksızın- doğrudan tahkim süreci başlatılabilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında geçici olarak ya da nihai bir kararla ilgili anlaşmanın uygulanmasına karar verebilir.[815]

Tarafların anlaşmaya varamamaları sebebiyle konunun mühendis tarafından sonuçlandırılması halinde ise, kararın kesinleşip kesinleşmediğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Eğer mühendis tarafından verilen karar kesinleşmiş ise, yani 28 günlük süre içerisinde taraflarca NOD bildiriminde bulunulmamış ya da NOD bildiriminde

[815] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.

bulunduktan sonraki 42 günlük sürede DAAB'a gerekli başvuru yapılmamış ise, söz konusu kararın yerine getirilmesi gerekmektedir. Kesinleşmiş mühendis kararının yerine getirilmemesi halinde ise, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tüketilmesine gerek olmaksızın doğrudan tahkim süreci başlatılabilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında geçici olarak ya da nihai bir kararla ilgili kararın uygulanmasına da karar verebilir.[816] Buna karşılık mühendis tarafından verilen kararın bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş olması halinde söz konusu kararın yerine getirilmemesi durumunda doğrudan tahkim yoluna başvurulması mümkün olmayıp, öncelikle DAAB sürecinin tamamlanması gerekmektedir.[817]

Yukarıda belirtilen düzenlemelere ek olarak, 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında taraflarca varılan anlaşmaya ya da kesin ve bağlayıcı nitelikte olan bir mühendis kararının yerine getirilmemesi hem yüklenici hem de iş sahibi için sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilmiş ve sözleşmenin diğer tarafına sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmıştır. Söz konusu düzenlemelerde, iş sahibinin varılan anlaşmaya ya da 3.7. madde kapsamında verilen kesin ve bağlayıcı nitelikte olan bir mühendis kararına aykırı davranması halinde yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür.[818] Bunun için yüklenicinin, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirmesi ve iş sahibinin de iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde kararın gereğini yerine getirmemesi gerekmektedir.[819]

Benzer şekilde yüklenicinin taraflarca varılan anlaşmaya ya da 3.7. madde kapsamında verilmiş kesin ve bağlayıcı nitelikte olan bir mühendis kararının gereğinin yerine getirilmemesi hali de sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilerek, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesine imkan tanınmıştır.[820] Bunun için iş sahibinin öncelikle fesih niyetinde olduğunu yükleniciye bildirmesi ve söz konusu bildirimi alan

[816] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.

[817] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

[818] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(d); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(d); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(c).

[819] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.

[820] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1.(a); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1.(a).

yüklenicinin de bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde kararın gereğini yerine getirmemiş olması gerekmektedir.[821]

3.2.3. Uyuşmazlığın, Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulu (Dispute Avoidance/Adjudication Board – DAAB) Tarafından Sonuçlandırılması

3.2.3.1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinin 1999 tarihinden önceki baskılarında, taraflar arasında sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkları giderme görev ve sorumluluğu öncelikle mühendise ait bulunmaktaydı. Bu kapsamda taraflar öncelikle mühendise başvurarak uyuşmazlığı çözümünü talep ettikten sonra, mühendisin kararından memnun kalmamaları halinde ise uyuşmazlığın nihai olarak sonuçlandırılması için tahkime başvurabiliyorlardı.

Mühendisin iş sahibi tarafından görevlendirilmesi ve sözleşme kapsamındaki birçok iş ve işlemde onun temsilcisi olarak hareket etmesi, sözleşme kapsamında bizzat mühendis tarafından düzenlenen tespit ve belgelere yönelik yapılacak başvurularda da mühendisin kendi belge ve tespitleri hakkında karar verecek olması gibi hususlar, mühendisin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda birtakım kuşku ve soru işaretlerine neden olmuş ve söz konusu eleştiriler doğrultusunda daha sonraki tarihli FIDIC sözleşmelerinde mühendisin uyuşmazlık çözümündeki fonksiyonu sonlandırılarak, uyuşmazlık çözüm kuruluna devredilmiştir.[822] DAB, FIDIC sözleşmeleri kapsamında ilk kez 1995 tarihli Turuncu Kitap'ta bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak tanıtılmış, daha sonra ise 1999 tarihli Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap ile birlikte uyuşmazlık çözümünde zorunlu hale getirilmiştir.

2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında taraflar arasında bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, 21. maddede yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralların uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda, uyuşmazlıkların çözümlenmesi

[821] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.

[822] Luk & Wijedoru, s. 100; Seppala (1997), s. 967-977; Lina, s. 48-49; Tackaberry, s. 237; Charrett, s. 208; Odigie, s. 3-4.

için tarafların öncelikle üyelerini ortaklaşa atadıkları DAAB isimli bir kurula başvurmaları gerekmektedir. DAAB veya önceki adıyla DAB bir tür uyuşmazlık çözüm kurulu olup, FIDIC uyuşmazlık çözüm mekanizmasının en önemli unsurudur.[823] DAAB, FIDIC sözleşmelerine has bir özellik olmakla birlikte, günümüzde diğer birçok tip sözleşmede de kendisine yer bulabilmiştir.[824]

3.2.3.2. DAAB'ın Hukuki Niteliği

DAAB ya da daha önceki tarihli FIDIC sözleşmelerinde ki adıyla DAB, belirtildiği üzere bir tür uyuşmazlık çözüm kuruludur. Uyuşmazlık çözüm kurulları tarafsız profesyonellerden oluşan, proje süresince görev yapmak üzere projenin başlangıcında sözleşme taraflarınca atanan, projenin ilerlemesini takip, uyuşmazlıkların önlenmesi ve çözümü ile görevli bir kurul olarak tanımlanabilir.[825] Uyuşmazlık çözüm kurullarının tavsiyede bulunan, karar verici, hem tavsiyede bulunan hem de karar verici konumunda olan karma nitelikli, daimî (*standing*) ve geçici (*ad hoc*) gibi çeşitli türleri bulunmaktadır.[826]

İnşaat sözleşmelerinin kendine has özellikleri sebebiyle, uyuşmazlıkların olabildiğince çabuk bir şekilde, hata ve hatta mümkünse şantiye ortamında çözülüp, sözleşmenin planlandığı şekilde devamı son derece önemlidir. Bu kapsamda bir inşaat projesinin tamamlanmasından uzun yıllar sonra, yani gerekli delil ve belgeler kaybolduktan ya da yok olduktan veyahut da tanıklara ulaşmanın çok zor olduğu bir aşamada başlayacak ve uzun yıllar sürecek mahkeme veya tahkim süreçlerinin yaşanmaması için özellikle daimî uyuşmazlık çözüm kurullarının oluşturulması son derece önemlidir.[827]

2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21. maddesine göre; uyuşmazlıklar taraflarca ortaklaşa atanan DAAB isimli bir kurul tarafından sonuçlandırılacaktır. 1999 tarihli FIDIC Sarı ve Gümüş Kitap'ta Kırmızı Kitap'tan

[823] Gould & McCrea, s. 141; Taner Dedezade, "Enforcement of DAB Decisions Under the FIDIC Forms of Contract", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022 (2022), s. 161.
[824] Lenz, s. 247.
[825] Taggart, s. 359; Çetinel (2018), s. 174.
[826] Ekşi (2017), s. 189; Ekşi (2018), s. 67; Çetinel (2018), s. 174.
[827] Lenz, s. 251.

farklı olarak DAB üyelerinin atamasının projenin başında değil, taraflardan birinin uyuşmazlık için DAB'a başvurmaya niyetli olduğunu diğer tarafa bildirmesinden itibaren 28 günlük süre içerisinde yapılacağı öngörülüyordu.[828] Doktrin tarafından bu sistem geçici (*ad hoc*) DAB olarak isimlendiriliyor ve bu durum sistemin en önemli avantajı olarak kabul edilen kurul üyelerinin projeye aşina olmasını ve projede çalışan personeli tanımasına engel olduğu, diğer bir deyişle kurulun projenin işleyişinin dışına çıkartıldığı gerekçesiyle eleştiriliyordu.[829] Ancak 2017 yılında yapılan değişiklikler ile DAAB'ın atanmasına ilişkin prosedür ile diğer hususlar Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap bakımından özdeş hale getirilmiştir. Böylece artık Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında yürütülen projelerde de DAAB üyelerinin, sözleşmenin taraflarınca projenin başından itibaren belirli bir süre içerisinde atanması gerekmektedir.[830] Bu kapsamda 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında DAAB, bir tür daimî uyuşmazlık çözüm kurulu olarak düzenlenmiştir.

DAAB her ne kadar başlangıçta taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için tasarlanmış bir kurul olsa da ileride ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, kurulun taraflara tavsiyede bulunma görevi de bulunmaktadır. Buna göre, taraflar anlaşarak herhangi bir uyuşmazlık hakkında kuruldan gayri resmi görüşünü bildirmesini de yazılı olarak talep edebilirler. Bunun yanı sıra, DAAB da taraflar arasında bir sorun ya da anlaşmazlık bulunduğunu fark ettiği takdirde, taraflara kendisine başvuruda bulunarak görüş istemeleri için davette de bulunabilir.[831] Ancak söz konusu tavsiyeler resmi nitelikte olmayıp gayri resmi niteliktedir. Bu sebeple söz konusu tavsiyeler ne taraflar için ne de DAAB için bağlayıcı nitelikte değildir. İleride söz konusu uyuşmazlığın tekrardan kurulun önüne gelmesi halinde, kurul iş bu görüş ile bağlı olmadığından, belirtmiş olduğu görüşten farklı yönde bir karar da verebilir.[832] Söz konusu düzenlemelerden, 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında DAAB'ın niteliği gereği hem tavsiyede bulunabilen hem de bağlayıcı karar verme gücüne sahip, karma nitelikte bir yapıya sahip olduğu anlaşılmaktadır.

---

[828] Sarı Kitap (1999) madde 20.2; Gümüş Kitap (1999) madde 20.2.
[829] Lenz, s. 247; Baker & Lavers, s. 41.
[830] Sarı Kitap (2017) madde 21.1.; Gümüş Kitap (2017) madde 21.1.
[831] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.3.
[832] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.3.

DAAB her ne kadar uyuşmazlık çözümünde görev alan hakem heyeti benzeri bir müessese olsa da bir tür tahkim yargılaması faaliyetini ifa ettiğinin kabulü ile hakem heyeti gibi hareket etmesi mümkün değildir.[833] Bu kapsamda DAAB ve tahkim yargılaması birbirlerinden çok farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Ancak DAAB da aynı tahkim yargılamasında olduğu gibi, adil bir yargılama yapmak, bu kapsamda savunma hakkı ile tarafların eşitliği ilkelerine riayet etmekle yükümlü olduğu belirtilmelidir. Bunun yanı sıra DAAB, FIDIC tarafından hazırlanan usul kurallarını uygulamakla da yükümlüdür.[834]

3.2.3.3. DAAB'ın Oluşumu

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21. maddesine göre, taraflarca sözleşmede belirtilen süre içerisinde, böyle bir tarihin sözleşmede belirtilmemiş olması halinde ise Kırmızı ve Sarı Kitap bakımından yüklenicinin kabul mektubunu almasından, Gümüş Kitap bakımından ise her iki tarafın da sözleşmeyi imzalamasından itibaren 28 günlük süre içerisinde DAAB üyelerinin atamasının yapılması gerekmektedir. DAAB, sözleşmede belirtildiği şekilde bir veya üç üyeden oluşacak olup, üye sayısının sözleşmede belirtilmemiş ve taraflarca da aksi yönde herhangi bir karar alınmamış olması halinde, kurulda üç üye görev alacaktır.[835]

DAAB'ın üç üyeden oluşacak olması halinde, taraflardan her biri diğer tarafın onayına bağlı olarak bir üye atayacak ve bu atanan üyelere danışarak kurula başkanlık edecek olan üçüncü üyeyi birlikte belirleyeceklerdir. Tarafların anlaşması halinde kurul üyelerinin görevleri son verilerek yerlerine yeni üye ataması yapılabileceği gibi, aksi yönde bir anlaşmanın bulunmaması halinde herhangi bir sebeple görevini yerine getiremeyen kurul üyelerinin yerine yeni üye ataması da yapılabilir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede DAAB için öngörülen potansiyel adaylara ilişkin bir listenin bulunması halinde ise, üyelerin herhangi sebeple kurulda görev alamayacak olanlar ile

[833] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.
[834] Ekşi (2017), s. 190; Ekşi (2018), s. 67-68.
[835] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.1.

kurulda görev almayı kabul etmeyenler haricinde, sözleşmede isimleri belirtilen kişiler arasından seçilmesi gerekmektedir.[836]

İlgili tarafın öngörülen süre içerisinde, yani taraflarca sözleşmede belirtilen süre içerisinde, böyle bir sürenin sözleşmede belirtilmemiş olması halinde ise Kırmızı ve Sarı Kitap bakımından yüklenicinin kabul mektubunu almasından, Gümüş Kitap bakımından ise her iki tarafın da sözleşmeyi imzalamasından itibaren 28 günlük süre içerisinde üye atamasını yapmaması ya da üyenin/üyelerin ölümü veya diğer sebeplerle üyenin/üyelerin görevlerini yerine getirememesinden itibaren 42 günlük süre içerisinde yerine/yerlerine yenisinin atanamaması halinde sözleşmede belirtilen kurum ya da organ, taraf ya da tarafların talebi üzerine, taraflara danıştıktan sonra kurul üyesini/üyelerini nihai ve kesin olarak belirleyecektir.[837]

DAAB üyelerinin belirlenmesi sırasında birtakım hususlara özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda DAAB üyelerinin iş sahibi, yüklenici ve bunların personellerinden bağımsız ve tarafsız nitelikte olması gerekmektedir. Üyelerin bu bağımsız ve tarafsızlık kriteri sadece seçim yapılırken değil, seçimden sonra, DAAB süresi boyunca da devam etmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık Önleme/Çözüm Anlaşması (*Dispute Avoidance/Adjudication Agreement-DAA*) imzalandığı sırada ya da imzalandıktan sonra üyelerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını şüpheye düşürecek herhangi bir durumun farkına varılması veyahut da üyelerin tarafsız ve bağımsızlığı ile bağdaşmayan bir olayın ortaya çıkması halinde, ilgili üyenin bu durumu derhal taraflara ve varsa eğer diğer ilgililere yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir.[838]

Yukarıda belirtilenlere ek olarak, DAAB üyelerinin;

- DAA kapsamındaki ödemeler haricinde, inşaat sözleşmesi ya da projeyle ilgili herhangi bir mali çıkarının bulunmaması;

- İş sahibi, yüklenici veya her ikisinin personeli ile mali ya da diğer türlü herhangi bir çıkarının bulunmaması;

[836] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.1.

[837] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.2.

[838] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 3.1., 3.2.

- DAA imzalanmadan önceki son on yıl içerisinde, iş sahibi, yüklenici ya da her ikisinin personeli tarafından danışman olarak veya başka bir şekilde istihdam edilmemiş olması;

- Daha öncesinde sözleşmeyle ilgili olarak hâkim ya da hakem sıfatıyla görev almamış ve de almayacak olması gerekmektedir.[839]

Bunun yanı sıra DAAB üyelerinin DAA imzalanmadan önce, iş sahibi, yüklenici ve eğer varsa diğer ilgililere;

- İş sahibi, yüklenici veya bunların personelinin herhangi bir yöneticisi, işçisi veya çalışanı ile mevcut veya geçmiş mesleki ve kişisel ilişkilerini (başka bir projeden uyuşmazlık çözüm uygulayıcısı olarak görev almak dahil);

- Tarafsız ve bağımsızlığı konusunda şüphelere yol açabilecek durum ve olguları;

- Sözleşmenin bir parçasını oluşturduğu projeye önceki katılımlarını yazılı olarak bildirmesi de gerekmektedir.[840]

DAAB üyeleri, DAAB üyesiyken ve bu süre boyunca;

- İş sahibi, yüklenici ya da bunların her ikisinin personeli tarafından danışman olarak veya başka bir şekilde istihdam edilemeyecekleri gibi,

- İş sahibi ve yüklenici tarafından mutabık kalınan durumlar dışında, iş sahibi, yüklenici ya da bunların personeli ile gelecekteki istihdamlarına ilişkin anlaşma yapamazlar veya bu konuda görüşmede bulunamazlar. Ayrıca DAAB üyeleri, DAA kapsamındaki ödemeler haricinde, iş sahibi, yüklenici veya bunların personellerinden doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir hediye, armağan, komisyon veya değerli başka bir şey isteyemeyecekleri gibi, bunları kabul etmesi ya da alması da yasaktır.[841]

Bunun yanı sıra, DAAB üyelerinin, yüklenicinin sözleşme kapsamında gerçekleştireceği işin türü, inşaat ve mühendislik sözleşmesi belgelerinin yorumlanması konularında deneyimli ve bilgili olması ve ayrıca sözleşmede belirtilen iletişim dilini de akıcı olarak kullanabilmesi gerekmektedir.[842]

Kurul üyeleri yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak belirlenmesinden sonra, kurulun bir ya da 3 üyeden oluşacak olmasına bağlı olarak, iş bu üye ya da

[839] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 4.1.a-b-c-d.
[840] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 4.1.e.
[841] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 4.1.f-g.
[842] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 3.3.

üyeler ile tarafların hep birlikte DAA imzalamaları gerekmektedir. Böylece DAAB'ın oluşumu tamamlanmış olacaktır.[843]

3.2.3.4. DAAB'ın Görev ve Sorumlulukları

3.2.3.4.1. Genel Olarak

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap kapsamında DAAB aslen bir tür uyuşmazlık çözüm kurulu olarak düzenlenmiş olmasının yanı sıra, muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi için bazı durum ve koşullarda tavsiye niteliğinde görüş bildirme görev ve sorumluluğu da bulunmaktadır. Bu kapsamda FIDIC sözleşmeleri kapsamında DAAB'ın bir tür karma nitelikte uyuşmazlık çözüm kurulu olduğu söylenebilir.

DAAB üyelerinin sözleşme ayrıntıları, faaliyetleri ve görevleri kapsamında elde etmiş oldukları bilgi ve belgeleri gizli olarak ele alıp değerlendirmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda önceden taraflardan yazılı izin alınmaksızın üyeler bu bilgi ve belgeleri yayınlayamaz ya da ifşa edemezler. Bunun yanı sıra, iş sahibi, yüklenici ve bunların personelleri de DAAB'ın tüm faaliyetlerini gizli ve özel olarak ele almak zorundadır.[844]

3.2.3.4.2. Görüş Bildirme

FIDIC sözleşmeleri kapsamında DAAB, her ne kadar uyuşmazlıkları gidermekle görevli bir uyuşmazlık çözüm kurulu olarak tasarlanmış olsa da ilk kez 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi konusunda DAAB'a birtakım görevler de yüklenmiş bulunmaktadır. Buna göre, taraflar anlaşarak herhangi bir uyuşmazlık hakkında kuruldan gayri resmi görüşünü bildirmesini yazılı olarak isteyebilirler. Ancak, tarafların tek taraflı olarak DAAB'dan görüş istemeleri mümkün değildir. Bunun için tarafların müştereken ve yazılı olarak kurula başvuruda bulunmaları zorunludur. Ayrıyeten DAAB da taraflar arasında bir

[843] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.1.
[844] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 7.1.

sorun ya da anlaşmazlık bulunduğunu fark ettiği takdirde, taraflara kendisine başvuruda bulunarak görüş istemeleri için davette bulunabilir.[845] Buna karşılık, DAAB faaliyetlerini yürütmek için gerekli olanlar hariç, sözleşmenin yürütülmesi ile ilgili olarak tarafların DAAB üyelerinden tavsiye istemeleri mümkün olmadığı gibi, DAAB üyelerinin de iş sahibine, yükleniciye ya da bunların personellerine tavsiyelerde bulunması mümkün değildir.[846]

Taraflar her zaman bir uyuşmazlık ya da sorun hakkında görüş bildirmesi için DAAB'a yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, mühendisin bir talep hakkında 3.7. madde kapsamındaki görevlerini yerine getirdiği sırada, söz konusu konu ile alakalı olarak tarafların DAAB'dan görüş bildirmesini istemeleri mümkün değildir.[847]

DAAB'ın görüşünü illa yazılı olarak taraflara bildirmesi zorunlu olmayıp, sözlü olarak açıklaması da mümkündür. Ayrıca, söz konusu görüş resmi nitelikte olmayıp gayri resmi niteliktedir. Bu sebeple de ne taraflar için ne de DAAB için bağlayıcı bir niteliğe sahip değildir. İleride söz konusu uyuşmazlığın tekrardan kurulun önüne gelmesi halinde, kurul iş bu görüş ile bağlı olmadığından, açıklamış olduğu görüşten farklı yönde bir karar da verebilir.[848]

Her ne kadar DAAB açıklamış olduğu görüşün resmi nitelikte olmaması sebebiyle bununla bağlı olmasa da doktrinde, DAAB'ın taraflarca önüne getirilen bir husus ya da anlaşmazlık hakkında görüşünü bildirdikten sonra, o konunun bir uyuşmazlığa dönüşüp çözüm için önüne geldiğinde gerçekten tarafsız ve bağımsızlığını koruyup koruyamayacağı konusunda birtakım endişeler dile getirilmektedir. Zira, yeni delil ve emareler sunulmadıkça, DAAB'ın açıklamış olduğu görüşünden farklı yönde bir karar vermesinin düşük bir ihtimal olduğu ifade edilmektedir.[849] Gerçekten de DAAB'ın gerekçelerini ayrıntılı olarak ortaya koymaksızın önceden açıklamış olduğu gayri resmi görüşü ile paralel yönde bir karar

[845] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.3.
[846] FIDIC General Condition of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement, madde 5.1.b ve 6.4.
[847] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.3.
[848] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.3.
[849] Simon Longley, "Dispute Avoidances: FIDIC 2017", **Construction Law Journal**, Sayı 35/6, 2019 (Dispute Avoidances), s. 344-345.

vermesi halinde söz konusu eleştiri bizzat DAAB tarafından desteklenmiş olacaktır. Buna karşılık, doktrinde yer alan karşıt görüşe göre ise, söz konusu düzenleme Uluslararası Ticaret Odası Uyuşmazlık Çözüm Kurallarının (*ICC Dispute Board Rules-2015*)[850] 16. maddesi ile paralel nitelikte olduğu gibi, DAAB bir tahkim mahkemesi niteliğinde olmaması sebebiyle de tahkime ilişkin usul kuralları ile bağlı değildir. Ayrıca DAAB'a gayri resmi nitelikte görüşünü açıklama yetkisi verilmeksizin uyuşmazlıklardan kaçınılması da mümkün değildir.[851]

Bir uyuşmazlık ya da anlaşmazlık hakkında DAAB'a yapılacak yazılı talebin içeriğinde nelerin bulunması gerektiği ya da DAAB'ın uyuşmazlık hakkında gayri resmi görüşünü bildirmek dışında taleple ilgili olarak nasıl hareket edeceği konusunda FIDIC sözleşmelerinde herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Konu ile alakalı olarak DAAB'ın 3.7. madde kapsamında mühendisin yaptığı gibi arabuluculuk tipi bir rol benimsemesinin mümkün olmadığı, zira böyle bir durumun DAAB'ın daha sonra bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar vermesini tehlikeye atabileceği ifade edilmektedir.[852]

3.2.3.4.3. Uyuşmazlıkların Çözümü

DAAB, FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21. maddesi kapsamında bir tür uyuşmazlık çözüm kurulu olarak düzenlenmiştir. DAAB'ın temel görevi, taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşmeyle alakalı ya da işin ifasından kaynaklanan bütün uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaktır. Bu kapsamda DAAB, taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıklar hakkında sözleşmenin yanı sıra, sözleşmede seçilen ya da sözleşmede hukuk seçimi yapılmadığı hallerde kanunlar ihtilafı hükümlerini uygulayarak, uygulanacak hukuku tespit edip, ilgili uyuşmazlığa uygulamak ve uyuşmazlığı sona erdirmekle yükümlüdür.[853]

Taraflar arasında sözleşmeden ya da işlerin yürütülmesine ilişkin herhangi bir anlaşmazlığın çıkması ve 3.7. madde kapsamında tarafların ilgili anlaşmazlık

[850] 2015 tarihli ICC Dispute Board Rules için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/09/icc-dispute-board-rules-english-version.pdf> Erişim tarihi 06.09.2022.
[851] Godwin, s. 205.
[852] Longley (Dispute Avoidances), s. 344.
[853] Ekşi (2017), s. 190; Ekşi (2018), s. 68.

hakkında anlaşmaya varamamaları ve mühendis tarafından verilen karardan memnun olmamaları ya da mühendis tarafından süresi içerisinde anlaşmazlık hakkında herhangi bir karar verilememiş olması halinde, taraflardan herhangi biri, NOD bildiriminde bulunmuş olup olmadığına bakılmaksızın, uyuşmazlıkla ilgili karar vermesi için yazılı olarak DAAB'a başvuruda bulunabilir.[854]

Taraflardan herhangi birisi, mühendisin vermiş olduğu karardan memnun olmaması halinde, mühendisin kararının kendisine bildirilmesinden, mühendisin kararının yukarıda belirtilen usule göre düzeltilmiş olması halinde ise düzeltilen kararının kendisine bildirilmesinden itibaren 28 günlük süre içerisinde karşı tarafa ve mühendise nedenleri ile birlikte bir NOD bildiriminde bulunduktan sonra, söz konusu karara karşı DAAB'a başvuruda bulunulabilir. Tarafların iş bu 28 günlük süre içerisinde NOD bildirimde bulunmamaları, yani karara itiraz etmemeleri halinde ise, mühendisin kararını kabul ettikleri farz edilecek ve karar taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[855]

Mühendisin süresi içerisinde karar vermemesi/verememesi halinde ise, anlaşmazlık konusunun bir talep ya da diğer hususlarla alakalı olmasına bağlı olarak farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda başvuru konusu bir talep ise bu durumda süresi içerisinde mühendisinin kararını bildirmemesi, talebin reddedildiği anlamına gelecek ve süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunulmadıkça DAAB'a başvurulması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, diğer hususlar hakkında yapılmış bir başvuru hakkında mühendisinin süresi içerisinde kararını açıklamaması halinde ise konu herhangi bir başka prosedüre ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden bir uyuşmazlığa dönüşecek ve başvuru sahibi uyuşmazlığın çözümü için doğrudan DAAB'a başvurabilecektir.[856]

Taraflardan herhangi birisi tarafından karara karşı süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunulması halinde, bildirim verilmesinden ya da söz konusu bildirimin muhatabına ulaşmasından itibaren 42 günlük süre içerisinde ilgili tarafça yazılı olarak uyuşmazlığın çözülmesi için DAAB'a başvuruda bulunulması gerekmektedir. Aksi

[854] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.4.

[855] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

[856] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.7.3.

takdirde söz konusu NOD bildirimi geçerliliğini yitirecek ve mühendisin kararı kesinleşecektir.[857]

Tarafların DAAB'a başvuruda bulunmuş olmaları sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerin sona erdiği ya da durduğu anlamına gelmemekte, sözleşme vazgeçilmediği ya da feshedilmediği sürece geçerli olmaya devam etmektedir. Bu sebeple, tarafların bu süreçte de sözleşmeye uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmeye devam etmeleri gerekmektedir.[858]

Yukarıda belirtilen prosedüre uygun olarak, taraflarca herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için DAAB'a başvuruda bulunduğunda, kurul tarafından önerilip taraflarca kabul edilmiş başka bir süre bulunmadıkça, başvuru tarihinden itibaren 84 günlük süre içerisinde kurulun kararını vermesi gerekmektedir.[859] Söz konusu süre, kurul başkanına uyuşmazlık hakkında yazılı olarak başvuruda bulunulması ile başlamaktadır.[860] Ancak, kurul üyelerinden herhangi birisinin ücretinin tam olarak ödenmemiş olması halinde, DAAB söz konusu süre içerisinde karar vermek zorunda değildir. Üyelerinin ücretlerinin tamamen ödenmesinden sonra kurul mümkün olan en kısa süre içerisinde kararını açıklayacaktır.[861]

Hemen belirtilmelidir ki, DAAB sabit bir kural ya da usule uygun davranmak zorunda olmayıp, duruşmanın ya da tahkikatın yürütülmesi gibi hususlarda en uygun usulü benimseyerek kararını açıklayacaktır. Ancak, DAAB'ın sahip olduğu bu serbesti mutlak olmayıp, kurulun adil ve makul bir şekilde hareket etmesi gerektiği gibi, taraflara iddia ve savunmalarını sunması için de makul bir süre tanıması gerekmektedir. Bu kapsamda tarafların biri ya da her ikisinin aksi yönde bir talebi bulunmuyorsa, DAAB sözlü duruşma yapmaksızın dahi kararını verebilir.[862]

Kurul kararını oy çokluğu ile verecektir. Ayrıca kararın gerekçeli olması ve gerekçeli kararın birer suretinin taraflara ve mühendise bildirilmesi gerekmektedir.

---

[857] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.1.

[858]FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.2.

[859] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

[860] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.1.

[861] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

[862] CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33, prf. 47-48.

Söz konusu karar, taraflardan herhangi birisinin karar ile ilgili NOD bildiriminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, her iki taraf için de bağlayıcı nitelikte olacaktır. Mühendisin söz konusu karara uyup uymadığından ise, işveren sorumludur. Söz konusu karar gereğince, taraflardan birisinin diğer tarafa bir ödeme yapması gerekiyorsa, bu miktar herhangi bir belge ya da bildirime gerek olmaksızın derhal muaccel hale gelecektir. Ancak, 21.6. madde uyarınca tahkim yargılaması sonucunda kararın tersine çevrilmesi ihtimaline binaen, borçlu tarafın talebi üzerine ve de alacaklının bu tutarı ileride geri ödeyemeyeceğine dair inandırıcı ve makul gerekçelerin bulunması durumunda, alacaklının DAAB'ın takdirine bağlı olarak bu miktar için uygun bir teminat sunmasına karar verilebilir.[863] Düzenlemede de açıkça ifade edildiği üzere, sadece para ödemesini gerektiren DAAB kararlarına yönelik olarak uygun bir teminata hükmedilebilir. Ancak, uygun teminattan ne anlaşılması gerektiği, teminatın süresi ve teminat masraflarından kimin sorumlu olacağı gibi konularda düzenlemede herhangi bir somut açıklama bulunmamaktadır.[864] Bu kapsamda söz konusu hususlarda takdir tamamen DAAB'a ait olmakla birlikte, DAAB'ın adil ve makul bir şekilde hareket ederek teminatın miktarı, süresi ve teminat masraflarından kimin sorumlu olacağını belirlemesi gerekmektedir.

DAAB tarafından uyuşmazlık hakkında verilen söz konusu karar bir tahkim kararı ile ya da taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile değiştirilmedikçe taraflar için bağlayıcı nitelikte bir karar olacaktır. Bu kapsamda DAAB kararının, geçici bağlayıcı nitelikte bir karar olduğu belirtilmektedir. Buna göre, taraflardan herhangi birisi verilen karardan memnun olmasa bile söz konusu kararı derhal yerine getirmek zorunda olup, aksi takdirde sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır. Bu durum teknik olarak DAAB kararlarının geçici kesin ve bağlayıcı etkisi (*temporarily final and binding effect*) olarak ifade edilmektedir.[865]

DAAB gücünü taraflar arasında imzalanan sözleşmeden almaktadır. Bu sözleşmede taraflar, DAAB kararını yerine getirecekleri konusunda karşılıklı olarak

[863] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

[864] Gordon L. Jaynes, "FIDIC Guidance Memorandum Dated April 1, 2013 to User of the 1999 Conditions of Contract", **Construction Law Journal**, Sayı 31/7, 2015, s. 416-417.

[865] Bunni (2005), s. 5; Gould (2012), s. 450.

anlaşmaktadırlar. Bu sebeple de kaybeden tarafın DAAB kararını yerine getirmemesi bir nevi sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.[866]

DAAB'ın süresi içerisinde karar verememesi ya da verilen karardan taraflardan birinin memnun olmaması halinde, ilgili tarafın söz konusu karardan memnun olmadığını 28 günlük süre içerisinde diğer tarafa bir NOD ile bildirmesi, yani karara itiraz etmesi gerekmektedir. 28 günlük süre kararın tebliğ ya da kurul tarafından karar verilmesi gereken sürenin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Söz konusu bildirimde, bildirimin 21.4. madde kapsamında yapıldığı ve uyuşmazlık konusu ile karardan memnun olunmama nedenlerinin de yer alması gerekmektedir. Aksi takdirde tarafların söz konusu karara karşı tahkim yoluna başvurmaları mümkün değildir. Kurul tarafından verilen karara karşı 28 günlük süre içerisinde tarafların karardan memnun olmadıklarına dair bir NOD bildirimde bulunmamaları halinde, karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecek, diğer bir deyişle uyuşmazlık DAAB kararı ile sonuçlanmış olacaktır.[867] Ancak, DAAB kararına karşı bir NOD bildiriminde bulunulmuş olmasının, yani söz konusu karara taraflardan herhangi biri tarafından itiraz edilmiş olmasının, kararın bağlayıcılığına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu durumda dahi DAAB kararının taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklı bir yaptırım gücü bulunmaktadır.

DAAB'ın 21.4.3. madde kapsamında öngörülen süre içerisinde (kurul tarafından önerilip taraflarca kabul edilmiş farklı bir sürenin bulunmaması halinde 84 gün) karar verememesi ve tarafların hiçbirisinin de 28 günlük süre içerisinde NOD bildiriminde bulunmaması halinde ne olacağı konusunda maalesef FIDIC sözleşmelerinde bir boşluk bulunmaktadır. Gerçekten de mühendisin süresi içerisinde karar verememesi durumundan farklı olarak, FIDIC sözleşmelerinde DAAB'ın öngörülen süre içerisinde kararını vermemesi/verememesi halinde uyuşmazlığın kabul ya da reddedilmiş sayılacağına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda kanaatimizce uyuşmazlık çözümüne ilişkin prosedürün en baştan yeniden başlatılması yerinde olacaktır. Ancak FIDIC sözleşmeleri kapsamında ilgili başvurunun süre uzatımı ya da ek ücret talebinde olduğu gibi bir süreye bağlı olması

[866]Gould (2012), s. 449; Gould & McCrea, s. 130-131.
[867] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.4.

halinde, başvurunun süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle yeni yapılan başvurunun reddi gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, DAAB kararına karşı 28 günlük süre içerisinde NOD bildiriminde bulunulmaması halinde, karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecektir. Zira, söz konusu süre bir ön koşul (*condition precedent*) olup, kesin ve bağlayıcı niteliktedir. Bu sebeple de iş bu süre geçtikten sonra DAAB kararı kesin ve bağlayıcı hale gelecektir. Ancak, İngiliz hukuku bakımından konu tartışmalı olup, bir takım aksi görüşler ileri sürülmektedir. Söz konusu aksi görüşe göre, İngiliz Hukuku'nda belirlenen bir süreye uyulmaması sebebiyle sözleşmede öngörülen bir hakkın kaybedilebilmesi için, belirlenen süre içerisinde ilgili işlemin yerine getirilmemesi halinde söz konusu hakkın kaybedileceğine yönelik çok açık ve net bir ifadenin bulunması gerekmektedir.[868] Karşıt görüşe göre ise, İngiliz Hukuku bakımından da bu tarz zaman kısıtlamaları geçerlidir ve uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku'nun seçildiği sözleşmelerde de iş bu 28 günlük süre bir ön koşul olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple de iş bu sürenin geçirilmesi halinde talep hakkı sona erecek olup, DAAB kararı kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.[869]

Yukarıda değinilen farklı görüşlerden anlaşılabildiği üzere, konunun İngiliz Hukuku bakımından tartışmalı olması sebebiyle, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku'nun seçilmiş olduğu durumlarda, söz konusu hususa dikkat edilerek, sözleşmede belirtilen sürelerin kesin ve bağlayıcı olduğu, belirlenen sürelere uyulmaması halinde ilgili hakkın sona ereceğine dair birtakım açık ve net ifadelerin eklenmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

NOD bildirimi yapıldıktan sonra ise uyuşmazlık çözümünde bir sonraki basamağa geçiş yapılacak ve taraflar aralarındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülebilmesi için öngörülen 28 günlük sürenin dolması beklenecektir. Hemen belirtilmelidir ki FIDIC sözleşmeleri kapsamında dostane çözüm süreci için 28 günlük

[868] Bremer Handelsgesellschaft mbH v. Vanden Avenne Izegem PVBA [1978] 2 Lloyd's Rep 109 (HL). İngiliz Hukuk doktrinde de süre uzatımı ve ek ödeme talepleri için öngörülen 28 günlük başvuru süresi ile alakalı benzer görüşler ileri sürülmüş olup, söz konusu görüşlere göre; İngiltere yasalarında genellikle, inşaat sözleşmelerinde öngörülen zaman çizelgeleri zorunlu olmaktan ziyade yol gösterici niteliktedir, bu sebeple de ön görülen sürelerin geçirilmesi halinde ilgilinin hakkını kaybedeceğine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması halinde bu süreler bir ön koşul (*condition precedent*) olarak değerlendirilemezler ve dolayısıyla da ön görülen başvuru süresi geçtikten sonra da taraflar talep de bulunabilir (Gould (Budapest), s. 6).

[869] Godwin, s. 183

sürenin dolması, tahkime başvurabilmek için tüketilmesi zorunlu bir prosedür olmakla birlikte, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, söz konusu uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için tarafların herhangi bir girişimde bulunmasına gerek bulunmamaktadır. NOD bildirimi verildikten 28 gün sonra taraflar tahkim prosedürünü başlatabilirler.[870] Taraflar kendi aralarında anlaşma yaparak belirtilen 28 günlük süreyi uzatıp kısaltabilirler. Hatta ve hatta taraflar uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için görüşme yaparken dahi belirtilen 28 günlük sürenin dolmasından evvel kendi aralarında anlaşarak iş bu süreyi uzatıp kısaltabilirler.[871]

İş bu 28 günlük süre bir yatışma süresi (*cooling off period*) olarak öngörülmektedir. Böylece tarafların, uzun ve pahalı tahkim yargılamasına başvurmadan önce bir müddet bekleyerek DAAB kararını nesnel bir şekilde değerlendirebilmelerine ve aralarında müzakerelerde bulunarak uyuşmazlığı dostane bir şekilde sonuçlandırabilmelerine imkân tanınmak istenmektedir.[872]

Dostane çözüm girişimleri sonucunda taraflarca DAAB kararı tamamen veya kısmen kabul edilebileceği gibi söz konusu kararın tamamen veya kısmen değiştirilmesi de mümkündür. DAAB kararının olduğu gibi ya da değiştirilerek kabul edilmesi halinde, söz konusu karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecektir. Buna karşılık DAAB kararının kısmen kabul edilmesi halinde, sadece taraflarca kabul edilen kısım kesin ve bağlayıcı hale gelecek, diğer kısım ise tahkim yoluyla nihai olarak karara bağlanacaktır.[873]

Gerek 2017 tarihli, gerekse de önceki tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında tarafların tahkime başvurabilmesi için öngörülmüş azami bir süre bulunmamaktadır. Yani karardan memnun olmayan tarafın kararın kendisine tebliğinden ya da kurul tarafından karar verilmesi gereken sürenin sona erdiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde gerekli NOD bildiriminde bulunduktan sonra, istediği zaman tahkime başvurabilir. Bu durumun 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında, DAB kararı aleyhine olan tarafın tahkime başvurmasını geciktirmekteyken, karar lehine olan

[870] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.5; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.5.

[871] Mohamed-Asem U. Abdul-Malak & Sıba J. Jaber, "Opportunities for Attempting Amicable Settlement Along the Claim/Dispute Timeline", **Interaction Between Theory and Practice in Civil Engineering and Construction,** (Ed. R. Komurlu & A.P. Gurgun & A. Singh & S. Yazdani) 2016, s. 396-397.

[872] Charrett, s. 208; Godwin, s. 205-206.

[873] Ekşi (2017), s. 206; Ekşi (2018), s. 79-80.

tarafın ise bir an önce tahkime başvurmak zorunda bıraktığı, bu sebeple, FIDIC sözleşmelerinde DAB kararına karşı tahkim yoluna başvurabilmek için bir azami sürenin belirlenmesi ve iş bu süre içerisinde tahkim yoluna başvurulmaması halinde, iş bu DAB kararının kesin ve bağlayıcı hale geleceğine dair bir düzenleme yapılması gerektiği eleştirilerine sebep olmuştur.[874]

Kanaatimizce 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından iş bu eleştiri son derece haklıdır. Zira ileride de ayrıntılı olarak değinileceği üzere, 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş DAB kararlarının yerine getirilip getirilmeyeceği konusu gerek doktrinde gerekse de uygulamada çok büyük tartışmalara neden olmaktaydı. Bu sebeple de 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında DAB kararına karşı tahkime başvurmak için azami bir sürenin öngörülmesi son derece yerinde bir hareket olacak, böylece DAB kararlarının yerine getirilmesinin engellenmesine yönelik kötüniyetli eylemlerin önüne geçilmiş olacaktı.

Konu 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında değerlendirilecek olursa, kanaatimizce bu tarz bir azami sürenin belirlenmesine gerek yoktur. Zira ileride ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, DAAB tarafından uyuşmazlık hakkında verilen kararlar bir tahkim kararı ile ya da taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile değiştirilmedikçe, taraflar için bağlayıcı nitelikte olacaktır. Taraflardan herhangi birisinin karar ile ilgili NOD bildiriminde bulunup bulunmamasının bu konuda herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Söz konusu karar gereğince taraflardan birisinin diğer tarafa bir ödeme yapması gerekiyorsa, bu miktar herhangi bir belge ya da bildirime gerek olmaksızın derhal muaccel hale gelecektir. Ancak 21.6. madde uyarınca tahkim yargılaması sonucunda kararın tersine çevrilmesi ihtimaline binaen, borçlu tarafın talebi üzerine ve de alacaklının bu tutarı ileride geri ödeyemeyeceğine dair inandırıcı ve makul gerekçelerin bulunması durumunda, alacaklının DAAB'ın takdirine bağlı olarak bu miktar için uygun bir teminat sunmasına karar verilebilir.[875] Taraflardan herhangi birisi tarafından, kesinleşmiş olup olmadığı önemli olmaksızın bir DAAB kararının gereği yerine getirilmezse, karşı taraf doğrudan tahkime yoluna başvurabilir. Bu durumda DAAB'a yeniden bir başvuru yapılmasına gerek olmadığı

[874] Ekşi (2017), s. 191; Ekşi (2018), s. 68.
[875] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

gibi, dostane çözüm yollarına başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, DAAB kararının infazına karar verebileceği gibi, infaz kararında ayrıca bir tazminata da hükmedilebilir.[876]

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde tahkime başvurmak için bir azami sürenin belirlenmesi gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Zira, DAAB kararları verildiği anda, taraflarca kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, derhal yerine getirilmesi gerekmekte olup, bu durumda karar lehine olan tarafın herhangi bir kaybı olmayacak, tam tersine karar aleyhine olan taraf derhal tahkim sürecini başlatmak zorunda kalacaktır. Bu sebeple de 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde tahkime başvurmak için azami bir sürenin belirlenmemesinin pratik açıdan herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Ayrıca, her ne kadar FIDIC sözleşmelerinde tahkime başvurulabilmesi için azami bir süre öngörülmemiş olsa bile, sözleşmeye uygulanacak hukukta buna ilişkin bir düzenleme varsa, söz konusu düzenlemenin uygulanması gerekeceğinden, taraflarca uygulanacak hukukta öngörülen azami süre içerisinde tahkim başvurusunun yapılması gerekmektedir.[877]

FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21.4.4. maddeleri dikkate alındığında, ilgili uyuşmazlıkla alakalı olarak sadece NOD bildiriminde bulunan taraf değil, diğer taraf da tahkime başvurabilir. Zira, FIDIC sözleşmelerinde DAAB kararına karşı NOD bildiriminde bulunduktan sonra tahkim yoluna başvurabilmek için öngörülmüş bir azami sürenin bulunmaması sebebiyle, NOD bildiriminde bulunan tarafın tahkim sürecini başlatmayı geciktirmesi halinde, bildirimde bulunmayan taraf da gecikmenin yarattığı belirsizliği ortadan kaldırmak için tahkime başvurabilir.[878]

Taraflardan herhangi birisinin, DAAB tarafından verilmiş olup, kesinleşip bağlayıcı hale gelen bir kararı yerine getirmemesi halinde, diğer taraf, NOD bildirimine ya da uyuşmazlığın dostane çözümü hususunda girişimde bulunmasına gerek olmaksızın 21.6. madde kapsamında doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Bu gibi durumlarda, hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak,

[876] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.
[877] Seppala (1997), s. 975.
[878] Godwin, s. 206-207.

ihtiyati tedbir veya diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında ya da nihai bir kararla, söz konusu DAAB kararının aynen uygulanmasına karar verebilir.[879]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, DAAB her ne kadar uyuşmazlık çözümünde hakem heyeti benzeri bir müessese olarak tahkim yargılamasına benzer bir faaliyetinde bulunsa da DAAB ve tahkim yargılaması birbirlerinden farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleridir ve dolayısıyla da DAAB kararlarının bir tür tahkim kararı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. DAAB kararları bir tahkim kararı olarak değerlendirilemeyeceklerinden, bunların tahkim kararlarının tabi olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi kapsamında tanınması ve tenfizi, başka bir deyişle infazı mümkün değildir.[880] DAAB kararları taraflar arasında imzalanan sözleşme uyarınca taraflar için bağlayıcı olmakla birlikte, söz konusu kararların infazına yönelik herhangi uluslararası sözleşme ya da hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu sebeple, DAAB kararlarının infazı her bir ülke hukukuna göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmekle birlikte,[881] genel olarak taraflarca yerine getirilmemesi halinde ilgili tarafın kararın infazı için tahkime başvurmaktan başka çaresi bulunmadığı söylenebilir.

Türk Hukuku bakımından kesin ve bağlayıcı nitelikteki DAAB kararlarının mahkeme veya hakem kararı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra DAAB kararları 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesinde sayılan belgelerden birisi de değildir. Söz konusu sebeplerle kesinleşmiş DAAB kararları ancak ve ancak ilamsız icra yoluyla infazı istenebilir.[882]

3.2.3.5. DAAB/DAB Kararlarının Yerine Getirilmesi

3.2.3.5.1. Bağlayıcı Nitelikte Olup da Henüz Kesinleşmemiş DAAB/DAB Kararlarının Yerine Getirilmesi

Eski tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında DAB kararları ile ilgili olarak yapılan en önemli tartışma konusu şüphesiz, taraflardan birisi veya her ikisi tarafından DAB kararına karşı NOD bildiriminde bulunulması halinde, yani bağlayıcı olmakla

[879] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.
[880] Gould (2012), s. 449 ve 470; Odigie, s. 7; Dedezade (2022), s. 162.
[881] Gould & McCrea, s. 131.
[882] Ekşi (2017), s. 205; Ekşi (2018), s. 79.

birlikte henüz kesinleşmemiş DAB kararlarının tahkim kararı ile infazının mümkün olup olmadığı konusuydu. Söz konusu tartışmaya olumlu cevap verilmesi halinde ise bu sefer de DAB kararına uyulmamasının yeni bir uyuşmazlık konusu olarak kabul edilip edilemeyeceği, başka bir deyişle DAB kararının icrası için öncelikle DAB'a yeniden bir başvuru yapılıp, ilk kararının yerine getirilmesi için karar alındıktan ve dostane çözüm yolu tüketildikten sonra mı, yoksa yeni bir DAB süreci başlatılmasına gerek olmaksızın doğrudan tahkime mi başvurulması gerektiği konusu tartışmaları beraberinde getirmekteydi.

Söz konusu hususlar incelenirken 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri ile eski tarihli, özellikle de 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri yayınlanmış olmalarına rağmen, FIDIC tip sözleşmeleri emredici ya da bağlayıcı mevzuat niteliğinde olmayıp, tavsiye niteliğinde sözleşmeler olmaları sebebiyle, sonradan çıkan baskılar önceki baskıları geçersiz kılıp yürürlükten kaldırmadıkları için önceki baskılar, özellikle de 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri halen yaygın bir şekilde kullanılmaya devam edilmektedir.[883] Hatta ve hatta 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri günümüzde halen en çok kullanılan FIDIC sözleşmeleri olma unvanını korumaktadırlar. 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından ise, konu ile ilgili birtakım önemli değişiklikler yapılarak iş bu tartışmaların sonlandırılmak istenildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple de konunun 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri ile önceki tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi gerekmektedir.

3.2.3.5.2. 1999 Tarihli FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Bağlayıcı Nitelikte Olup da Henüz Kesinleşmemiş DAB Kararlarının Yerine Getirilmesi

1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında bağlayıcı nitelikte olup da henüz kesinleşmemiş DAB kararlarının yerine getirilip getirilemeyeceği ve bunun usulü konusu doktrin ve uygulamada ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Konu ile alakalı olarak tarafımızca da benimsenen doktrinde yer alan ilk görüşe göre; 1999 tarihli

[883] Köksal & Özer, s. 166; Ekşi (2018), s. 60-62.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.4. maddesi gereğince DAB kararı tahkim yargılaması sonucunda ya da taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile değiştirilmedikçe taraflar için bağlayıcı nitelikte olduğundan, kesinleşmemiş olmakla birlikte bağlayıcı DAB kararlarının taraflarca yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, taraflarca doğrudan tahkime başvurularak kararın icrası talep edilebileceği gibi, hakem heyeti tarafından da DAB kararının derhal icrasına karar verilebilir. Başka bir deyişle, DAB kararına uyulmaması yeni bir uyuşmazlık konusu olarak kabul edilemez. Bu sebeple de DAB kararının icrası için yeniden DAB'a başvuru yapılmasına gerek olmaksızın, doğrudan tahkim yoluna başvurulmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.[884]

Diğer görüşe göre ise, 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 20.7. maddesinin uygulanmasına ilişkin bir hukuki boşluk bulunmaktadır. Zira, söz konusu maddede bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş DAB kararlarının yerine getirilmemesi halinde, kararın infazı için tahkime başvurulup başvurulamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple de DAB kararının kesinleşip kesinleşmediğine bakılarak ikili bir ayrım yapılması gerekmektedir. Eğer DAB kararı kesinleşmemiş ise, karara uyulmaması yeni bir uyuşmazlık konusu olarak kabul edilmeli ve bu sebeple de yeniden DAB'a başvurularak ilk kararın icrası talep edilmelidir. Buna karşılık kesinleşmiş bir DAB kararının yerine getirilmemesi halinde söz konusu durum yeni bir uyuşmazlık konusu olarak kabul edilemez ve bu sebeple de yeniden DAB'a başvuruda bulunulmasına gerek olmaksızın doğrudan tahkim yoluna başvurulabilir.[885]

---

[884] Christopher R. Seppala, "International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts", **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Sayı 19/2, 2008 (2008), s. 52-57; Christopher R. Seppala, "An Engineer's/Dispute Adjudication Board's Decision Is Enforceable by An Arbitral Award", **White & Case,** Aralık 2009 (2009), s. 1; Edward Corbett, "Moment of Decision? The Future of Dispute Boards Under the FIDIC Forms and Beyond", **Construction Law International**, Sayı 4/3, 2009 (2009), s. 20; Christopher R. Seppala, "Sub-clause 20.7. of the FIDIC Red Book Does Not Justify Denying Enforcement of a Binding DAB Decision", **Construction Law International**, Sayı 6/3, Ekim 2011 (2011), s. 20; Christopher R. Seppala, "How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case", **White & Case,** Nisan 2012 (2012), s. 4-8; Christopher R. Seppala, "An Excellent Decision from Singapore Which Should Enhance the Enforceability of Decisions of Dispute Adjudication Boards – the Second Persore Case Before the Court of Appeal", **Construction Law Journal,** Sayı 31/7, 2015 (2015), s. 367-374.

[885] Bunni **(**2005**)**, s. 9-14; Taner Dedezade, "Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decision under the 1999 FIDIC Condition of Contracts", **International Arbitration Law Review**, Sayı 15/4, 2012 (2012), s. 147-148.

Taraflarca DAB kararının icrasına yönelik olarak tahkime başvurulması halinde, hakem heyeti tarafından ihtiyati tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında DAB kararının icrasına karar verilmesinde ise herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hakem heyeti geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında DAB kararının icrasına karar verebilir.[886]

DAB kararının kesinleşmiş olması halinde, tahkim heyetinin kesinleşmiş bir DAB kararını yeniden ele alarak değerlendirip değerlendiremeyeceği, başka bir ifadeyle DAB kararını esastan inceleyip inceleyemeyeceği konusu da doktrinde tartışmalıdır. Tarafımızca da benimsenen ilk görüşe göre, DAB kararının kesinleşmiş olması halinde, tahkim heyetinin kesinleşmiş bir DAB kararını yeniden ele alarak değerlendirmesi ya da değiştirmesi mümkün değildir. Bu sebeple de heyet DAB kararını esastan inceleyemeyeceği gibi, diğer tarafın buna yönelik taleplerini de reddetmesi gerekmektedir.[887]

Diğer görüşe göre ise, Kırmızı Kitap'ın 20.7. maddesinde, 20.6. maddeye atıf yapılmış olması sebebiyle, hakem heyeti buna dayalı olarak kesinleşmiş ve bağlayıcı nitelikte olan DAB kararlarını da esastan inceleyerek değiştirebilir. Bunun yanı sıra, hakem heyeti dilerse DAB kararının esasına yönelik değerlendirmesini sonraya bırakarak, öncelikle DAB'ın yargılama yetkisine yönelik kısa bir incelemede bulunarak, kararın esasını incelemeksizin ihtiyati tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında kararın infazına da karar verebilir.[888]

Ulusal mahkemeler ile tahkim kararları incelendiğinde de benzer yönde farklı kararların bulunduğu görülmektedir. Örneğin, 1994 yılında imzalanan ve 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın esas alındığı iki adet inşaat sözleşmesinde, taraflar arasında süre uzatımı ve ek hak edişlerin ödenmesi ile alakalı çıkan anlaşmazlık üzerine, 1998 yılında yüklenici tarafından 67. madde kapsamında mühendise başvuruda bulunulmuş ve mühendis tarafından yapılan inceleme sonucunda ek hak edişlerin ödenmesine karar verilmiştir. Söz konusu karara karşı yüklenici tarafından itiraz edilerek NOD bildiriminde bulunulmasına rağmen, iş sahibi tarafından herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Daha sonra yüklenici tarafından, iş sahibinin kararı yerine getirmediği gerekçesiyle ICC tahkimine başvurularak, mühendisin kararının tedbiren

[886] Dedezade **(**2012**)**, s. 153-155.
[887] Dedezade **(**2012**)**, s. 147-148.
[888] Gould **(**2012**)**, s. 451-452; Ekşi (2017), s. 212-213; Ekşi (2018), s. 86-87.

derhal icrasına ve ek hakkedişlerin ödenmesine karar verilmesi talep edilmiştir. İş sahibi, mühendis tarafından verilen kararın taraflar için bağlayıcı olmasına rağmen, söz konusu karara karşı yüklenici tarafından tahkim yoluna başvurulduğunu ve söz konusu başvurunun halen derdest olması sebebiyle, kararın infaz edilemeyeceğini öne sürmüştür. Hakem heyeti, söz konusu kararın henüz taraflarca ya da tahkim tarafından iptal edilmediği gibi değiştirilmediğini, bu sebeple de kesin olmamakla birlikte taraflar için bağlayıcı nitelikte olduğunu belirterek, iş sahibinin mühendis tarafından belirlenen hak edişleri faizi ile birlikte ödemesine ve kararın derhal yerine getirilmesine ihtiyati tedbir yoluyla karar vermiştir. Söz konusu kararda ayrıca, tedbir kararı ile mühendisin kararının değiştirilemeyeceği gibi mühendisin kararının daha sonra tahkim kararı ile değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması halinde yapılan ödemenin işverene iade edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.[889]

Her ne kadar söz konusu karar 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'a ilişkin ve mühendis tarafından verilen bir karar ile alakalı olsa da doktrinde, 1987 tarihli Kırmızı Kitap'ın 67. maddesi ile 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 20. maddelerinin lafızlarının esasta aynı olmaları sebebiyle, söz konusu kararın 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 20. maddeleri kapsamında verilen DAB kararlarının icrası açısından da geçerli olduğu ileri sürülmektedir.[890]

Başka bir ICC tahkim kararına konu olan olay da ise, taraflar arasında 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap esas alınarak bir inşaat sözleşmesi imzalanmıştır. İnşaat sözleşmesinin ifası ve ücret alacağı ile alakalı olarak çıkan uyuşmazlık üzerine DAB'a başvuruda bulunulmuş ve DAB yapmış olduğu inceleme sonucunda inşaat sözleşmesinin ifası hakkında 1, ücret alacağına ilişkin olarak ise 2 ve 3 numaralı kararları vermiştir. İnşaat sahibi söz konusu kararlar ile alakalı olarak NOD bildiriminde bulunmuş ve hükmedilen meblağı da ödememiştir. Bunun üzerine yüklenici 2 ve 3 numaralı kararlarda belirtilen meblağın faiziyle birlikte ödenmesi için yeniden DAB'a başvuruda bulunmuştur. DAB bu sefer 4 numaralı kararı ile söz konusu meblağın faiziyle birlikte ödenmesine karar vermiştir. Söz konusu karar hakkında da iş sahibi tarafından ayrıca bir NOD bildiriminde bulunulmuştur. Bunun üzerine yüklenici, 2010 yılında 4 numaralı kararın icrası için ICC tahkimine başvuruda

[889] ICC Case No. 10619. Kararın özeti ve yorumu için bkz. Seppala **(**2008**)**, s. 52-57; Seppala **(**2009**)**, s. 1-9; Ekşi (2017), s. 208-209; Ekşi (2018), s. 82-83.
[890] Seppala **(**2008**)**, s. 53-54; Seppala **(**2009**),** s. 1.

bulunmuştur. Yükleniciye göre 4 numaralı kararın icrasına hükmedilebilmesi için hakemin DAB kararının esasına yönelik bir inceleme yapmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık iş sahibi, hakemin DAB kararının icrasına yönelik karar verme yetkisi bulunmadığını ve kararı esastan incelemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Hakem yapmış olduğu inceleme sonucunda, DAB kararının icrasına, yani kararda belirtilen meblağın faiziyle birlikte derhal ödenmesine karar vermiştir. Söz konusu kararda, 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.6. maddesiyle hakeme DAB kararını inceleme, esastan kontrol etme ve değiştirme yetkisi verildiği, ancak hakeme böyle bir inceleme yükümlülüğü yüklenmediği vurgulanarak, hakem tarafından DAB kararı esastan incelenmeksizin icrasına karar verilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu karar ile ilgili olarak üzerinde özellikle durulması gereken husus ise, DAB'ın 1, 2 ve 3 numaralı kararlarının iş sahibi tarafından yerine getirilmemesi yeni bir uyuşmazlık konusu olduğu kabul edilerek, yeniden DAB'a başvurulmuş ve DAB tarafından 4 numaralı kararın verilmiş olmasıdır. Tahkim kararında 1, 2 ve 3 numaralı kararların yerine getirilmemesinin yeni bir uyuşmazlık konusu olduğu ve bu sebeple de yeniden DAB'a başvurulup 4 numaralı kararın alınmasının yerinde olduğunu ifade edilmiştir.[891]

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer önemli karar da Singapur Temyiz Mahkemesi tarafından 2011 yılında verilen, *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation* karardır.[892] Söz konusu karara konu olan olayda, taraflar arasında Endonezya'da boru hattı ile fiber optik kabloların tasarım, tedarik, inşa ve çalışır durumda teslimi için 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap esas alınarak bir sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin ifası sırasında proje değişiklikleri ve bundan kaynaklı ek hak ediş talepleriyle ilgili uyuşmazlığın çözümü için DAB'a başvuruda bulunulmuş ve DAB tarafından 2008 yılında iş sahibi PNG tarafından, yüklenici CRW'ye 17.298.834,57 $ ödenmesine karar verilmiştir. PNG söz konusu karara karşı NOD bildiriminde bulunmuş ve bu sebeple de 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap kapsamında kararın kesin ve bağlayıcı olmadığını ileri sürerek söz konusu DAB kararını yerine getirmemiştir. CRW, PNG tarafından gerekli ödemenin yapılmaması sebebiyle kararının yerine getirilmesi için 2009 yılında DAB'a yeni bir başvuru

[891] ICC Case No. 16948/GZ. Kararın özeti ve yorumu için bkz. Ekşi (2017), s. 209-210; Ekşi (2018), s. 83-84.
[892] CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33 **(**Persore-1**)**.

yapmaksızın doğrudan tahkime başvurmuş ve tahkim heyeti tarafından oy çokluğu ile DAB kararının icrasına karar verilmiştir.[893]

Daha sonra söz konusu tahkim kararının iptali için Singapur Yüksek Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Yüksek Mahkeme olayda çözülmesi gerekli iki uyuşmazlık konusunun bulunduğunu belirterek, ikili uyuşmazlık yaklaşımı benimsemiştir. Mahkemeye göre çözülmesi gerekli ilk uyuşmazlık konusu, DAB tarafından verilen bağlayıcı fakat kesin olmayan kararların yerine getirilmemesi halinde, DAB'a yeni bir başvuru yapılmaksızın doğrudan tahkim yoluna başvurulup başvurulamayacağıdır. Diğer çözülmesi gerekli uyuşmazlık konusu ise, DAB kararının esası hakkında bir inceleme yapılmaksızın tahkim heyeti tarafından DAB kararının aynen infazına karar verilip verilemeyeceği konusudur.

Yüksek Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmeler sonucunda, bir DAB kararının yerine getirilmemesi halinde yeniden DAB'a başvuruda bulunularak ilk kararın infazının talep edilmeksizin doğrudan tahkime başvurulamayacağı ve ayrıca hakem heyeti tarafından, DAB kararının esasına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın ilgili kararın aynen infazına karar verilmesinin de mümkün olmadığı gerekçesiyle, söz konusu tahkim kararının iptaline hükmetmiştir.[894]

Yüksek Mahkeme'nin söz kararıyla ilgili olarak doktrinde yapılan bir değerlendirmede, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.7. maddesi gereğince, ancak kesin ve bağlayıcı olan DAB kararlarının yerine getirilmemesi durumunda, iş bu kararın yerine getirilmesi için ilgili tarafın doğrudan tahkime başvurabileceği, oysa ki söz konusu olayda PGN tarafından DAB kararına karşı süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunulduğundan 20.7. maddenin somut olayda uygulanmasının mümkün olmadığı ve bu kapsamda da yeniden DAB'a başvurulmaksızın doğrudan tahkime gidilmeyeceğine dair görüşünün yerinde olduğu, ancak tahkim heyeti tarafından DAB kararının esası incelenmeksizin, kararın aynen infazına karar verilemeyeceğine yönelik Yüksek Mahkeme'nin görüşünün hatalı olduğu, zira tahkime getirilen uyuşmazlık konusunun DAB kararının yerine getirilmemesi ile sınırlı olduğundan, kararın esası incelenmeksizin aynen infazına karar verebileceği ifade edilmiştir.[895]

---

[893] ICC Case No: 16122/CYK.

[894] CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2010] SGHC 202.

[895] Frederic Gillion, "Enforcement of DAB Decision Under the 1999 FIDIC Conditions of Contract – A Recent Development: CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33", <

Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararına ilişkin olarak CRW tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur. Singapur Temyiz Mahkemesi konuyu ele almış ve yüksek Mahkeme'nin tersine, ikili uyuşmazlık yaklaşımına değinmeksizin 1999 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.6. ile 20.7. maddeleri arasındaki ayrıma dikkat çekmiştir. Buna göre, DAB kararına karşı taraflardan herhangi birisi tarafından NOD bildiriminde bulunulmuş ise, başka bir deyişle karara itiraz edilmiş ise 20.6. madde, buna karşılık itiraz edilmemesi sebebiyle kesinleşmiş bir DAB kararının ifa edilmemesi halinde ise 20.7. madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.[896]

Temyiz Mahkemesine göre, 20.6. madde kapsamında tarafların tüm uyuşmazlıklarının aynı tahkim yargılamasında çözülmesini gerekmektedir. Bu sebeple de hakem heyetinin hem DAB kararının yerine getirilmemesini hem de kararın esasını birlikte inceleyerek bir karar vermesi gerekmektedir. Ancak, kararın esasının incelenecek olması, bir ihtiyati tedbir kararı ile DAB kararının infazına karar verilmesine engel oluşturmamaktadır. 20.7. madde kapsamında tahkim başvurusunda bulunulmuş olması halinde ise kararın esasının incelemesine gerek bulunmamaktadır. Bu kapsamda CRW tarafından 20.6. madde kapsamında tahkim başvurusunda bulunulduğundan, DAB kararını hem esas hem de kararın yerine getirilmemesi bakımından ayrı ayrı incelemesi gerekirken, esasa ilişkin yapılan itirazlar incelenmeksizin kararın infazına hükmedilmesinin adil yargılama ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve bu kapsamda hakem heyetinin DAB kararının aynen yerine getirilmesine dair karar verme yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle, hakem heyeti kararının iptaline yönelik Yüksek Mahkeme kararı onanmıştır.[897]

Temyiz Mahkemesi'nin iş bu kararıyla ilgili olarak doktrinde yapılan bir değerlendirmeye göre, Temyiz Mahkemesi 20.7. maddeyi yanlış yorumlamıştır, bu sebeple de söz konusu karar hatalıdır. Zira, 20.7. madde sadece bağlayıcı ve kesinleşmiş DAB kararları için değil, bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş DAB kararları için de uygulanabilir. Bu husus 2008 tarihli FIDIC Altın Kitap'ın (Tasarla Yap İşlet Projelerine İlişkin Sözleşme Şartları – *Conditions of Contracts for*

https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/enforcement_of_dab_decisions_under_the_1999_fidic_conditions_of_contract_-_a_recent_development._paper_for_iclr.indd_.pdf>, s. 4-7, Erişim Tarihi: 04.09.2022.

[896] CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33 **(**Persore-1**).**

[897] CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33 **(**Persore-1**)**, parag 66-68.

Design, Built and Operate Projects) 20.9. maddesinde de açıklığa kavuşturulmuştur. Bunun yanı sıra, Temyiz Mahkemesi, 20.6. maddeyi de yanlış yorumlayarak, tarafların tüm anlaşmazlıklarının aynı tahkim yargılamasında ele alınarak çözülmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Oysa 20.6. maddede böyle bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu sebeple de tahkim heyetinin kararın esasını incelemesine gerek bulunmamaktadır.[898]

Diğer bir görüşe göre ise, 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin 20.7. ve 20.8. maddelerinde, 20.6. maddeye atıf yapılmış olması sebebiyle, 20.6. maddede yer alan şartlar, 20.7. ve 20.8. madde kapsamında da geçerlidir. Ayrıca, 20.6. maddede DAB kararlarının tahkim yargılamasında delil niteliğinde olduğu, tarafların DAB'da belirtmiş oldukları delil ve savunmalara, tahkim yargılamasında serbestçe yenilerini ekleyebilecekleri ifade edilmiştir. Bu sebeple, ister 20.6. madde kapsamında isterse de 20.7. madde kapsamında tahkime başvurulmuş olsun, tahkim yargılaması DAB süreci ve kararlarından tamamen bağımsız olarak devam edecektir. Dolayısıyla da hakem heyetinin 20.7. madde kapsamında DAB kararının yerine getirilmesine karar vermesi mümkün değildir. Aynı şekilde, hakem heyetinin yalnızca 20.6. madde kapsamında değil, 20.7. ve 20.8. madde kapsamında yapacağı yargılamalarda da DAB kararını esastan incelemesi gerekmektedir. Ancak, hakem heyeti DAB kararını delil olarak kullanabilir, hatta ve hatta DAB ile aynı görüşe dahi varabilir. Bunda herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.[899]

Temyiz Mahkemesi'nin iş bu kararı sonrası yüklenici, 2011 tarihinde yeni bir ICC tahkim sürecini başlatarak, iş sahibinin sorumluluğunun tespiti ile DAB kararında belirtilen miktarın ödenmesine ve ayrıca ihtiyati tedbir ya da geçici bir kararla DAB kararının infazına karar verilmesini talep etmiştir. Tahkim heyeti oy çokluğu ile vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararı ile DAB kararının infazına hükmetmiştir.[900]

İnşaat sahibi iş bu ihtiyati tedbir kararına rağmen, kararın gereğini yerine getirmemeye ısrar ederek, iş bu ikinci kararın iptali için de Singapur Yüksek Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme tarafından bu sefer ikili

---

[898] Seppala (2012), s. 4-8. Benzer şekilde Gillion da Temyiz Mahkemesi'nin 20.6. ve 20.7. maddeleri yanlış yorumladığını, tahkime sadece PGN tarafından CRW'ye yapılmasına hükmedilen ödenmenin yapılmaması sebebiyle başvurulduğunu, DAB kararının esasına yönelik yapılmış herhangi bir başvuru bulunmadığı için de DAB kararının esasının incelenmesine gerek bulunmadığını belirterek Temyiz Mahkemesi'nin kararını eleştirmiştir (Gillion, s. 8-12).

[899] Ekşi (2017), s. 212-213; Ekşi (2018), s. 86-87.

[900] ICC Case No. 18272, parag. 49.

uyuşmazlık görüşünün tersine tek uyuşmazlık yaklaşımı benimsenerek ve FIDIC uyuşmazlık çözüm klozlarının sözleşmeye dayalı bir ödeme rejiminin teminatını oluşturduğu vurgulanarak, iş sahibinin söz konusu başvurusu reddedilmiştir.[901]

Yapılan başvuru üzerine Temyiz Mahkemesi, bağlayıcı nitelikte olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş DAB kararlarının yerine getirilmemesi halinde, ilgilinin yeniden DAB'a ya da dostane çözüm yoluna başvurmasına gerek olmaksızın, kararın infazı için doğrudan tahkim başvurusunda bulunabileceğine ve hakem heyeti tarafından bir ihtiyati tedbir kararı ile DAB kararının infazına karar verilebileceğine hükmetmiştir.[902]

İş bu karar ile Temyiz Mahkemesi tarafından, DAB kararlarının verilir verilmez derhal taraflar için bağlayıcı nitelikte olduğu, bu sebeple dostane çözüm görüşmeleri sonucunda veya tahkim kararı ile değiştirilmedikçe ya da iptal edilmedikçe taraflarca DAB kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi ve uygulanması gerektiği, DAB kararlarına karşı verilen NOD bildirimlerinin, DAB kararlarının bağlayıcı etkisini ortadan kaldırmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun yanı sıra, ilk karardan (Persore-1) farklı olarak, ikinci kararda (Persore-2) Temyiz Mahkemesi, DAB kararının yerine getirilmemesinin tek başına değil ancak kararın esası ile birlikte tahkime götürülebileceği yönündeki görüşünden dönerek, DAB kararının yerine getirilmemesi hususunun, esastan ayrı olarak doğrudan tek başına tahkime taşınabileceğine de karar vermiştir.[903]

Söz konusu ikinci karar ile ilgili olarak doktrinde yapılan değerlendirmelerde, söz konusu kararın konu ile alakalı olarak verilmiş en iyi karar olduğu ve bu kararın başka Mahkemeler tarafından da takip edilmesi halinde, DAB kararlarının infazında önemli ilerlemeler yaşanacağı ifade edilmektedir.[904] Ancak söz konusu kararda yer

---

[901] PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation [2014] SGHC 146. Söz konusu karar ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Christopher R. Seppala, "A Welcome Decision from Singapore the Second Persero Case", **Construction Law International,** Sayı 10/1, Mart 2015 (2015), s. 18-23.

[902] PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30 **(Persore-2)**. Aynı sonuca ulaşan iki farklı Güney Afrika Yüksek Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. Esor Africa (Pty) Ltd/Franki Africa (Pty) Ltd JV v. Bombela Civils JV (Pty), SGHC Case No. 12/7442; Tubular Holdings (Pty) Ltd v DBT Technologies (Pty) Ltd, Case No. 06757/2013 (Taner Dedezade, Persore 2- Singapore Court of Appeal Rules DAB Decisions Are Enforceable by Way of Interim award (Persore-2), <https://www.corbett.co.uk/wp-content/uploads/KH-article-PERSERO-2-PDF.pdf>, s. 1, Erişim Tarihi: 19.06.2022)).

[903] Dedezade (Persore-2), s. 1-2.

[904] Seppala (2015), s. 367; Gerlando Butera, "The Persora Saga", **Construction Law Journal**, Sayı 32/4, 2016, s. 388. Benzer yönde başka bir görüş için ayrıca bkz. Dedezade (Persore-2), s. 1-3.

alan karşı görüşün de sağlam bir hukuki dayanağa sahip olduğu, bu karşı görüşün diğer ülke yargı makamları tarafından benimsenerek zıt yönde kararlar da çıkabileceği ifade edilmektedir.[905]

3.2.3.5.3. 2017 Tarihli FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Bağlayıcı Nitelikte Olup da Henüz Kesinleşmemiş DAAB Kararlarının Yerine Getirilmesi

Konu 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Gümüş ve Sarı Kitap bakımından değerlendirilecek olursa, konu ile ilgili belirsizliklerin ortadan kalkmış olduğu söylenebilir. 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde yer alan düzenlemelere göre, taraflarca herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için DAAB'a başvuruda bulunduğunda, kurul tarafından önerilip taraflarca kabul edilmiş başka bir süre bulunmadıkça, başvuru tarihinden itibaren 84 günlük süre içerisinde kurulun kararını açıklaması gerekmektedir.[906] DAAB tarafından uyuşmazlık hakkında verilen söz konusu karar bir tahkim kararı ile ya da taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile değiştirilmedikçe, taraflar için bağlayıcı nitelikte olacaktır. DAAB'ın süresi içerisinde karar verememesi halinde, 28 günlük süre içerisinde NOD bildiriminde bulunularak uyuşmazlık bir üst basamağa taşınabilir. [907]

Kurulun süresi içerisinde kararını vermesi halinde, gerekçeli kararın birer sureti taraflara ve mühendise tebliğ edilecektir. Söz konusu karar, taraflardan herhangi birisinin karar ile ilgili NOD bildiriminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, her iki taraf için de derhal bağlayıcı nitelikte olacaktır. Mühendisin söz konusu karara uyup uymadığından ise işveren sorumludur. Söz konusu karar gereğince taraflardan birisinin diğer tarafa bir ödeme yapması gerekiyorsa, bu miktar herhangi bir belge ya da bildirime gerek olmaksızın derhal muaccel hale gelecektir. Ancak 21.6. madde uyarınca tahkim yargılaması sonucunda kararın tersine çevrilmesi ihtimaline binaen,

[905] Nael Bunni & Colin Ong & Michael O'Reilly, "The Enforcement of Dispute Adjudication Board Decision: Persero and the FIDIC Standard Form of Contract, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 81/4, 2015, s. 374.

[906] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

[907] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.4.

borçlu tarafın talebi üzerine ve de alacaklının bu tutarı ileride geri ödeyemeyeceğine dair inandırıcı ve makul gerekçelerin bulunması durumunda, alacaklının DAAB'ın takdirine bağlı olarak bu miktar için uygun bir teminat sunmasına karar verilebilir.[908] Düzenlemede de açıkça ifade edildiği üzere, sadece para ödemesini gerektiren DAAB kararlarına yönelik olarak uygun bir teminata hükmedilebilir. Ancak uygun teminattan ne anlaşılması gerektiği, teminatın süresi ve teminat masraflarından kimin sorumlu olacağı gibi konularda düzenlemede herhangi bir somut açıklama bulunmamaktadır.[909] Bu kapsamda söz konusu hususlarda takdir tamamen DAAB'a ait olmakla birlikte, DAAB, adil ve makul bir şekilde hareket ederek teminatın miktarı, süresi ve teminat masraflarından kimin sorumlu olacağını belirleyecektir.

DAAB kararlarının yerine getirilmemesi ile ilgili olarak 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21.7. maddesine "DAAB Kararına Uyulmaması" başlıklı yeni bir fıkra eklenerek, konu netleştirilmeye çalışılmıştır.[910] Söz konusu düzenlemeye göre, taraflardan herhangi birisi tarafından, bağlayıcı ya da hem kesin hem de bağlayıcı nitelikte olan (yani DAAB kararının kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın) bir DAAB kararının gereği yerine getirilmezse, karşı taraf doğrudan tahkime yoluna başvurabilir. Bu durumda DAAB'a yeniden bir başvuru yapılmasına gerek olmadığı gibi, dostane çözüm yollarına başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, DAAB kararının infazına karar verebileceği gibi, infaz kararında ayrıca bir tazminata da hükmedilebilir.[911]

Yukarıda belirtilen düzenlemelere ek olarak, 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın DAAB kararlarının yerine getirilmemesi hem yüklenici hem de iş sahibi için sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilmiş ve sözleşmenin diğer tarafına sözleşmeyi feshetme imkânı

[908] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

[909] Jaynes, s. 416-417.

[910] Söz konusu düzenlemeye benzer bir düzenleme 2008 tarihli FIDIC Altın Kitap (Tasarla Yap İşlet Projelerine İlişkin Sözleşme Şartları – Conditions of Contracts for Design, Built and Operate Projects)'ın 20.9. maddesinde de yer almaktadır. Ancak düzenleme yeterince açık olmadığı, bu sebeple de uygulamadaki sorunları çözmeye yeterli olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Bkz. Ekşi (2018), s. 80-81).

[911] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.

verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerde, iş sahibinin kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın 21.4. madde kapsamında verilen bir DAAB kararına aykırı davranması halinde yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür.[912] Bunun için yüklenicinin, iş sahibine yazılı olarak 16.2.1. madde kapsamında sözleşmeyi feshetme niyetinde olduğunu bildirmesi ve iş sahibinin de iş bu bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde kararın gereğini yerine getirmemesi gerekmektedir.[913]

Benzer şekilde kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın yüklenicinin 21.4. madde kapsamında verilen bir DAAB kararının gereğini yerine getirmemesi halinde, bu durum sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilerek, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesine imkan tanınmıştır.[914] Bunun için iş sahibinin öncelikle fesih niyetinde olduğunu yükleniciye bildirmesi ve söz konusu bildirimi alan yüklenicinin, bildirimi aldıktan sonraki 14 günlük süre içerisinde kararın gereğini yerine getirmemiş olması gerekmektedir.[915]

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, konuyla alakalı tartışmaların sonlanmış olduğu söylenebilir.[916] Zira taraflarca kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, herhangi bir DAAB kararının yerine getirilmemesi halinde, doğrudan tahkim yoluna başvurularak, kararın infazının talep edilebileceği, hakem ya da hakem heyetinin ise ihtiyati tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında veyahut da nihai bir karar ile DAAB kararının aynen infazına karar verebileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir.[917]

Söz konusu düzenlemeye rağmen konuyla ilgili halen önemli bir sorun bulunmaktadır. Bilindiği üzere uluslararası tahkim kararlarının icra kabiliyeti kazanabilmesi için öncelikle ulusal mahkemeler tarafından tanınması/tenfiz edilmesi

[912] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 16.2.1.(d); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 16.2.1.(d); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 16.2.1.(c).
[913] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 1.3., 16.2.1. ve 16.2.2.
[914] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1.(a); FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1.(a); FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1.(a).
[915] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 15.2.1. ve 15.2.2.
[916] Söz konusu düzenlemenin, 1999 tarihli FIDIC Kitapları kapsamında yaşanan sorunları ortadan kaldırmak amacıyla 2017 tarihli FIDIC Kitaplarına eklendiğine dair bkz. Seppala (2012), s. 6.
[917] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.

gerekmektedir. Bu konudaki temel dayanak 1958 tarihli New York Sözleşmesidir.[918] Ancak 1958 tarihli New York Sözleşmesi kapsamında bir kararın tanınıp infaz edilebilmesi için söz konusu kararın nihai bir karar olması gerekmektedir.[919] Bu kapsamda bir ihtiyati tedbir ya da diğer bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında DAAB kararının infazına yönelik verilen uluslararası tahkim kararının, ulusal mahkemelerde infazının mümkün olamayabileceği, böyle bir durumda ise kararın herhangi bir etkisinin olmayacağı ifade edilmektedir.[920]

3.2.4. Uyuşmazlığın Dostane Bir Şekilde Sonuçlandırılması

Tarafların DAAB kararından memnun olmamaları sebebiyle süresi içerisinde karara karşı usulüne uygun NOD bildiriminde bulunduktan sonra, aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözüme kavuşturulması için öngörülen 28 günlük sürenin dolmasını beklemeleri gerekmektedir. Dostane çözüm süreci, tahkime başvurabilmek için tüketilmesi gerekli zorunlu bir unsur olarak öngörülmüş olsa da aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, söz konusu uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için taraflarca herhangi bir girişimde bulunulmamış olsa bile, NOD bildirimi verildikten 28 gün sonra, yani uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi için öngörülen 28 günlük süre dolduktan sonra, taraflar tahkim prosedürünü başlatabilirler.[921] Ancak, taraflar kendi aralarında anlaşma yaparak 28 günlük süreyi uzatabilecekleri gibi kısalta da bilirler. Hatta ve hatta taraflar uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için görüşme yaparken dahi belirtilen 28 günlük sürenin dolmasından evvel kendi aralarında anlaşarak iş bu süreyi uzatıp kısaltabilecekleri gibi, 28 günlük sürenin dolmasını beklemeden de süreci sonlandırabilirler.[922]

---

[918] Sözleşmenin tam metni için bkz. < http://www.newyorkconvention.org/english> Erişim Tarihi 18.12.2020.

[919] Konu ile alakalı bir Avustralya Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. Resort Condominiums International Inc (USA) v. Ray Bolwell and Resort Condominuims (Australasia) Pty Ltd (Australia) (1994) 9(4) Mealesy's IAR A1 (1995). Konu ile alakalı doktrinde yer alan benzer yöndeki görüşler için bkz. Dedezade (2012), s. 152-153.

[920] Dedezade (2012), s. 153 ve 159; Dedezade (2022), s. 166-167.

[921] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.5; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.5.

[922] Mohamed-Asem U. Abdul-Malak & Sıba J. Jaber, "Opportunities for Attempting Amicable Settlement Along the Claim/Dispute Timeline", **Interaction Between Theory and Practice in**

İş bu 28 günlük süre bir yatışma süresi (*cooling off period*) olarak öngörülmektedir. Böylece tarafların, uzun ve pahalı tahkim yargılamasına başvurmadan önce bir müddet bekleyerek DAAB kararını nesnel bir şekilde değerlendirebilmelerine ve aralarında müzakerelerde bulunarak uyuşmazlığı dostane bir şekilde sonuçlandırabilmelerine imkân tanınmak istenmektedir.[923]

Dostane çözüm girişimleri sonucunda taraflarca DAAB kararı tamamen veya kısmen kabul edilebileceği gibi söz konusu kararın tamamen veya kısmen değiştirilmesi de mümkündür. DAAB kararının olduğu gibi ya da değiştirilerek kabul edilmesi halinde, söz konusu karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecektir. Buna karşılık, DAAB kararının kısmen kabul edilmesi halinde, sadece taraflarca kabul edilen kısım kesin ve bağlayıcı hale gelecek, diğer kısım ise tahkim yoluyla nihai olarak karara bağlanacaktır.[924]

3.2.5. Uyuşmazlığın Tahkim Tarafından Sonuçlandırılması

3.2.5.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri kapsamında çok aşamalı/kademeli bir uyuşmazlık çözüm mekanizması kabul edilmiş olup, bu kapsamda da nihai çözüm yöntemi tahkim olarak düzenlenmiştir. Tarafların nihai çözüm yöntemi olan tahkime başvurabilmeleri için kural olarak öncelikle yukarıda ifade edilen sıraya uygun olarak diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tüketmeleri gerekmektedir. Bu durum sürecin erken aşamalarında proje katılımcıları tarafından uyuşmazlığın çözülebildiği hallerde maliyetli ve daha ihtilaflı mekanizmalardan kaçınılmasına olanak tanıdığı için faydalı olmakla birlikte, üçüncü bir kişinin bağlayıcı bir kararla uyuşmazlığı çözüme kavuşturması gereken hallerde sürecin gereksiz yere uzamasına sebep olarak, sorunların çözümünü geciktirip maliyetlerin artmasına da sebep olabilmektedir.[925]

Civil Engineering and Construction, (Ed. R. Komurlu & A.P. Gurgun & A. Singh & S. Yazdani) 2016, s. 396-397.

[923] Charrett, s. 208; Godwin, s. 205-206.

[924] Ekşi (2017), s. 206; Ekşi (2018), s. 79-80.

[925] Jones, s. 5.

FIDIC sözleşmeleri de dahil olmak üzere, uluslararası inşaat sözleşmelerinde genel olarak iş sahipleri yüklenicilere nazaran daha korunaklı bir konumdadırlar. Projenin planlanan zamanda, maliyette ve isterlere uygun tamamlanması iş sahipleri bakımından son derece önemli olmakla birlikte, yükleniciler iş sahiplerine kıyasla kendilerini finansal olarak çok daha fazla baskı altında hissetmektedirler. Zira, nakit akışında yaşanacak herhangi bir aksaklık yüklenicilerin yükümlülüklerini zamanında ve planlanan maliyetle yerine getirmesini büyük ölçüde zorlaştırabileceği gibi, iflaslarına dahi sebep olabilecek bir süreci tetikleyebilir. Bu kapsamda uluslararası inşaat sözleşmeleriyle alakalı tahkim süreçlerinin büyük bir çoğunluğunun, hak etmiş olduklarını düşündükleri ödemeleri alabilmek adına yükleniciler tarafından iş sahipleri aleyhine başlatıldığı söylenebilir.[926] Buna karşılık iş devam ederken ve iş sahibi tarafından ödemelerin düzenli olarak yapılması halinde, yükleniciler finansal olarak zora düşmemek adına tahkime başvurma konusunda genel olarak daha isteksizdirler. Tahkim ticari olarak istenmeyen bir durum olmasının yanı sıra, kefalet ve teminatların da riske girmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeplerle yükleniciler genellikle iş sona erip kabul belgesi düzenlendikten sonra, tüm taleplerini birleştirerek tek bir başvuru olarak tahkime başvurmayı yeğlemektedirler.[927] Buna karşılık, iş sahiplerinin nadir olarak yükleniciler aleyhine tahkime başvurdukları, genel olarak karşı dava yoluyla birtakım taleplerde bulundukları görülmektedir. Gerçekten de süre uzatım talebiyle karşı karşıya kalan iş sahiplerinin genellikle süre uzatım talerini boşa çıkartmak için gecikme tazminatı talebinde bulundukları görülmektedir.[928]

3.2.5.2. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Tahkime Başvurulabilecek Haller

Yukarıda müteaddit defalar ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri kapsamında çok aşamalı/kademeli bir uyuşmazlık çözüm mekanizması kabul edilmiş olup, tarafların nihai çözüm yöntemi olan tahkime başvurabilmeleri için kural olarak öncelikle diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tüketmeleri gerekmektedir. Bu

[926] Seppala (1991/8), s. 1055; Bremen & Grasso, s. 72.
[927] Seppala (1991/8), s. 1055-1056.
[928] Bremen & Grasso, s. 72-74.

kapsamda taraflar sırasıyla diğer çözüm yöntemlerine başvurup tükettikten sonra tahkim sürecini başlatabilirler.

Kural olarak, taraflar arasında sözleşmeden ya da işlerin yürütülmesine ilişkin herhangi bir anlaşmazlığın çıkması ve 3.7. madde kapsamında tarafların ilgili anlaşmazlık hakkında anlaşmaya varamamaları ve bu sebeple konunun mühendis tarafından karara bağlanmış olup, mühendis tarafından verilen karardan tarafların memnun olmamaları ya da mühendis tarafından süresi içerisinde anlaşmazlık hakkında herhangi bir karar verilememiş olması sebebiyle anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşüp DAAB'a intikal etmesi ve DAAB'ın uyuşmazlık konusu hakkında vermiş olduğu karara karşı tarafların 28 günlük süre içerisinde itirazda bulunduktan sonra, aralarındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde de çözülememesi halinde, tahkim süreci başlatılabilir. Başka bir ifadeyle, kural olarak taraflar ancak 28 günlük süre içerisinde itiraz ettikleri için kesinleşmemiş olan DAAB kararlarına karşı tahkim sürecini başlatabilirler.[929]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, dostane çözüm yöntemi tahkime başvurabilmek için tüketilmesi gerekli zorunlu bir unsur olmasına rağmen, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, söz konusu uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için herhangi bir girişimde bulunulmamış olsa bile, NOD bildirimi verildikten, yani karara itiraz edildikten 28 gün sonra taraflar tahkim prosedürünü başlatabilirler.[930] Ancak burada 2017 tarihli ve önceki baskılar dahil olmak üzere FIDIC sözleşmeleri kapsamında tarafların tahkime başvurabilmesi için öngörülmüş azami bir sürenin bulunmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir. Yani, karardan memnun olmayan tarafın kararın kendisine tebliğinden ya da kurul tarafından karar verilmesi gereken sürenin sona erdiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde gerekli NOD bildiriminde bulunduktan sonra, FIDIC sözleşmelerinde tarafların tahkime başvurabilmesi için öngörülmüş azami bir süre bulunmadığından, taraflar istedikleri zaman karara karşı tahkim yoluna başvurabileceklerdir. Bu durumun 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında, DAB kararı aleyhine olan tarafın tahkime başvurmasını geciktirmekteyken, karar lehine olan tarafın ise bir an önce tahkime

[929] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.

[930] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.5; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.5.

başvurmak zorunda bıraktığı, bu sebeple, FIDIC sözleşmelerinde DAB kararına karşı tahkim yoluna başvurabilmek için bir azami sürenin belirlenmesi ve iş bu süre içerisinde tahkim yoluna başvurulmaması halinde, iş bu DAB kararının kesin ve bağlayıcı hale geleceğine dair bir düzenleme yapılması gerektiği eleştirilerine sebep olmuştur.[931]

Kanaatimizce 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri bakımından iş bu eleştiri son derece haklıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş DAB kararlarının yerine getirilip getirilmeyeceği konusu gerek doktrinde gerekse de uygulamada çok büyük tartışmalara neden olmaktaydı. Bu sebeple de 1999 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında DAB kararına karşı tahkime başvurmak için azami bir sürenin öngörülmesi son derece yerinde bir hareket olacak, böylece DAB kararlarının yerine getirilmesinin engellenmesine yönelik kötüniyetli eylemlerin önüne geçilmiş olacaktı.

Konu 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında değerlendirilecek olursa, kanaatimizce bu tarz bir azami sürenin belirlenmesine gerek yoktur. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, DAAB tarafından uyuşmazlık hakkında verilen kararlar bir tahkim kararı ile ya da taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile değiştirilmedikçe, taraflar için bağlayıcı nitelikte olacaktır. Taraflardan herhangi birisinin karar ile ilgili NOD bildiriminde bulunup bulunmamasının bu konuda herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Söz konusu karar gereğince taraflardan birisinin diğer tarafa bir ödeme yapması gerekiyorsa, bu miktar herhangi bir belge ya da bildirime gerek olmaksızın derhal muaccel hale gelecektir. Ancak 21.6. madde uyarınca tahkim yargılaması sonucunda kararın tersine çevrilmesi ihtimaline binaen, borçlu tarafın talebi üzerine ve de alacaklının bu tutarı ileride geri ödeyemeyeceğine dair inandırıcı ve makul gerekçelerin bulunması durumunda, alacaklının DAAB'ın takdirine bağlı olarak bu miktar için uygun bir teminat sunmasına karar verilebilir.[932] Taraflardan herhangi birisi tarafından, kesinleşmiş olup olmadığı önemli olmaksızın bir DAAB kararının gereği yerine getirilmezse, karşı taraf doğrudan tahkime yoluna başvurabilir. Bu durumda DAAB'a yeniden bir başvuru yapılmasına gerek olmadığı gibi, dostane çözüm yollarına başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu durumda hakem ya

[931] Ekşi (2017), s. 191; Ekşi (2018), s. 68.
[932] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.3.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.3.

da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, DAAB kararının infazına karar verebileceği gibi, infaz kararında ayrıca bir tazminata da hükmedilebilir.[933]

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde tahkime başvurmak için bir azami sürenin belirlenmesi gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Zira, DAAB kararları verildiği anda, taraflarca kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, derhal yerine getirilmesi gerekmekte olup, bu durumda karar lehine olan tarafın herhangi bir kaybı olmayacak, tam tersine karar aleyhine olan taraf derhal tahkim sürecini başlatmak zorunda kalacaktır. Bu sebeple de 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde tahkime başvurmak için azami bir sürenin belirlenmemesinin pratik açıdan herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Ayrıca, her ne kadar FIDIC sözleşmelerinde tahkime başvurulabilmesi için azami bir süre öngörülmemiş olsa bile, sözleşmeye uygulanacak hukukta buna ilişkin bir düzenleme varsa, söz konusu düzenlemenin uygulanması gerekeceğinden, taraflarca uygulanacak hukukta öngörülen azami süre içerisinde tahkim başvurusunun yapılması gerekmektedir.[934]

Kural olarak, taraflar sadece FIDIC sözleşmelerinde öngörülen çok aşamalı uyuşmazlık çözüm klozunu takip ederek, kesinleşmemiş DAAB kararlarına karşı tahkim yoluna başvurabilecek olmakla birlikte, bazı istisnai durumlara, iş bu çok aşamalı uyuşmazlık çözüm sürecinin takip edilmesine gerek olmaksızın, tahkim sürecinin başlatılması da mümkündür. Gerçekten de tarafların, 3.7. madde kapsamında varılan anlaşmaya ya da mühendisin kesinleşmiş kararına aykırı davranmaları, 21.7. madde kapsamında kesinleşmiş olup olmadığı önemli olmaksızın herhangi bir bağlayıcı DAAB kararını yerine getirmemeleri veya DAAB'ın öngörülen süre içerisinde kararını verememiş olması ya da DAAB'ın herhangi bir sebeple var olmaması sebebiyle karar veremeyecek olması halinde, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmasına gerek olmaksızın doğrudan tahkim süreci başlatılabilir.[935]

---

[933] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.

[934] Seppala (1997), s. 975.

[935] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6. ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6. ve 21.7; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6. ve 21.7.

Tarafların mühendise intikal eden konuyu anlaşmaya vararak sonuçlandırmış olmaları halinde, söz konusu anlaşmanın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, taraflarca yerine getirilmemesi halinde, DAAB ya da dostane çözüm yoluna başvurmalarına gerek olmaksızın, doğrudan tahkim süreci başlatılarak anlaşmanın yerine getirilmesi istenebilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti tarafında ihtiyati tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında ilgili anlaşmanın uygulanmasına karar verilebilir.[936]

Tarafların anlaşmaya varamamaları sebebiyle konunun mühendis tarafından sonuçlandırılması halinde, kararın kesinleşip kesinleşmediğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Eğer mühendis tarafından verilen karar kesinleşmiş, yani süresi içerisinde taraflarca karara itiraz edilmemiş ise, tarafların söz konusu karara aykırı davranması ya da yerine getirmemesi halinde, diğer taraf DAAB ya da dostane çözüm yoluna başvurmasına gerek olmaksızın doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti, ihtiyati tedbir ya da diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında ilgili kararın uygulanmasına karar verebilir.[937] Buna karşılık, mühendis tarafından verilen karar bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş ise, doğrudan tahkim yoluna başvurulması mümkün olmayıp, DAAB ve dostane çözüm sürecinin tamamlanması gerekmektedir.[938]

DAAB'ın süresi içerisinde karar verememesi ya da verilen karardan taraflardan birinin memnun olmaması halinde ilgili tarafın söz konusu karara karşı, kararın tebliğinden ya da kurul tarafından karar verilmesi gereken sürenin sona erdiği tarihten itibaren 28 günlük süre içerisinde memnuniyetsizlik bildiriminde (NOD) bulunması gerekmektedir. Memnuniyetsizlik bildiriminde, bildirimin 21.4. madde kapsamında yapıldığı ve uyuşmazlık konusu mesele ile karardan neden memnun olunmadığının da belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tarafların söz konusu karara karşı tahkim yoluna başvurmaları artık mümkün değildir.[939]

---

[936] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.

[937] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.

[938] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5.

[939] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.4.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.4.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.4.

Daha önce de ifade edildiği üzere, DAAB kararına karşı 28 günlük süre içerisinde tarafların memnuniyetsizlik bildiriminde bulunmaması halinde, söz konusu karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecek, diğer bir deyişle uyuşmazlık DAAB kararı ile sonuçlanmış olacaktır. Taraflardan herhangi birisinin kesinleşip bağlayıcı hale gelen bir karara aykırı davranması veya onu yerine getirmemesi halinde, diğer taraf, NOD bildiriminde bulunmasına ya da uyuşmazlığın dostane çözümü hususunda girişimde bulunmasına gerek bulunmaksızın, 21.6. madde kapsamında doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Bu gibi durumlarda, hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya diğer geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamında söz konusu DAAB kararın aynen uygulanmasına hükmedebilir.[940]

DAAB'ın görev süresinin dolması ya da başka herhangi bir sebeple mevcut olmaması halinde de taraflar herhangi bir DAAB kararı olmasına ve dostane çözüm yöntemine başvurmalarına gerek olmaksızın uyuşmazlığı 21.6. madde kapsamında doğrudan tahkime taşıyabilirler.[941] Söz konusu düzenleme uyarınca tarafların doğrudan tahkime başvurulabilmesi için DAAB'ın atanmış olmasına rağmen, uyuşmazlığın DAAB'ın görev süresinin sona ermesi ya da başka herhangi bir sebeple varlığının sona ermesinden sonra ortaya çıkmış olması gerekmektedir.[942]

Tarafların DAAB üyelerini sözleşmenin kurulmasından itibaren belirleyememeleri durumunda, yani DAAB'ın sonradan değil de baştan itibaren mevcut olmaması halinde ise tarafların kural olarak doğrudan tahkim yoluna başvuruda bulunmaları mümkün olmayıp, bu durumda FIDIC sözleşmelerinde belirtilen prosedürü takip ederek yetkili kurum ya da organa kurul üyesi/üyelerini ataması için başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Gerçekten de daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21. maddesine göre, taraflarca sözleşmede belirtilen süre içerisinde, böyle bir tarihin sözleşmede belirtilmemiş olması halinde ise Kırmızı ve Sarı Kitap bakımından yüklenicinin kabul mektubunu almasından, Gümüş Kitap bakımından ise her iki tarafın da sözleşmeyi imzalamasından itibaren 28 günlük süre içerisinde DAAB üyelerinin atamasının

[940] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.4.4. ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.4.4. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.4.4. ve 21.7.

[941] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.8.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.8.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.8.

[942] Ekşi (2017), s. 203-204; Ekşi (2018), s. 77.

yapılması gerekmektedir.[943] Tarafların belirtilen süre içerisinde DAAB üyelerini belirleyememeleri halinde ise, taraf ya da tarafların 42 günlük süre içerisinde sözleşmede belirtilen kurum ya da organa başvuruda bulunarak hakem ya da hakemleri belirlemesi istenmelidir. Söz konusu başvuru üzerine yetkili kurum ya da organ, taraflara danıştıktan sonra kurul üyesini/üyelerini nihai ve kesin olarak belirleyecektir.[944] Böyle bir durumda kural olarak, tarafların yetkili kurum ya da organa başvurup, DAAB üyelerinin atanmasına müteakip gerekli DAAB kararını temin ettikten sonra, tahkim yoluna başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim başvurusu esasa girilmeksizin reddedilecektir.

Taraflardan herhangi birisi tarafından, bağlayıcı ya da hem kesin hem de bağlayıcı nitelikte olan (yani DAAB kararının kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın) bir DAAB kararının gereğinin yerine getirilmemesi halinde, karşı taraf doğrudan tahkime yoluna başvurabilir. Bu halde DAAB'a yeniden bir başvuru yapılmasına gerek olmadığı gibi, dostane çözüm yollarına başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, DAAB kararının infazına karar verebileceği gibi, infaz kararında ayrıca bir tazminata da hükmedilebilir.[945]

Özellikle belirtilmelidir, FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21.4.4. maddeleri dikkate alındığında, ilgili uyuşmazlıkla alakalı olarak tahkime başvurma hakkının yalnızca NOD bildiriminde bulunan tarafla sınırlı olduğu söylenemez. NOD bildiriminde bulunmayan diğer tarafın da tahkime başvurma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Uygulamada NOD bildiriminde bulunan taraf, büyük olasılıkla tahkimi başlatan taraf olmakla birlikte, FIDIC sözleşmelerinde DAAB kararına karşı NOD bildiriminde bulunduktan sonra tahkim yoluna başvurabilmek için öngörülmüş azami bir sürenin bulunmaması sebebiyle NOD bildiriminde bulunan tarafın tahkim

[943] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.1.

[944]FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.2.

[945] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.

sürecini başlatmayı geciktirmesi halinde, bildirimde bulunmayan taraf da gecikmenin yarattığı belirsizliği ortadan kaldırmak adına tahkim sürecini başlatabilir.[946]

Tahkim heyetini oluşturan hakem ya da hakemler, uyuşmazlık ile alakalı mühendis tarafından verilmiş kesinleşmemiş kararlar, talimat, görüş, belge ve kıymet takdirine ilişkin değerlendirmeler ile DAAB'ın vermiş olduğu kesinleşmemiş tüm kararları gözden geçirerek değiştirme yetkisine sahiptirler.[947] Ancak bu durum, tahkim yargılamasının DAAB kararı ile ilgili bir temyiz incelemesi ya da yargılaması olarak düşünülmesine neden olmamalıdır. Zira tahkim yargılaması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın yeniden ele alarak incelenmesinden başka bir şey değildir. Bu kapsamda hakem heyeti, DAAB'ın kararını değiştirebileceği gibi, aynı yönde de karar verebilir.[948]

Tahkime, sözleşme konusu iş bitirilmeden ya da bitirildikten sonra da başvurulabilir. Bu kapsamda tahkim sürecinin işin tamamlanmasından önce başlatılmış olması halinde, tarafların tahkim yoluna başvurmuş olmaları sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerini sona erdirmediği gibi, bunları durdurmasına da sebep olmamaktadır. Bu sebeple, tarafların, mühendisin ya da DAAB'ın tahkim süreci başlatıldığı gerekçesiyle sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemezlik yapmaları mümkün değildir.[949]

Tahkim tarafından taraflardan birisinin diğer tarafa bir ödeme yapmasına karar verilmiş olması halinde, bu miktar herhangi bir belge ya da bildirime gerek olmaksızın derhal muaccel hale gelecektir. Bu sebeple hükmedilen meblağın derhal ödenmesi gerekmektedir.[950]

3.2.5.3. Hakem Seçimi ve Tahkim Heyetinin Oluşturulması

FIDIC sözleşmeleri kapsamında başlatılan tahkim yargılamalarında taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uyuşmazlık Milletlerarası Ticaret Odası (*International*

[946] Godwin, s. 206-207.
[947] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.
[948] CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33, prf. 53-54.
[949] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.
[950] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.

Chamber of Commerce – ICC) kurallarına göre ve bu kurallara göre atanacak bir veya üç hakem tarafından sonuçlandırılacaktır. Tahkim dili ise sözleşmenin 1.4. maddesinde iletişim dili olarak kararlaştırılan dil olacaktır.[951]

FIDIC'in ICC ile ilişkisi uzun süredir devam etmektedir. ICC dünyanın en tanınmış tahkim kurumu olmasının yanı sıra, kuralları da son derce açık ve nettir. Ayrıca, ICC Tahkim Kuralları, diğer kurumların kendi tahkim kurallarını oluşturmasında örnek teşkil etmektedir.[952]

FIDIC sözleşmelerine göre, tahkim heyetinin bir ya da üç hakemden oluşması gerekmektedir.[953] ICC Tahkim Kurallarına göre, taraflarca hakem sayısının kararlaştırılmamış olması halinde, kural olarak tahkim heyeti tek hakemden oluşacaktır. Ancak, Divan tarafından uyuşmazlığın üç hakemle çözülmesi gerektiği kanaatine varılması halinde, tahkim heyeti üç hakemden oluşacaktır.[954]

ICC Tahkim Kuralları kapsamında taraflarca hakem sayısına karar verilip verilmemesine göre hakem seçimi prosedürü farklılıklar göstermektedir. Bu kapsamda, tarafların hakem sayısını belirlemediği ve uyuşmazlığın tek hakem tarafından çözüleceği durumlarda, hakem Divan tarafından atanacaktır. Buna karşılık, Divan tarafından uyuşmazlığın üç hakem tarafından çözülmesine karar verilmesi halinde, bu durum taraflara bildirilecektir. Üç hakem atanmasına yönelik Divan'ın bildiriminin tebliğ alınmasından itibaren 15 günlük süre içerisinde davacı tarafın kendi hakem adayını belirleyerek bildirmesi gerekmektedir. Davacının belirlediği hakem adayı da davalıya bildirilecek ve davalı tarafın bu bildirimi tebliğ almasından itibaren 15 günlük süre içerisinde kendi hakem adayını belirleyerek bildirmesi gerekmektedir. Eğer taraflardan herhangi birisi hakem adayını belirlemez ya da belirleyemezse, bu durumda onun yerine hakem ataması Divan tarafından yapılacaktır.[955]

Tarafların uyuşmazlığın tek hakem tarafından sonuçlandırılmasını kararlaştırmış olmaları halinde, davacının tahkim talebinin karşı tarafa ulaşmasından

[951] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.
[952] Godwin, s. 208.
[953] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.
[954] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/II. 01 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları tam metni için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_11> Erişim tarihi 24.11.2022.
[955] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/II.

itibaren 30 gün içinde ya da Sekretarya tarafından verilen ek süre içerisinde tarafların anlaşarak hakemi belirleyip onay için Divan'a sunmaları gerekmektedir. Tarafların hakem konusunda anlaşmaya varamamaları halinde ise, hakem Divan tarafından atanacaktır.[956]

Tarafların uyuşmazlığın üç hakem tarafından sonuçlandırılmasını kararlaştırmış olmaları halinde ise, her iki taraf da sırasıyla tahkim talebinde ve cevap dilekçesinde, onaylanması için bir hakem adayı göstermeleri gerekmektedir. Aksi takdirde, yani taraflardan herhangi birisinin aday göstermemesi ya da gösterememesi halinde ise, onun yerine hakem ataması Divan tarafından yapılacaktır.[957] Üçüncü hakemin seçim usulü ise, kural olarak taraflarca belirlenecek olup, tarafların üçüncü hakemin ne şekilde seçileceği konusunda anlaşamamaları halinde ise, hakem heyetine başkanlık edecek üçüncü hakem Divan tarafından belirlenecektir.[958]

Üçüncü hakemin seçim usulünün taraflarca belirlenmiş olması halindeyse, söz konusu seçim usulü doğrultusunda üçüncü hakem belirlenecektir. Ancak, diğer iki hakemin onaylanmasından veya atanmasından itibaren 30 günlük süre içerisinde ya da taraflarca kararlaştırılan veyahut da Divan tarafından belirlenen başka bir süre içerisinde üçüncü hakemin seçilememiş olması halinde, üçüncü hakem Divan tarafından atanacaktır.[959]

İkiden fazla taraf olması, yani birden fazla davacı ya da birden fazla davalı olması ve uyuşmazlığın üç hakemle çözüleceği durumlarda, birden fazla davacı ya da davalı taraf kendi aralarında ortak bir hakem belirleyerek onay için sunacaklardır.[960] Her ne kadar ICC Tahkim Kuralları gereğince birden fazla olan tarafın ortak bir hakem belirlemesi gerekmekle birlikte, daha önce de değinilen "*Dutco"* kararı göz önünde bulundurulduğunda, iş bu düzenlemenin tarafların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle hakem kararının iptali gündeme gelebilir. Söz konusu *"Dutco"* kararında, Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*), hakem seçiminin kamu düzenine ilişkin olduğu, yargılamanın tüm taraflarının hakem ataması konusunda eşit haklara sahip olduğu ve taraflardan birisinin tek başına hakem seçimi yapmasına rağmen, birden fazla olan diğer tarafın ortak bir hakem seçimi yapmalarına

[956] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/III.
[957] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/IV.
[958] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/V.
[959] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/V.
[960] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/VI.

zorlanmalarının tek başına olan tarafı tahkim yargılamasında avantajlı bir konuma soktuğu, bu sebeple de taraflar arasındaki eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[961]

Sonradan üçüncü bir kişinin tahkim yargılamasına müdahil olması halinde ise, tahkim kurulu eğer üç hakemden oluşacak ise, sonradan müdahil olan kişi, madde 7/V kapsamında davacı ya da davalı taraf ile birlikte ortak bir aday belirleyerek onay için sunması gerekmektedir.[962]

ICC Tahkim Kurallarının 12/VI. ve 12/VII. maddeleri kapsamında ortak bir adayın gösterilememesi ve tüm tarafların da hakem heyetinin kurulması için ortak bir yöntem üzerinde anlaşamaması halinde, hakem heyetinin her bir üyesi Divan tarafından atanacaktır.[963]

Tarafların kendi aralarında hakem heyetinin oluşturulması yöntemine ilişkin olarak anlaşmış olmalarına rağmen, Divan tarafından, söz konusu yöntemin kararın geçerliliğini etkileyebilecek önemli bir eşit olmayan muamele ve haksızlık riskini barındırdığının anlaşılması halinde, hakem heyetinin her bir üyesi Divan tarafından atanabilecektir.[964]

ICC kurallarına göre, hakem ya da hakemlerin taraflardan tarafsız ve bağımsız olmaları ve süreç boyunca da hakemlerin bu niteliklerini korumaları gerekmektedir. Bu kapsamda, hakemin gerek hakem olarak atanmadan önce gerekse de hakem olarak atandıktan sonra bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında şüphe duyulmasına neden olabilecek hususları yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. [965]

Tarafsızlık ve bağımsızlığa ek olarak, hakem seçimi sırasında dikkat edilmesi gerekli birtakım hususlar da bulunmaktadır. Bu hususlar sınırlı sayıda olmamak üzere ICC Tahkim Kurallarının 13. maddesinde tek tek sayılmışlardır. Bu kapsamda dikkat edilmesi gerekli en önemli husus, şüphesiz hakemin milliyetidir. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere hakem ya da hakemlerin tarafsız ve taraflardan bağımsız nitelikte olması gerekmekte olup, taraflardan herhangi biri ile hakem ya da hakemlerin aynı milliyetten olması, hakem ya da hakemlerin tarafsızlığı üzerinde bir takım soru

[961] Siemens AG v. BKMI Industrieanlagen GmbH. v. Dutco Construction Co, Cass. Civ. 1, 7 Ocak 1992, No: 89-18.708 89-18.726; 119 J.D.I.
[962] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/VII.
[963] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/VIII.
[964] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 12/VIII.
[965] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 11.

işaretlerine sebep olabilmektedir. Bu nedenle, taraflarla aynı milliyetten olmayan hakemlerin seçilmesine özen gösterilmelidir.[966] Ancak hemen belirtilmelidir ki, bu düzenleme emredici nitelikte olmayıp, tavsiye niteliğinde olduğundan, taraflarla aynı milliyetten hakem atanması pek tabi mümkündür. Buna karşılık, uyuşmazlığın bir yatırım anlaşmasından kaynaklanmış olması halinde ise, taraflarca aksi kabul edilmedikçe, hakemlerle taraflar aynı milliyete mensup olamazlar.[967]

Hakem seçimi sırasında dikkat edilmesi gerekli bir diğer husus ise, hakem ya da hakemlerin yerleşim yerleridir.[968] Bu husus hakemlerin tarafsızlığı ya da bağımsızlığı ile alakalı olmayıp, tam tersine tahkim prosedürünü kolaylaştırmak için göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, hakem ya da hakemlerin tahkim yerinde ya da oraya yakın ve ulaşım imkanları müsait olan bir başka yerleşim yerinde ikamet etmesi halinde, tahkim yargılaması çok daha hızlı ve ucuz bir şekilde sonuçlanabilecektir.

Hakem seçimi sırasında dikkat edilmesi gerekli bir diğer husus da hakem adayının ICC Tahkim Kurallarına uygun olarak süreci yürütebilme konusunda ki yetkinliği ve müsaitliğidir.[969] Zira, seçilecek hakem ya da hakemlerin uygulanacak hukuka hakim, milletlerarası tahkim hukuku konusunda bilgi sahibi ve uyuşmazlık konusuyla alakalı uzman ve tecrübeli bir kişi olması halinde, tahkim yargılaması çok daha hızlı bir şekilde sonuçlanabileceği gibi, verilen kararın doğruluğu konusunda da tarafların herhangi bir şüphesi olmayacaktır. Ayrıca hakem adayının diğer işlerinin somut olaydaki tahkim yargılamasını engellemeyecek düzeyde olmasına, başka bir ifadeyle hakemin tahkim süreci için müsait olmasına dikkat edilmesi de gerekmektedir.

En başında ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri kapsamında başlatılan tahkim yargılamalarında taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uyuşmazlık ICC Tahkim Kurallarına göre sonuçlandırılacak olup, taraflar dilerlerse başka bir tahkim kurumu kurallarına atıf yapabilecekleri gibi, kurallarını tamamen kendilerinin belirleyeceği bir *ad hoc* tahkim de öngörebilirler. Bu durumda tarafların belirlemiş olduğu kurallara göre hakem seçimi yapılarak tahkim heyeti oluşturulacaktır.

[966] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 13/I.
[967] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 13/VI.
[968] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 13/I.
[969] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 13/I.

3.2.5.4. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Tahkim Öncesi Aşamalar Tüketilmeden Tahkim Yoluna Başvurulmasının Sonuçları

Tahkim öncesi tüketilmesi gerekli aşamalar genel olarak zorunlu ve ihtiyari nitelikte olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Bunların ihtiyari nitelikte olması halinde, bu aşamaların tüketilmesi tamamen tarafların isteğine bağlı olup, söz konusu aşamaları tüketmek istemeyen taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Buna karşılık tahkim öncesi tüketilmesi gerekli aşamaların zorunlu nitelikte olması halinde ise, bu aşamaların sırasıyla tüketilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim başvurusunun hakem ya da hakem heyeti tarafından esasa girilmeksizin doğrudan reddedilmesi gerekmektedir.[970]

Yukarıda da ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinde çok aşamalı bir uyuşmazlık çözüm klozu yer almaktadır.[971] Buna göre, öncelikli olarak mühendise başvurulması, mühendisin kararına karşı süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunulması, akabinde DAAB'a başvurulması, DAAB kararına karşı NOD bildiriminde bulunulması, bunun ardından uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülmesi için öngörülen 28 günlük sürenin dolmasının beklenilmesi, dostane çözüm sürecinin de başarısızlıkla sonuçlanması halinde tarafların tahkim yoluna başvurmaları gerekmektedir.

FIDIC sözleşmeleri kapsamında yer alan tahkim öncesi koşullar kural olarak mecburi niteliktedirler. Başka bir ifadeyle, tarafların tahkim yoluna başvurabilmeleri için kural olarak öncelikle öngörülen diğer aşamaları tüketmeleri zorunlu olup, söz konusu aşamalar tüketilmeden tahkim yoluna gidilmesi halinde, tahkim başvurusunun hakem ya da hakem heyeti tarafından reddedilmesi gerekmektedir. Hakem heyetinin tahkim öncesi aşamalar tamamlanmadan yapılmış olan bir başvuruyu esastan karara bağlaması halinde ise, heyetin yetkisiz olduğu bir konu hakkında yargılama yapmış olması sebebiyle kararının iptal edilmesi ya da tenfiz talebinin reddedilmesi gerekmektedir. Zira, 21. madde kapsamında taraflarca bir değişiklik yapılmamış ise, öngörülen aşamalar tüketilmeden tahkim yoluna başvurulması, sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir.[972]

[970] Figueres, s. 71-72; Ekşi (2017), s. 197; Ekşi (2018), 71.
[971] Ekşi (2017), s. 186; Ekşi (2018), s. 69.
[972] Hök, s. 423-426; Kondev, s. 260-261; Ekşi (2017), s. 196-197; Ekşi (2018), s. 70-71.

Konu ile alakalı olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, bir Fransız yüklenici ile ismi belirtilmeyen bir ülke şirketi arasında 1999 tarihli FIDIC tip sözleşmelerinden biri (hangi FIDIC sözleşmesi olduğu kararda belirtilmemiş) esas alınarak bir sözleşme imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmenin ifası sırasında taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için yüklenici 2011 yılında DAB'a başvurma niyetinde olduğunu iş sahibine bildirmiş ve birkaç ay sonra da kurul üyeleri atanmıştır.

Kurul üyelerinin atanmış olmasına rağmen Uyuşmazlık Çözüm Anlaşması (*Dispute Adjudication Agreement*-DAA) bir türlü imzalanamamış ve bu sebeple de kurul üyeleri uyuşmazlık hakkında bir karar verememişlerdir. Ortada bir DAB kararı bulunmamasına rağmen yüklenici 2013 yılında ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde tahkim sürecini başlatmıştır. Bu kapsamda iş sahibi, tahkim sürecinin başlatılabilmesi için öncelikle DAB sürecinin tamamlanmasının zorunlu bir önkoşul olduğunu savunarak, tahkim heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. İş sahibinin söz konusu itirazıyla ilgili olarak tahkim heyeti oy çokluğuyla, sözleşmenin 20.4. maddesinde DAB kararının tahkim sürecinin başlatılabilmesi için zorunlu bir ön koşul olarak öngörülmediği gerekçesiyle uyuşmazlığı esastan incelemeye başlamıştır.

Hakem heyetinin söz konusu kararının iptali için iş sahibi tarafından İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurulmuş ve Mahkeme 07.07.2014 tarihli kararında, tahkim heyetinin ilgili FIDIC sözleşmesinin 20. maddesi uyarınca DAB prosedürünün tamamlanmasının tahkim sürecinin başlatılması için tüketilmesi zorunlu bir ön koşul olmadığı yönündeki kararına katılmamakla, yani DAB kararının tahkim için zorunlu bir ön koşul olduğunu kabul etmekle birlikte, bir tarafın tahkim için gerekli olan ön koşulların yerine getirilmediğini ileri sürebilmesi için, öncelikle kendisinin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmesi gerektiğini, somut olayda DAB sürecinin tamamlanmamasından öncelikli olarak iş sahibinin sorumlu olduğunu, yüklenicinin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirdiğini, dolayısıyla da iş sahibinin bu davranışın iyi niyetli olmayıp, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, tahkim heyetinin kararını onamıştır.[973]

[973] A… SA v. B… SA, Swiss Federal Court, 07.07.2014 (4A_124/2014). Söz konusu kararın incelemesi için ayrıca bkz. Matthias Scherer & Sam Moss, Swiss Supreme Court Analyses Enforceability of Pre-Arbitral Procedure in Multi-Tier Dispute Resolution Provision (FIDIC DAB), Kluwer Arbitration Blog 1 Ekim 2014 < http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/10/01/swiss-supreme-court-analyses-enforceability-of-pre-arbitral-procedure-in-multi-tier-dispute-resolution-

Benzer yöndeki "*Al-Waddan*" kararında da bir İngiliz Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ile benzer bir sonuca ulaşmıştır. Söz konusu olayda taraflar arasında 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 4. baskısı uygulanmış olup, yüklenici sözleşme kapsamında mühendise müracaat ederek uyuşmazlığı sonuçlandırmasını talep etmiştir. Akabinde iş sahibi tarafından mühendisin görevine son verilip yerine yenisi de atanmadığı için bir sonuca ulaşılamamıştır. Bunun üzerine yüklenici tarafından uyuşmazlık tahkime taşınmıştır. İş sahibi, yüklenicinin tahkime başvurabilmesi için öncelikle mühendise başvurması ve mühendisin de 84 günlük süre içerisinde kararını vermesi gerektiğini, bunun tahkim için tamamlanması gereken bir zorunlu ön koşul olduğunu, söz konusu ön koşul tamamlanmadığı için de hakemin söz konusu uyuşmazlığa bakma yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir menfaat elde edemeyeceği vurgulanarak, iş sahibinin yeni bir mühendis atamayarak üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle iş sahibinin itirazını reddetmiştir.[974]

Farklı bir olayda ise, Peterborough Belediye Meclisi ile Enterprise Managed Service (EMS) arasında FIDIC Gümüş Kitap'ın değiştirilmiş bir versiyonu kapsamında 1.5 MW'lık bir güneş enerjisi tesisi kurulması konusunda sözleşme imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmeye göre tesis 31.07.2011 tarihine kadar 55 kW'lik enerji üretimini gerçekleştiremezse EMS Belediyeye 1,3 milyon poundluk bir ödeme yapacaktır.

Tesisin belirlenen süre içerisinde öngörülen miktarda enerji üretememesi üzerine Belediye tarafından 06.02.2014 tarihinde EMS'ye fiyatta indirim yapılması için bildirimde bulunulmuş, EMS tarafından sözleşme hükümleri kapsamında öncelikle DAB'a başvurulması gerektiği yönünde cevap verilmiştir. 2014 yılı temmuz ayında EMS DAB'a başvurmaya niyetli olduğunu bildirmiş ve henüz DAB kurulmamış olduğu için 26.08.2014 tarihinde DAB üyesinin atanmasına yönelik süreci başlatmıştır. Buna karşılık Belediye, mahkeme sürecini başlatarak, EMS'ye 11.08.2014 ve 27.11.2014 tarihlerinde mahkeme sürecini devam ettirmek niyetinde

provision-fidic-dab/?doing_wp_cron=1597838463.5911409854888916015625> Erişim tarihi 26.08.2022.; Chris Caulfield & Kiran Unni, "When Is Referral to A Dispute Adjudication Board A Precondition for Court or Arbitration Proceedings?", **International Arbitration Law Review**, Sayı 19/1, 2016, s. 7-9; Wardle, s. 261.

974 Al-Waddan Hotel v. Man Enterprise SAL (Offshore) [2014] EWHC 4796 (TCC); [2015] B.L.R. 478. Söz konusu kararın incelemesi için ayrıca bkz. Wardle, s. 261-262.

olduğuna dair bildirimde bulunmuştur. Yargılama sırasında Belediye, FIDIC sözleşmesinin 20.8. maddesinin DAB sürecine başvurmaksızın mahkemeye başvurma imkânı tanıdığını, ancak mahkemenin aksi kanaatte olması halinde karmaşık uyuşmazlıkların DAB sürecine uygun olmadığı gibi kaybeden tarafın kaçınılmaz olarak mahkemeye başvuracak olması sebebiyle, DAB sürecinin pahalı bir zaman kaybından başka bir şey olmadığını savunarak yargılamanın devamına karar verilmesini talep etmiştir. Konuyla ilgili olarak mahkeme, öncelikle 20.8. maddenin ancak bir daimî DAB'a yönelik olarak uygulanabileceğini, buna karşılık taraflar arasındaki sözleşmede bir *ad hoc* DAB öngörüldüğünü, bu kapsamda EMS'nin öncelikle DAB'a başvurulması gerektiği yönündeki görüşünün yerinde olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, her ne kadar Belediye'nin ileri sürdüğü gibi DAB sürecinin pahalı bir zaman kaybı olduğu yönündeki görüşüne katılmakla birlikte, tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları şekilde uyuşmazlıkları çözmeleri gerektiğini belirterek, mahkeme sürecinin durdurularak DAB sürecinin tamamlanmasına, yani DAB süreci tamamlanmadan mahkemeye başvurulamayacağına hükmetmiştir.[975]

Başka bir İngiliz Mahkemesi kararında ise, iş sahibinin kesin teminatlara rücu etmesini önlemek için ihtiyati tedbir talebinde bulunan yüklenicinin talebi, DAB üyelerinin tayin edilmemiş olması sebebiyle 20.8. madde kapsamında DAB'a başvuru yapılmasına gerek olmaksızın doğrudan tahkim sürecinin başlatılabileceğine karar verilmiştir.[976]

Sonuç olarak, söz konusu mahkeme kararlarından açıkça, tahkim öncesi aşamaların FIDIC sözleşmeleri bakımından uyuşmazlığın tahkime taşınabilmesi için tüketilmesi zorunlu birer ön şart (*condition precedent*) oldukları, ancak durum ve koşullara bağlı olarak söz konusu şartların dar yorumlanmaları gerektiği anlaşılmaktadır.

2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 3. ve 21. maddelerinde tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden doğrudan tahkime başvurulmasına imkân veren birtakım istisnai durumlara yer verilmiştir. Bunlardan ilkine göre, mühendise yapılan

[975] Peterborough City Council v. Enterprise Managed Service Ltd., [2014] EWHC 3193 TCC. Karar ile ilgili bir değerlendirme için bkz. Caulfield & Unni, s. 6-7.

[976] Doosan Babcock Limited (formerly Doosan Babcock Energy Limited) v. Comercializadora de Equipos Materiales Mabe Limitada (previously known as Mabe Chile Limitada) [2013] EWHC 3010 TCC, paraf. 2.

başvuru sonucunda taraflarca bir anlaşmaya varılması ya da mühendis tarafından bir karar verilmiş olup da iş bu kararın kesinleşip bağlayıcı hale gelmesine rağmen taraflardan herhangi birinin iş bu kesinleşmiş karara aykırı davranması ya da yerine getirmemesi halinde, diğer taraf DAAB'a başvurmaksızın ya da uyuşmazlığın dostane çözümü hususunda girişimde bulunmaksızın doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Bu gibi durumlarda, hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, ilgili anlaşmanın ya da mühendis tarafından verilen kararın uygulanmasına karar verebilir.[977]

Benzer şekilde, taraflardan herhangi birisinin DAAB tarafından verilmiş olup da kesinleşip bağlayıcı hale gelen bir karara aykırı davranması veya onu yerine getirmemesi halinde diğer taraf, NOD bildiriminde bulunmasına ya da uyuşmazlığın dostane çözümü hususunda girişimde bulunmasına gerek bulunmaksızın 21.6. madde kapsamında doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Bu gibi durumlarda, hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, söz konusu DAAB kararın uygulanmasına karar verebilir.[978]

Son olarak DAAB'ın görev süresinin dolmuş olması ya da başka herhangi bir sebeple mevcut olmaması halinde de taraflar yukarıda belirtilen şartları yerine getirmeksizin, yani DAAB'a başvurup karar alınmaksızın ya da dostane çözüm yoluna başvurmaksızın uyuşmazlığı doğrudan tahkime götürebilirler.[979] Söz konusu düzenleme uyarınca tarafların doğrudan tahkime başvurulabilmesi için DAAB'ın atanmış olmasına rağmen, uyuşmazlığın DAAB'ın görev süresinin sona ermesi ya da başka herhangi bir sebeple varlığının sona ermesinden sonra ortaya çıkmış olması gerekmektedir.[980]

Tarafların DAAB üyelerini sözleşmenin kurulmasından itibaren belirleyememeleri durumunda, yani DAAB'ın sonradan değil de baştan itibaren mevcut olmaması halinde ise tarafların kural olarak doğrudan tahkim yoluna başvuruda bulunmaları mümkün olmayıp, bu durumda FIDIC sözleşmelerinde

[977] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 3.7.5 ve 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 3.7.5. ve 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 3.5.5. ve 21.7.
[978] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.7.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.7.
[979] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.8.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.8.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.8.
[980] Ekşi (2017), s. 203-204; Ekşi (2018), s. 77.

belirtilen prosedürü takip ederek yetkili kurum ya da organa kurul üyesi/üyelerini ataması için başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Gerçekten de daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21. maddesine göre, taraflarca sözleşmede belirtilen süre içerisinde, böyle bir tarihin sözleşmede belirtilmemiş olması halinde ise Kırmızı ve Sarı Kitap bakımından yüklenicinin kabul mektubunu almasından, Gümüş Kitap bakımından ise her iki tarafın da sözleşmeyi imzalamasından itibaren 28 günlük süre içerisinde DAAB üyelerinin atamasının yapılması gerekmektedir.[981] Tarafların belirtilen süre içerisinde DAAB üyelerini belirleyememeleri halinde ise, taraf ya da tarafların 42 günlük süre içerisinde sözleşmede belirtilen kurum ya da organa başvuruda bulunarak hakem ya da hakemleri belirlemesi istenmelidir. Söz konusu başvuru üzerine yetkili kurum ya da organ, taraflara danıştıktan sonra kurul üyesini/üyelerini nihai ve kesin olarak belirleyecektir.[982] Böyle bir durumda kural olarak, tarafların yetkili kurum ya da organa başvurup, DAAB üyelerinin atanmasına müteakip gerekli DAAB kararını temin ettikten sonra, tahkim yoluna başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim başvurusu esasa girilmeksizin reddedilecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere, 2017 tarihli FIDIC Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap'ın 21. maddesinde yapılan değişikliklerden önce, Kırmızı Kitap'tan farklı olarak, Sarı ve Gümüş Kitap'ta DAB üyelerinin atamasının projenin başında değil, taraflardan birinin uyuşmazlık için DAB'a başvurmaya niyetli olduğunu diğer tarafa bildirmesinden itibaren 28 günlük süre içerisinde yapılacağı öngörülüyordu.[983] Başka bir deyişle, Kırmızı Kitap'ta daimî DAB öngörülmüşken, Gümüş ve Sarı Kitap ise *ad hoc* DAB öngörülüyordu.

Geçici yani *ad hoc* DAB sisteminin uygulandığı durumlarda DAB, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktıktan sonra oluşturuluyor ve görev süresi de uyuşmazlık ile alakalı kararını vermekle sona eriyordu. *Ad hoc* DAB'ın bu özelliği, yani her uyuşmazlık için DAB'ın yeniden oluşturulması ve ilgili uyuşmazlık sona erdikten sonra da DAB'ın görev süresinin sona erecek olması karşısında, "*DAB'ın görev süresinin sona ermesi*" ifadesi, söz konusu istisnanın uygulanmasına ilişkin birtakım

[981] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.1.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.1.
[982] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.2.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.2.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.2.
[983] Sarı Kitap (1999) madde 20.2; Gümüş Kitap (1999) madde 20.2.

sorunlara da sebep olabiliyordu.[984] Örneğin yukarıda belirtilen "*Peterborough City Council v. Enterprise Managed Service*" kararında da vurgulandığı üzere, FIDIC Gümüş Kitap kapsamında 20.8. maddenin uygulanabilmesi, yani DAB'a başvurmaksızın mahkeme ya da tahkim sürecinin başlatılabilmesi için, taraflar arasında düzenlenmiş olan sözleşmede öngörülen DAB'ın *ad hoc* değil, sürekli nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde, tarafların DAB'ın oluşturulamadığı ya da görev süresinin dolduğu gerekçesiyle doğrudan mahkeme ya da tahkim sürecini başlatması mümkün değildir.[985] Ancak 2017 yılında yapılan değişiklikler ile DAAB'ın atanmasına ilişkin prosedür ile diğer hususların Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap bakımından özdeş hale getirilip, hepsinde DAAB'ın bir tür daimî uyuşmazlık çözüm kurulu olarak düzenlenmiş olması karşısında, artık bu sorununda ortadan kalktığı söylenebilir.

Söz konusu istisnalara ek olarak, daha önce de ifade edildiği üzere, taraflar isterlerse FIDIC sözleşmelerini aynen uygulayabilecekleri gibi tip sözleşmelerde istedikleri değişiklikleri yapmaları da mümkündür. Bu kapsamda tarafların DAAB'a ilişkin düzenlemeleri tamamen sözleşmeden çıkartmaları ya da bu kısmın uygulanmayacağını belirtmeleri halinde de taraflar doğrudan tahkim yoluna başvurabileceklerdir. Hatta bu durumda tarafların 21.8. maddeye dayanmalarına dahi gerek bulunmamaktadır. Zira, söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için, DAAB'ın atamasının sona ermesi gerekmekte olup, doğal olarak DAAB'ın yer almadığı bir sözleşmeyle ilgili olarak da 21.8. maddenin uygulanması mümkün değildir.[986]

3.2.5.5. FIDIC Sözleşmeleri Kapsamında Tahkim Masrafları

Daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinde ICC Tahkim Kurallarına atıf yapılması sebebiyle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılamalarında ICC Tahkim Kurallarının uygulanması gerekmektedir.

ICC Tahkim Kuralları'na göre, tahkim masrafları, hakemlerin ücret ve giderlerini, tahkimin başladığı tarihte yürürlükte olan tarifeye göre Divan tarafından

[984] Kondev, s. 263-264; Ekşi (2017), s. 203; Ekşi (2018), s.77.
[985] Peterborough City Council v. Enterprise Managed Service Ltd., [2014] EWHC 3193 TCC.
[986] Ekşi (2017), s. 204; Ekşi (2018), s. 77-78.

belirlenen ICC idari giderlerini ve ayrıca tahkim mahkemesi tarafından atanan uzmanların ücret ve giderleri ile tahkim için taraflarca yapılan makul yasal ve diğer masrafları kapsamaktadır.[987]

ICC Tahkim Kurallarına göre, hakem ücretleri ilgili ölçek dikkate alınarak belirlenecek olup, tahkim mahkemesi tarafından, olayın istisnai nitelikleri nedeniyle ilgili ölçeğe göre hesaplanandan daha yüksek veya daha düşük bir hakem ücreti de belirlenebilir.[988]

Mahkeme tarafından nihai kararla birlikte, tahkim masrafları tespit edilerek, tarafların hangi oranda bu masraflardan sorumlu olacağına karar verilecektir. Ancak tahkim yargılamasının herhangi bir anında, Divan tarafından belirlenecek olanlar dışındaki masraflara ilişkin karar verilebileceği gibi, iş bu masrafların ödenmesine de hükmedilebilir.[989] Mahkeme tarafından nihai karar verilmeden önce tarafların taleplerini geri çekmeleri veya tahkimin sona ermesi halinde ise, hakem ücretleri ile diğer masraflar Divan tarafından belirlenecektir.[990]

Mahkeme tarafından masraflar ile ilgili karar verilirken, tarafların tahkim yargılamasını hızlı ve uygun maliyetli bir şekilde yürütmesi de dahil olmak üzere, ilgili bulduğu tüm hususları dikkate alabilir.[991] Benzer bir düzenleme FIDIC sözleşmelerinde de yer almakta olup, söz konusu düzenlemeye göre, tahkim masraflarıyla ilgili olarak hakem ya da hakem heyeti karar verirken 21.1. ve 21.2. maddeler kapsamında tarafların DAAB oluşumunda ya da DAAB üyelerinin atanmasında diğer tarafla iş birliği yapıp yapmamasını da dikkate alabilir.[992]

[987] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 38/I.
[988] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 38/II.
[989] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 38/III-IV.
[990] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 38/VI.
[991] 01 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları, madde 38/V.
[992] FIDIC Kırmızı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Sarı Kitap (2017) madde 21.6.; FIDIC Gümüş Kitap (2017) madde 21.6.

3.2.5.6. FIDIC Tahkiminde Karşılaşılması Muhtemel Sorunlar ve Çözümleri

3.2.5.6.1. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Ana Yüklenicilik Sözleşmesine Atıf Yapılması

Daha önce de ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmeleri kapsamında ana yüklenicinin belirli kurallar çerçevesinde işin belli kısımlarını alt yüklenicilere devretmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda ana yüklenici ile alt yüklenici arasında bir alt yüklenicilik sözleşmesi imzalanacak olup, kimi alt yüklenicilik sözleşmelerinde doğrudan ana yüklenicilik sözleşmesi hükümlerine, bu kapsamda da uyuşmazlık çözüm prosedürüne atıf yapıldığı görülmektedir. İş sahibi ile ana yüklenici arasında FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir yüklenicilik sözleşmesinin imzalandığı ve alt yüklenicilik sözleşmesinde de ana yüklenicilik sözleşmesine atıf yapılması halinde, FIDIC sözleşmelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm prosedürlerinin, özellikle de tahkim konusunun alt yüklenicilik sözleşmesi bakımından geçerli olup olmadığı sorusu akıllara gelmektedir.[993]

FIDIC sözleşmeleri incelendiğinde konu ile alakalı herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Bu sebeple konunun alt yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak olan hukuka göre çözülmesi gerekmektedir. Eğer alt yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukuk kuralları buna cevaz veriyorsa, alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan sorunların da FIDIC sözleşmesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm prosedürleri kapsamında çözülmesi gerekmektedir. Bu sebeple de tarafların ilgili prosedürü uygulamaksızın doğrudan yerel mahkemelerde dava açmaları halinde dava reddedilecektir.

3.2.5.6.2. Paralel Davalar

Paralel davalar (*Parallel proceedings/Parallel litigations*) aynı hukuki işlemle alakalı iki ayrı tahkim yargılamasının ya da bir tahkim ile mahkeme yargılamasının aynı anda devam etmesi şeklinde tanımlanabilir. İki ayrı yargılamanın paralel dava

[993] Ekşi (2017), s. 191-192.

olarak kabul edilebilmesi için illa aynı konu hakkında olmaları zorunlu değildir. Zira esas davanın tahkim yargılamasında, buna karşılık ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki koruma taleplerinin ise yerel mahkemelerde görülmesi örneğinde de bir paralel dava durumunun varlığı kabul edilmelidir.[994]

Paralel davalarda karşılaşılan en önemli sorun, birbiri ile zıt iki ayrı kararın ortaya çıkmasıdır. Bu tarz bir sorun ile karşılaşmamak için önceleri kesin hüküm, derdestlik, bekletici mesele, anti-suit injunction ya da forum non-convenience gibi usul hukuku müesseselerine başvurulmuş, ancak hakem yargılamasının adli yargılamadan farklı olması sebebiyle söz konusu müesseselerle aynı konu hakkında farklı kararların ortaya çıkmasına engel olunamamıştır. Bunun üzerine paralel davaların engellenmesi için tahkim anlaşması ile ulusal mahkemelerin yetkisinin ortadan kaldırılması, çatallaşma klozu, davaların birleştirilmesi, her iki davayı yürütmek üzere aynı hakem heyetinin atanması gibi bir takım tahkime özgü müessesler uygulanmaya başlanmıştır. Ancak söz konusu çözümlerin de yeterli olmadıkları görülmektedir.[995]

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, çok sayıda yüklenicinin bulunması, yüklenicilerin tabiiyetlerinin farklı olması, projelerin ifasının çok uzun sürmesi, yüklenicilik sözleşmelerinde yeknesak bir uyuşmazlık çözüm yönteminin belirlenmemiş olması ve projelerin yüksek risk potansiyelleri gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, paralel davalar ile karşılaşma ihtimali oldukça yüksektir. Gerçekten de ana yüklenici ile iş sahibi arasında devam eden bir tahkim yargılaması varken ana yüklenici ile bir alt yüklenici arasında da bir tahkim ya da mahkeme süreci devam ediyor olabilir.[996]

FIDIC sözleşmeleri kapsamında devam etmekte olan iki ayrı tahkim sürecinin birleştirilip birleştirilemeyeceği ya da birinin diğeri için bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu ile alakalı olarak FIDIC sözleşmeleri incelendiğinde herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Ancak daha öncede ifade edildiği üzere, FIDIC sözleşmelerinde kural olarak ICC Tahkim Kuralları uygulanmakta olup, 1 Ocak 2021 tarihli ICC Tahkim Kurallarının 10. maddesine göre, tarafların birisinin talebi üzerine, Divan tarafından

[994] Ekşi (2017), s. 192-193.
[995] Ekşi (2017), s. 193.
[996] Ekşi (2017), s. 194.

iki ya da daha fazla tahkim yargılamasının, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ilk açılan dosya kapsamında birleştirilmesine karar verilebilir. Ancak tahkim yargılamalarının birleştirilebilmesi için birtakım şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Gerçekten de birden fazla tahkim yargılamasının birleştirilerek tek bir tahkim yargılaması kapsamında devam edebilmesi için;

- Tarafların hali hazırda yargılamaların birleştirilmesi konusunda anlaşmış olmaları,
- Tüm taleplerin aynı tahkim sözleşmesi ya da sözleşmeleri kapsamında yapılmış olması gerekmektedir.

Yukarıda sayılanların yanı sıra, taleplerin aynı tahkim sözleşmesi ya da sözleşmeleri kapsamında yapılmamış olmakla birlikte, yargılamanın taraflarının aynı olması, uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden kaynaklanması ve tahkim sözleşmelerinin birbirleri ile uyumlu olması halinde de Divan tarafından tahkim yargılamalarının ilk tahkim dosyası kapsamında birleştirilmesine karar verilebilir.[997]

Paralel davalarda farklı kararların ortaya çıkmasının engellenmesi için yargılamaların birleştirilmesine karar verilebileceği gibi ICC Tahkim Kurallarının 9. maddesi kapsamında paralel davalara aynı hakem heyetinin atanması da mümkündür.[998]

3.2.5.6.3. Çok Taraflı Tahkim

Daha öncede ifade edildiği üzere uluslararası inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ve yüklenicilerin yanı sıra alt yüklenici ve tedarikçi gibi birçok katılımcı bulunmakta olup, iş bu katılımcıların her biri arasında, uyuşmazlık çözüm yöntemleri dahil farklı hükümler ihtiva eden sözleşme ilişkileri bulunmaktadır. İş bu sözleşmelerin her biri birbirinden farklı olsa da bunlar birbirleri ile doğrudan bağlantılı olup, ana sözleşme ile alakalı olarak ortaya çıkan herhangi bir uyuşmazlık alt sözleşmelere doğrudan etki edebileceği gibi, alt sözleşmelerle alakalı olarak ortaya çıkan bir uyuşmazlık da ana sözleşmenin ifasını doğrudan engelleyebilir. Bu kapsamda iş bu farklı sözleşmelerle alakalı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların tüm katılımcılar için geçerli evrensel bir

[997] ICC Tahkim Kuralları madde 10.
[998] ICC Tahkim Kuralları madde 9.

sonuca ulaşılarak sonuçlanabilmesi ve böylece de birbirini takip eden çelişkili kararların ortaya çıkmasının engellenebilmesi için taraflar, ilgili tüm uyuşmazlıkları tek bir tahkimde birleştirerek tek bir kararla sonuçlandırılması konusunda anlaşabilirler.[999]

Tahkim kuralları genellikle birden fazla sözleşmeden doğan iddiaların tek bir tahkimde ileri sürülerek karara bağlanmasına ve birden fazla davanın tek bir tahkimde birleştirilmesine olanak veren hükümler içermektedirler. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki birleştirme, ancak ve ancak tarafların bu konuda açık rızalarının bulunması, uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden kaynaklanması ve tahkim anlaşmalarının da birleştirmeye uyumlu olması halinde mümkün olabilir. Bunun yanı sıra, birleştirme için taraflar arasında imzalanan anlaşmaların her birinde de aynı tahkim organının yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ana sözleşmede uyuşmazlık çözümünde ICC tahkimi yetkilendirilmiş olmasına rağmen, alt sözleşmede uyuşmazlık çözümünde tek hakemli bir *ad hoc* tahkimin öngörülmüş olması halinde iş bu iki farklı tahkim organı önünde görülmesi gerekli tahkim yargılamaları nasıl ve hangi tahkim organında birleştirilecektir? Bu gibi durumlarda, yani taraflar arasında imzalanan sözleşmeler de farklı tahkim organlarının yetkilendirilmiş olması halinde, tarafların aralarında ya yeni bir sözleşme akdederek iş bu iki tahkim organından birini yetkilendirmeleri ya da ortak bir *ad hoc* tahkime olanak tanıyan ayrı bir uyuşmazlık çözüm anlaşması üzerinde anlaşmaları gerekmektedir.[1000] Bu durumda uyuşmazlık taraflarca sonradan kararlaştırılan tahkim organında birleştirilerek karara bağlanabilir.

Davaların birleştirilmesinin yanı sıra ana yüklenici ile iş sahibi arasında devam etmekte olan bir tahkim sürecine proje katılımcılarından herhangi birisi tarafından katılma talebinde bulunabileceği gibi, katılımcılar arasında görülmekte olan bir tahkim yargılamasına da iş sahibinin ya da diğer proje katılımcılarından herhangi birisinin müdahillik talebinde bulunması da mümkündür.

FIDIC sözleşmelerinde çok taraflı tahkim konusuyla alakalı nasıl bir yol izleneceğine dair herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça FIDIC sözleşmeleri kapsamında

[999] Kiefer & Cole, s. 82; Brekoulakis & El Far, s. 87.
[1000] Kiefer & Cole, s. 82.

başlatılan tahkim yargılamalarında ICC Tahkim Kurallarının uygulanması gerekmekte olup, ICC Tahkim Kurallarının 7. ve 8. maddelerinde davanın üçüncü kişilere ihbarı ve üçüncü kişilerin davaya katılımına izin veren düzenlemeler bulunmaktadır.[1001]

[1001] ICC Tahkim Kuralları madde 7-8.

SONUÇ

Günümüz inşaat sözleşmeleri ve projeleri giderek daha karmaşık, teknik ve maliyetli bir hale geldiği gibi, öngörülen inşaat süreleri de giderek uzamaktadır. İş bu durum inşaat sözleşmelerinin tarafları arasında giderek daha fazla uyuşmazlık yaşanmasına neden olmaktadır. Gerçekten de kompleks inşaat projeleri çok nadir olarak herhangi bir uyuşmazlık yaşanmaksızın tamamlanabilmektedir. Bu sebeple, sözleşmenin ifasından kaynaklı uyuşmazlıkların önüne geçebilmek, bu mümkün olmazsa da ortaya çıkan uyuşmazlığı mümkün olduğunca hızlı bir şekilde sonuçlandırabilmek için inşaat sözleşmelerinde çok sayıda düzenlemeye yer verilmektedir.

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde taraflarca farklı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi kararlaştırılmamışsa kural olarak taraflardan herhangi birisinin tabiiyetinde bulunduğu ülke mahkemesi iş bu uyuşmazlıkları çözmekle yetkilidir. Ancak inşaat sözleşmeleri, özellikle de uluslararası inşaat sözleşmeleri incelendiğinde, ulusal mahkemelerden ziyade alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının tercih edildiği görülmektedir. Böylece uyuşmazlık çok daha çabuk ve maliyet etkin bir şekilde sonuçlandırılabilmektedir.

Uluslararası inşaat sektöründe genel olarak tip sözleşmeler kullanılmakta olup, bu tip sözleşmelerde de uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak genellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve nihai olarak da uluslararası tahkim tercih edilmektedir. FIDIC sözleşmeleri ise uluslararası inşaat sözleşmelerinde en çok tercih edilen tip sözleşmelerdir.

FIDIC tip sözleşmelerinde, taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almakta olup, bu kapsamda üç aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi öngörülmüştür. Herhangi bir uyuşmazlık yaşanması halinde taraflar ve diğer ilgililerin bu düzenlemelere kapsamında hareket etmesi gerekmektedir.

FIDIC tip sözleşmelerinde öngörülen üç aşamalı uyuşmazlık çözüm yönteminde nihai çözüm yöntemi tahkim olmakla birlikte, tarafların tahkime başvurabilmeleri için öncelikle diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tüketmeleri gerekmektedir. Bu durum, sürecin erken aşamalarında proje katılımcıları tarafından

uyuşmazlığın çözülebildiği durumlarda maliyetli ve daha ihtilaflı mekanizmalardan kaçınılmasına olanak tanıdığı için faydalı olmakla birlikte, sürecin gereksiz yere uzamasına sebep olarak, sorunların çözümünü geciktirip maliyetlerin artmasına da neden olabilmektedir. Bunun yanı sıra, FIDIC sözleşmeleri kapsamında öngörülen iş bu çok aşamalı uyuşmazlık çözüm yöntemi kimi zaman karmaşık yetki sorunlarını da beraberinde getirmekte ve taraflar arasında sıklıkla zorunlu çözüm yollarının tüketilmediği gerekçesiyle yeni uyuşmazlıkların gündeme gelmesine de sebep olabilmektedir.

Doktrinde yer alan bazı görüşler tarafından mühendisin yetki ve sorumlulukları göz önünde bulundurularak, FIDIC sözleşmelerinde dört aşamalı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının öngörüldüğü ileri sürülse de bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira FIDIC sözleşmeleri kapsamında teknik olarak uyuşmazlıkların mühendis tarafından çözülmesi mümkün değildir. FIDIC sözleşmeleri kapsamında teknik olarak bir uyuşmazlıktan bahsedilebilmesi için tarafların, talepleri ile ilgili yapmış oldukları başvurular hakkında bir anlaşmaya varamamaları, bu sebeple de anlaşmazlık konusu ile alakalı olarak mühendis tarafından bir karar verilmiş ve verilen karara da taraflarca 28 günlük süre içerisinde itirazda bulunulmuş olması yani bir NOD bildirimi yapılması gerekmektedir. Ancak bundan sonra FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlıktan bahsedilebilir.

Mühendisin müdahalesi teknik olarak uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önceki aşamaya ilişkin olup, ancak mühendisin müdahalesi ile konunun sonuçlandırılamamış olması halinde teknik olarak FIDIC sözleşmeleri kapsamında bir uyuşmazlıktan bahsedilebilir. Başka bir ifadeyle, FIDIC sözleşmeleri kapsamında uyuşmazlık terimi, taraflar arasındaki anlaşmazlık konusu ile alakalı olarak mühendisin kararından sonraki aşamayı ifade etmektedir. Bu sebeple de FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin uyuşmazlıkların çözümünde teknik olarak herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

FIDIC sözleşmeleri kapsamında mühendisinin teknik olarak uyuşmazlıkların çözümünde herhangi bir rolü bulunmamasına rağmen, tarafların DAAB'a başvurabilmek için öncelikle mühendise başvurmak zorunda olmaları ve mühendisin vermiş olduğu kararlara karşı süresi içerisinde itiraz edilmemiş olması, başka bir deyişle iş bu kararlara karşı NOD bildiriminde bulunulmaması halinde, bunların kesin

ve bağlayıcı bir nitelik kazanacak olmaları ve iş bu kesin ve bağlayıcı kararların gereğinin yerine getirilmemesi halinde, bunların ifası için doğrudan tahkime başvurulabilecek olmaları sebebiyle, mühendisin FIDIC sözleşmelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde çok önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır.

FIDIC tip sözleşmeleri kapsamında öncelikle, tarafların talepleri ve diğer hususlarla alakalı olarak yapmış oldukları başvurularının bir uyuşmazlık haline dönüşmeden, mühendisin tarafları bir araya getirip uygun bir müzakere ortamı sağlayarak müzakere yöntemiyle ya da taraflarla ayrı ayrı görüşerek tarafların anlaşması ile sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle, taraflar arasındaki sorunların sulh yoluyla çözülmesi hedeflenmektedir. Şüphesiz bu en çok arzu edilen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tarafların kendi aralarında anlaşmaya varamamaları durumunda ise, konu mühendise intikal edecektir.

Tarafların aralarındaki bir anlaşmazlıkla alakalı olarak mühendise başvurmaları halinde mühendis öncelikle her iki tarafla aynı anda ya da ayrı ayrı görüşerek onları bir anlaşmaya varmaları için teşvik edecektir. Bu görüşmeler sonucunda, mühendisin teklifi ve tarafların kabulü ile farklı bir sürenin belirlenmemiş olması halinde 42 günlük süre içerisinde taraflarca bir anlaşmaya varılması amaçlanmaktadır. İş bu 42 günlük süre içerisinde istenilen amaç elde edilirse, yani taraflar başvuru hakkında bir anlaşmaya varabilirlerse, mühendis her iki tarafın da imzası bulunan anlaşma metnini taraflara tebliğ edecek, böylece konu teknik olarak bir uyuşmazlığa dönüşmeden sona ermiş olacaktır. Buna karşılık söz konusu süre içerisinde taraflarca bir anlaşmaya varılamaması ya da her iki tarafın da bu süre içerisinde bir anlaşmaya varılmasının mümkün olmadığını belirtmeleri durumunda mühendis, taraflara bu konuda bildirimde bulunduktan sonra derhal kendisi konu hakkında karar vermek için ilgili süreci başlatacaktır.

Bu kapsamda tarafların kabulü ile farklı bir süre belirlenmemiş ise, mühendis 42 günlük süre içerisinde sözleşme doğrultusunda ilgili bütün hususları da dikkate alarak adil bir karar verecek ve vermiş olduğu kararı gerekçesi ile birlikte taraflara bildirecektir.

Taraflardan herhangi birisinin mühendisin vermiş olduğu kararından memnun olmaması halinde ise, ilgili tarafın kararın kendisine ulaşmasından itibaren 28 günlük süre içerisinde karara karşı itiraz etmesi, başka bir deyişle NOD bildiriminde

bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda karardan memnun olmayan taraf, karşı tarafa ve mühendise nedenleri ile birlikte mühendisinin kararından memnun olmadığına dair bir NOD bildiriminde bulunacaktır. Taraflar mühendisin kararından bir bütün olarak memnun olmayabilecekleri gibi, sadece bir kısmından da memnun kalmayabilirler. Bu kapsamda ilgili tarafın mühendisin kararının sadece belirli bir kısmından memnun olmaması halinde, ilgili kısım ya da kısımların açıkça NOD bildiriminde belirtilmesi gerekmektedir. Süresi içerisinde NOD bildirimi yapıldıktan sonra söz konusu kararın düzeltilmesi için DAAB'a başvurulabilir. Tarafların iş bu 28 günlük süre içerisinde NOD bildirimde bulunmamaları halindeyse, mühendisin kararını kabul ettikleri farz edilecek ve karar taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir. Mühendisin kararından memnun olmayan tarafın iş bu karara karşı süresi içerisinde NOD bildiriminde bulunduktan sonraki 42 günlük süre içerisinde yazılı olarak uyuşmazlığın çözülmesi için DAAB'a başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu NOD bildirimi geçerliliğini yitirecek ve mühendisin kararı taraflar bakımından kesin ve bağlayıcı hale gelecektir.

Mühendis tarafından verilen karar düzeltilmedikçe ya da DAAB veya tahkim yoluyla yeniden incelenip değiştirilmedikçe taraflar bakımından bağlayıcı ve kesin hale gelecektir.

Taraflarca anlaşmazlık konusu hakkında bir anlaşmaya varılmış olması ya da mühendis tarafından anlaşmazlığın sonuçlandırılmış olmasına rağmen, söz konusu anlaşmanın/kararın taraflarca yerine getirilmemesi halinde ne yapılması gerektiğine dair 1999 tarihli FIDIC sözleşmelerinin aksine 2017 tarihli FIDIC sözleşmelerinde çok ayrıntılı ve açık düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda öncelikle başvurunun tarafların anlaşması ile mi yoksa mühendisinin kararı ile mi sonuçlandığına bakılarak ikili bir ayrım yapılması gerekmektedir. Tarafların mühendise intikal eden konuyu anlaşmaya vararak sonuçlandırmış olmaları halinde, söz konusu anlaşmanın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, taraflarca yerine getirilmesi gerekmektedir. Söz konusu anlaşmanın yerine getirilmemesi halinde ise, diğer taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Başka bir ifadeyle bu durumda diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri tüketilmeksizin -konunun öncelikli olarak DAAB tarafından ele alınmasına ya da dostane çözüm yoluna başvurulmasına gerek olmaksızın- doğrudan tahkim süreci başlatılabilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti herhangi bir geçici hukuki

koruma tedbiri kapsamında geçici olarak ya da nihai bir kararla ilgili anlaşmanın uygulanmasına da karar verebilir.

Tarafların anlaşmaya varamamaları sebebiyle konunun mühendis tarafından sonuçlandırılması halinde ise, kararın kesinleşip kesinleşmediğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Eğer mühendis tarafından verilen karar kesinleşmiş ise, yani 28 günlük süre içerisinde taraflarca NOD bildiriminde bulunulmamış ya da NOD bildiriminde bulunduktan sonraki 42 günlük sürede DAAB'a gerekli başvuru yapılmamış ise, söz konusu kararın taraflarca yerine getirilmesi gerekmektedir. Kesinleşmiş mühendis kararının yerine getirilmemesi halinde ise, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tüketilmesine gerek olmaksızın doğrudan tahkim süreci başlatılabilir. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti herhangi bir geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında geçici olarak ya da nihai bir kararla ilgili kararın derhal uygulanmasına karar verebilir. Buna karşılık mühendis tarafından verilen kararın bağlayıcı olmakla birlikte henüz kesinleşmemiş olması halinde söz konusu kararın yerine getirilmemesi durumunda doğrudan tahkim yoluna başvurulması mümkün olmayıp, öncelikle DAAB sürecinin tamamlanması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen düzenlemelere ek olarak, 2017 tarihli FIDIC sözleşmeleri kapsamında taraflarca varılan anlaşmanın ya da kesin ve bağlayıcı nitelikte olan bir mühendis kararının yerine getirilmemesi hem yüklenici hem de iş sahibi için sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilmiş ve sözleşmenin diğer tarafına sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmıştır.

Taraflarca herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için DAAB'a başvuruda bulunulması halinde, kurul tarafından önerilip taraflarca kabul edilmiş başka bir süre bulunmadıkça, başvuru tarihinden itibaren 84 günlük süre içerisinde kurulun kararını vermesi gerekmektedir. Söz konusu süre, kurul başkanına uyuşmazlık hakkında yazılı olarak başvuruda bulunulması ile başlayacaktır. Söz konusu karar, taraflardan herhangi birisinin karar ile ilgili NOD bildiriminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, her iki taraf için de bağlayıcı nitelikte olacaktır. Mühendisin söz konusu karara uyup uymadığından ise, işveren sorumludur. Söz konusu karar gereğince, taraflardan birisinin diğer tarafa bir ödeme yapması gerekiyorsa, bu miktar herhangi bir belge ya da bildirime gerek olmaksızın derhal muaccel hale gelecektir.

DAAB'ın süresi içerisinde karar verememesi ya da verilen karardan taraflardan birinin memnun olmaması halinde, ilgili tarafın söz konusu karardan memnun olmadığını 28 günlük süre içerisinde diğer tarafa bir NOD ile bildirmesi, yani karara itiraz etmesi gerekmektedir. 28 günlük süre kararın tebliğ ya da kurul tarafından karar verilmesi gereken sürenin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Kurul tarafından verilen karara karşı 28 günlük süre içerisinde tarafların karardan memnun olmadıklarına dair bir NOD bildirimde bulunmamaları halinde, karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecek, diğer bir deyişle uyuşmazlık DAAB kararı ile sonuçlanmış olacaktır. Ancak, DAAB kararına karşı bir NOD bildiriminde bulunulmuş olmasının, yani söz konusu karara taraflardan herhangi biri tarafından itiraz edilmiş olmasının, kararın bağlayıcılığına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Taraflardan herhangi birisinin, bağlayıcı ya da hem kesin hem de bağlayıcı nitelikte olan (yani DAAB kararının kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın) bir DAAB kararının gereği yerine getirmemesi halinde, karşı taraf doğrudan tahkim yoluna başvurabilir. Bu durumda DAAB'a yeniden bir başvuru yapılmasına gerek olmadığı gibi, dostane çözüm yoluna başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır. Bu durumda hakem ya da hakem heyeti, seri veya diğer ivedi usulleri kullanarak, ihtiyati tedbir veya geçici ya da nihai bir kararla, DAAB kararının infazına karar verebileceği gibi, infaz kararında ayrıca bir tazminata da hükmedilebilir. Bunun yanı sıra, FIDIC sözleşmeleri kapsamında kesin nitelikte olup olmadığı önemli olmaksızın DAAB kararlarının yerine getirilmemesi hem yüklenici hem de iş sahibi için sözleşmenin esaslı bir ihlali olarak kabul edilmiş ve sözleşmenin diğer tarafına sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmıştır.

DAAB kararına karşı 28 günlük süre içerisinde NOD bildiriminde bulunulduktan sonra uyuşmazlık çözümünde bir sonraki basamağa geçiş yapılacak ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülebilmesi için öngörülen 28 günlük sürenin dolması beklenecektir. Hemen belirtilmelidir ki FIDIC sözleşmeleri kapsamında dostane çözüm süreci için 28 günlük sürenin dolması, tahkime başvurabilmek için tüketilmesi zorunlu bir prosedür olmakla birlikte, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, söz konusu uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için tarafların herhangi bir girişimde bulunmasına gerek bulunmamaktadır. NOD bildirimi verildikten 28 gün sonra taraflar tahkim prosedürünü başlatabilirler.

Dostane çözüm girişimleri sonucunda taraflarca DAAB kararı tamamen veya kısmen kabul edilebileceği gibi söz konusu kararın tamamen veya kısmen değiştirilmesi de mümkündür. DAAB kararının olduğu gibi ya da değiştirilerek kabul edilmesi halinde, söz konusu karar taraflar için kesin ve bağlayıcı hale gelecektir. Buna karşılık DAAB kararının kısmen kabul edilmesi halinde, sadece taraflarca kabul edilen kısım kesin ve bağlayıcı hale gelecek, diğer kısım ise tahkim yoluyla nihai olarak karara bağlanacaktır.

FIDIC sözleşmeleri kapsamında tarafların nihai çözüm yöntemi olan tahkime başvurabilmeleri için kural olarak öncelikle diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tüketmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda taraflar sırasıyla diğer çözüm yöntemlerine başvurup tükettikten sonra tahkim sürecini başlatabilirler.

Kural olarak, taraflar arasında sözleşmeden ya da işlerin yürütülmesine ilişkin herhangi bir anlaşmazlığın çıkması ve 3.7. madde kapsamında tarafların ilgili anlaşmazlık hakkında anlaşmaya varamamaları ve bu sebeple konunun mühendis tarafından karara bağlanmış olup, mühendis tarafından verilen karardan tarafların memnun olmamaları ya da mühendis tarafından süresi içerisinde anlaşmazlık hakkında herhangi bir karar verilememiş olması sebebiyle anlaşmazlığın uyuşmazlığa dönüşüp DAAB'a intikal etmesi ve DAAB'ın uyuşmazlık konusu hakkında vermiş olduğu karara karşı tarafların 28 günlük süre içerisinde itirazda bulunduktan sonra, aralarındaki uyuşmazlığın dostane bir şekilde de çözülememesi halinde, tahkim süreci başlatılabilir. Başka bir ifadeyle, kural olarak taraflar ancak 28 günlük süre içerisinde itiraz ettikleri için kesinleşmemiş olan DAAB kararlarına karşı tahkim sürecini başlatabilirler.

Kural olarak, taraflar sadece FIDIC sözleşmelerinde öngörülen çok aşamalı uyuşmazlık çözüm klozunu takip ederek, kesinleşmemiş DAAB kararlarına karşı tahkim yoluna başvurabilecek olmakla birlikte, bazı istisnai durumlara, iş bu çok aşamalı uyuşmazlık çözüm sürecinin takip edilmesine gerek olmaksızın, tahkim sürecinin başlatılması da mümkündür. Gerçekten de tarafların, 3.7. madde kapsamında varılan anlaşmaya ya da mühendisin kesinleşmiş kararına aykırı davranmaları, 21.7. madde kapsamında kesinleşmiş olup olmadığı önemli olmaksızın herhangi bir bağlayıcı DAAB kararını yerine getirmemeleri veya DAAB'ın süresi içerisinde atanmış olmasına rağmen, görev süresinin sona ermesi ya da başka herhangi bir

sebeple varlığının sona ermesi sebebiyle karar veremeyecek olması halinde, diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulmasına gerek olmaksızın doğrudan tahkim süreci başlatılabilir.

KAYNAKÇA

Abdul-Malak, Mohamed-Asem U., Sıba J. Jaber M. U. ve Jaber S. J. "Opportunities for Attempting Amicable Settlement Along the Claim/Dispute Timeline", **Interaction Between Theory and Practice in Civil Engineering and Construction,** (Ed. R. Komurlu & A.P. Gurgun & A. Singh & S. Yazdani) 2016.

Acar, Hakan. "FIDIC Sözleşmelerinde Müteahhidin Sözleşmeyi Fesih Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan**, Cilt 1, 2016/3.

Adel, Morteza ve Elham Anisi. "Dispute Adjudication Board: A New Approach to Dispute Settlement", **International Journal of Humanities**, Sayı 24/2, 2017.

Ağaoğlu, Cahit. "FIDIC Kuralları Çerçevesinde Yürütülen Tahkim Yargılamalarında Türk ve Yabancı İnşaat Firmalarının Karşılaştığı Sorunlar", **International Conference on Eurasian Economies 2017.**

Aitchison, Iain. "Contracted Mediation in Multiple and Parallel Construction Contracts" **Construction Law Journal**, Sayı 29/6, 2013.

Akıncı, Ziya. "İnşaat Uyuşmazlıklarında Bilirkişi", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Akıncı, Ziya. Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Arbittier, Steven A. "Conditional Arbitration: A New Approach to Construction Arbitration", **Dispute Resolution Journal**, Sayı 61/2, 2006.

Atamer, Yeşim M. “Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Ataseven, Binnur. “Dispute Resolution Within the Frame of FIDIC Rules”, **GSI Articletter**, Sayı 16, 2017.

Backstrom, Michelle ve Jennifer Yule. “An Examination of the Liability of a Construction Contract Certifier Who Gets It Wrong”, **OUT Law Review**, Sayı 13/1, 2013.

Baker, Ellis ve Anthony Lavers. “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Baker, Ellis, Luke Robottom ve Anthony Lavers. “Allocation of Risk in Construction Contracts”, **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Balen Mischa. “Concurrent Delay, Over-Determination and the Problem of Default Rules”, **Construction Law Journal**, Sayı 32/3, 2016.

Baysal, Başak. “Kara Avrupası Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020.

Barough, Azin Shakiba, Mojtaba Valinejad Shoubi ve Chirstopher Nigel Preece. “Evaluating the Effectiveness of Mediation and Arbitration Process in Resolving Disputes in Malaysian Construction Industry”, **Construction Law Journal,** Sayı 29/5, 2013.

Bdaiwi, Yaman Mustfa ve Samer Skaik "Suitability of The New Extension of Time Procedures Under FIDIC 2017 Red Book", **Construction Law Journal**, Sayı 35/6, 2019.

Bell, Gordon. "Construction Arbitration-Past and Present", **Construction Law Journal**, Sayı 17/6, 2006 (Pinsent Masons).

Bewsey, Geoff. "Measuring Delays and Determining the Causes: What Really Convinces Arbitral Tribunals? – The Delay Expert's View", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Brawn, Daniel. "Extension of Time and Liquidated Damages in Construction Contracts in England and Wales", **International Journal of Law in the Built Environment**, Sayı 1/4, 2012.

Brekoulakis, Stavros ve David Brynmor Thomas (Ed.). **The Guide to Construction Arbitration**, Global Arbitration Review 2017.

Brekoulakis, Stavros ve Ahmed El Far. "Subcontracts and Multiparty Arbitration in Construction Disputes", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Bremen, James ve Leith Ben Ammar. "Contractors' Claims, Reliefs and Remedies", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Bremen, James ve Mark Grasso. "Employers' Claims and Remedies", **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Boog, Christopher. “Isn’t There A Better Way to Handle Delays in Arbitration”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Budak, Aslı. “Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Bunni, Nael. “The Gap in Sub-clause 20.7 of The 1999 FIDIC Contracts for Major Works”, **The International Construction Law Review,** Sayı 272, 2005.

Bunni, Nael. “The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts”, **The International Construction Law Review**, Sayı 20, 2009.

Bunni, Nael, Colin Ong & Michael O’Reilly. “The Enforcement of Dispute Adjudication Board Decision: Persero and the FIDIC Standard Form of Contract, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 81/4, 2015.

Burr, Andrew. “FIDIC Changes”, **Construction Law Journal**, Sayı 35/7, 2019.

Butera, Gerlando. “The Persora Saga”, **Construction Law Journal**, Sayı 32/4, 2016.

Callahan Michael T. “Discovery in Construction Arbitration”, **The Arbitration Journal**, Sayı 37/1, 1982.

Caprasse, Olivier ve Maxime Tecqmenne, “The Relevance of Good Faith in Transnational Construction Contracts, **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022.

Caulfield, Chris ve Kiran Unni. "When Is Referral to A Dispute Adjudication Board A Precondition for Court or Arbitration Proceedings?", **International Arbitration Law Review**, Sayı 19/1, 2016.

Charrett, Donald. "The Commercial Value of Dispute Boards under FIDIC Contracts" **The Turkish Commercial Review**, Sayı 1/3, 2015.

Chong, Shouyu. "The Singapore Convention on Mediation", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022.

Corbett, Edward. "Moment of Decision? The Future of Dispute Boards Under the FIDIC Forms and Beyond", **Construction Law International**, Sayı 4/3, 2009.

Constable, Adam ve Thomas Lazur, "The Prevention Principle: Onshore v. Offshore and The Problem of Time at Large", **KC Legal Update**, Summer 2019, s. 3-4.

Çalgin, Nazmiye. "İnşaat Sektöründe Sorun Yelpazesi ve Sorun Yelpazesinde Bir Seçki [Ana Şirket Garantisi], **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017.

Çalgin, Nazmiye. "İş Sahibi-Yüklenici-Alt Yüklenici İlişkilerinde Yaşanan Sorunlar", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Çeliker, Cem. "Sözleşme Görüşmeleri Safhasında Adil Risk Paylaşımına İlişkin Prensiplerin Gözetilmesi ve Bunun İleride Doğabilecek İhtilafların Engellenmesi Üzerine Etkileri", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Çetinel, Yasemin. "Uyuşmazlık Çözüm Kurullarının Temerrüt Halinde İhtilafların Erken Yönetimi ve Çözümü Konusundaki Rolü", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Çetinel, Yasemin. "Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulları Nezdinde Öngörülemezlik Kavramına Yaklaşımlar", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020.

Dabrowska, Agnieszka Malgorzata. "Analysis of the FIDIC Arbitration Clause in the Light of International Jurisprudence", **Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law**, Sayı 23/1, 2019.

De Cazalet, Bruno ve Rupert Reece. "The New FIDIC Yellow Book: New Conditions of Contract for Plant and Design-Build", **International Business Law Journal,** Sayı 7, 2000.

Dedezade, Taner. "Mind the Gap: Analysis of Cases and Principles Concerning the Ability of ICC Arbitral Tribunals to Enforce Binding DAB Decision under the 1999 FIDIC Condition of Contracts", **International Arbitration Law Review**, Sayı 15/4, 2012.

Dedezade, Taner. Persore 2- Singapore Court of Appeal Rules DAB Decisions Are Enforceable by Way of Interim award, <https://www.corbett.co.uk/wp-content/uploads/KH-article-PERSERO-2-PDF.pdf>.

Dedezade, Taner. "Enforcement of DAB Decisions Under the FIDIC Forms of Contract", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022.

Donohoe, Steve. “The WW Gear Case, Conditions Precedent and Construction Contracts”, **Structural Survey**, Sayı 29/2, 211.

Dorgan, Carroll S. “The ICC’s New Dispute Boards Rules”, **The International Construction Law Review**, Sayı 22, 2005.

Ekşi. Nuray. “FIDIC Tahkiminden Kaynaklanan Sorunlar”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017.

Ekşi, Nuray. “FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

El-Ghrory, Ahmed, Md. Nor Hayati Bin Tahir ve Norain Binti Ismail. “Claim Management Framework Under FIDIC 2017: Contractor Claim Submission”, **Humanities & Social Sciences Reviews**, Sayı 7/2, 2019.

Ennis, Christopher. “Arbitration of Disputes in UK Construction Projects: What Is Left After Adjudication?”, **Construction Law Journal**, Sayı 28/8, 2012.

Erdoğan, Feyiz. “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Muhtemel Uyuşmazlıkların Yönetimi”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Erman, Hasan. “İnşaat Hukukunun Genel Esasları”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017.

Falkenstern, David ve İlke Şahin .“A Planing Expert’s Advice on Termination”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Feris, Jose Ricardo ve Ziva Filipic. “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration – The ICC Experience-“, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Fiadjoe, Albert. Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective, Cavendish Publishing Limited 2004.

Figueres, Dyala Jimenez. “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Sayı 14/1, 2003.

Franklin, Kim. “Beaufort Developments and Amendment 18: The Death Kneel for Construction Arbitration”, **Construction Law Journal**, Sayı 15/1, 1999.

Friel, Steven ve Ceri Jones. “Construction and Severability of Arbitration Clause”, **International Arbitration Law Review**, Sayı 10/3, 2007.

Geisinger, Elliott. “Calculating And Proving Quantum in Arbitration Practice – The Lawyer’s Perspective-”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Gelişen, Gökhan. “Avoiding and Managing Disputes Over Defaults – An Industry Perspective”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Gillies, Nick. “Concurrent Delay A Guide for New Zealand Construction Professionals”,
<https://www.heskethhenry.co.nz/assets/uploads/2018/08/Concurrent-Delay-Paper.pdf>.

Gillion, Frederic. "Enforcement of DAB Decision Under the 1999 FIDIC Conditions of Contract – A Recent Development: CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33", < https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/enforcement_of_dab_decisions_under_the_1999_fidic_conditions_of_contract_-_a_recent_development._paper_for_iclr.indd_.pdf>.

Godwin, William. The 2017 FIDIC Contracts, Wiley Blackwell, Oxford 2020.

Goff, Pierrick Le. "A New Standard for International Turnkey Contracts: The FIDIC Silver Book", **International Business Law Journal**, Sayı 2, 2000.

Gould, Nicholas. "Establishing Dispute Boards; Selecting, Nominating and Appointing Dispute Board Members", **DRBF 6th Annual International Conference,** Budapest 6-7 May 2006.

Gould, Nicholas. "Establishing Dispute Boards - Selecting, Nominating and Appointing Board Members", **Society of Construction Law International Law Conference in Singapore,** 16th 17th October 2006.

Gould, Nicholas. "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations", **The International Construction Law Review**, Şubat 2012.

Gould, Nicholas ve Robbie McCrea. "Dispute Boards", **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022.

Gupta, Prabin Chandra ve Krishnan Venkataraman. "An Overview of Dispute Resolution Procedures in Road Project with Reference to the FDIC Form of Contract and Suggestions for Improvements", **Journal of the Indian Roads Congress,** Ocak-Mart 2010.

Haran, Harsh Hari. “Understanding the Decision in Persero II in Its Proper Context”, **Construction Law Journal**, Sayı 32/8, 2016.

Harris, Christopher ve Jane Davies Evans. “Bonds and Guarantees”, **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Hök, Götz-Sebastian. "Dispute Adjudication in Civil Law Countries: Phantom or Effective Dispute Resolution method?", **International Construction Law Review**, 2011.

Hughes, John, Andrew Agapiou ve John Blackie. “Legal Developments in Relation to Concurrent Delay: The Position of the English and Scottish Courts”, **Proceedings of the CIB 2016 World Building Congress**, Tampere University of Technology.

Jackson, Shy. “Collaborative Dispute Resolution”, **Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution**, (Ed. Renato Nazzini) New York 2022.

Jaynes, Gordon L. “FIDIC Guidance Memorandum Dated April 1, 2013 to User of the 1999 Conditions of Contract”, **Construction Law Journal**, Sayı 31/7, 2015.

Jones, Doug. “Let’s Get Together: Quo Vadis International Construction Arbitration”, **GAR Live Construction Disputes**, 9 July 2020.

Joshi, Cathy. “The Used of Modified Forms in the UAE”, **Construction Law Journal**, Sayı 32/8, 2016.

Kaplan, İbrahim. İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 3. Basım.

Karaca, H. Akif. "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4'te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 22/3, 2016.

Kratsch, Susanne. "Arbitration and ADR in the German Construction Industry", **Construction Law Journal,** Sayı 24/5, 2009.

Kershaw, David. "Qualifications of Arbitrators in A "Disruption" Dispute Under FIDIC", **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 55, 1989.

Kiefer, David ve Adrian Cole. "Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes" **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Kocakahyaoğlu, Kürşat. "İş Sahipleri İçin Dahili Zaman Yönetimi ve Erken Uyarı Sistemi-II" **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Kondev, Dimitar Hristoforov. "Is Dispute Adjudication Under FIDIC Contract for Major Works Indeed A Precondition to Arbitration", **The International Construction Law Review,** Part 3 July 2014.

Koot, Von de Koot. "The Owner's and Contractor's Due Diligence in Theory and in Practice", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020.

Köksal, Tunay. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Ankara 2009.

Köksal, Tunay. "Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları", **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 2010/1, Sayı 20.

Köksal, Tunay. "FIDIC Conditions of Contract as A Model for An International Construction Contracts", **International Journal of Humanities and Social Science**, July 2011, Cilt 1/8.

Köksal, Tunay ve Serhat Özer. Yurtdışı İnşaat Hizmetleri Sektörü için Uluslararası Tahkim Rehberi, Ankara 2013.

Leeuwen, Melane Van. "Internal Disputes Between the Members of Unincorporated International Construction Joint Ventures", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-III**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2019.

Lenz, Claus H. "Procedures for Contractors' and Employers' Claims and Pitfalls - In Particular Under FIDIC Contracts -", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Li, Dezhi, Huiyan Zhang ve Xuehua Fang. "The Deficiency of Dispute Settlement Mechanism Seen in Chinese Construction Field from FIDIC", **MATEC Web of Conferences 251**, 2018.

Lina, Chen. "Role of Engineer Under FIDIC Form Contract", **Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice**, Nisan 1997.

Longley, Simon. "Dispute Avoidances: FIDIC 2017", **Construction Law Journal**, Sayı 35/6, 2019.

Longley, Simon. "The Enhanced Claims Provisions of the 2017 FIDIC Contracts", **Construction Law Journal,** Sayı 35/6, 2019.

Longley, Simon. “Extension of Time Under the FIDIC Silver Book”, **Construction Law Journal**, Sayı 36/1, 2020.

Luk, John W. K.ve Bernard Wijedoru. “A Proposal for a More Effective and Efficient Dispute Resolution System for International Construction Contracts”, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 59/2, 1993.

Marrin, John. “Concurrent Delay Revisited”, **Society of Construction Law (UK)**, 2003.

McAdam, Brodie. “Apportionment and The Common Law: Has City Inn Got It Wrong?”, **Construction Law Journal**, Sayı 25/2, 2009.

Moses, Margaret L. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Mutlu, Didem. “İş Sahipleri İçin Dahili Zaman Yönetimi ve Erken Uyarı Sistemi-I”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Nadar, Aisha. “The Contract: The Foundation of Construction Project, The Guide to Construction Arbitration”, **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Nadar, Aisha. “Concurrent Delays, Liquidated Damages and Penalties in the FIDIC Forms of Contract”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Nassar, Jamal Al-Dine. “Claims, Disputes and Arbitration Under the Red Book and the New Red Book (Part 1)”, **Construction Law Journal**, Sayı 25/6, 2009.

Ndekugri, Issaka ve Barry Mcdonnell. "Differing Site Conditions Risks: A FIDIC/Engineering and Construction Contract Comparison", **Engineering, Construction and Architectural Management**, Sayı 6/2, 1999, s. 177.

Ndekugri, Issaka, Peter Chapman, Nigel Smith ve Will Hughes. "Best Practice in the Training, Appointment, and Remuneration of Members of Disputes Boards for Large Infrastructure Projects", **Journal of Management in Engineering**, Mart/Nisan 2014.

Odigie, Basil O. "Evolution of Dispute Resolution Mechanism in International Construction Contracts", <https://www.scribd.com/document/261442646/Evolution-of-Dispute-Resolution-Mechanism>.

Özay, Osman Levent. Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü, İstanbul 2021.

Papworth, John. "Avoidance of Disputes Through the Use of FIDIC DABs and DRAs", **Construction Law Journal,** Sayı 32/4, 2016.

Parratt, David G. "Is Construction Arbitration Falling?", **Construction Law Journal**, Sayı 17/3, 2001.

Permesly, Jennifer, Tania Cohen ve Chaffetz Lindsey. "International Arbitration Involving Construction; Best Practices for Documenting Claims and Defenses", **Practical Law**, 2016.

Rameezdeen, Raufdeen ve Anushi Rodrigo. "Modifications to Standard Forms of Contract: The Impact of Readability", **Australian Journal of Construction Economics and Building,** Cilt 14/2, 2005.

Reece, Rupert ve Natasha Peter. "Enforcing Adjudication Decisions", **International Business Law Journal**, Sayı 5, 2013.

Reilly, Fiona ve Andrew Tweeddale. "FIDIC's New Suite of Contracts", **Construction Law Journal**, Sayı 16/3, 2000.

Rosenberg, Kim. "Concurrent Delay: What Is All the Fuss About?", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt,** (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Rosher, Peter. "Adapting FIDIC Provisions for Use in Contracts for Governed by French Law", **International Business Law Journal**, Sayı 2, 2015.

Rosher, Peter. "Adjudication in Construction Contracts", **International Business Law Journal,** Sayı 5, 2016.

Scherer, Matthias ve Sam Moss. Swiss Supreme Court Analyses Enforceability of Pre-Arbitral Procedure in Multi-Tier Dispute Resolution Provision (FIDIC DAB), Kluwer Arbitration Blog 1 Ekim 2014.

Schneider, Micheal E. "A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC Suite of Contracts", **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020.

SCL Delay and Disruption Protocol 2nd Edition, February 2017.

Senogles, Geoffrey ve Julie Raneda. "Calculating and Presenting Quantum in International Arbitration Practice; With an Emphasis on Construction Disputes -The Experts' Perspective-", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Seppala, Christopher R. "The Pre-Arbitral Procedure of the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Condition of Contract", **International Business Law Journal**, Sayı 6, 1987.

Seppala, Christopher R. “Pre-arbitral Decision of Construction Disputes: The Decision Made by the Engineer”, **International Business Law Journal**, Sayı 3, 1991.

Seppala, Christopher R. “Contactor’s Claim Under the FIDIC Civil Engineering Contract, Fourth (1987) Edition”, **International Business Law Journal**, Sayı 8, 1991.

Seppala, Christopher R. “The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract”, **International Business Law Journal**, Sayı 6, 1995.

Seppala, Christopher R. “The New FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board”, **International Business Law Journal**, Sayı 8, 1997.

Seppala, Christopher R. “International Construction Contract Disputes; Commentary on ICC Awards Dealing with The FIDIC International Condition of Contract”, **International Business Law Journal**, Sayı 6, 1999.

Seppala, Christopher R. “FIDIC’s New Forms of Contract: Risks, Force Majeure, and Termination”, **International Business Law Journal**, Sayı: 8, 2000.

Seppala, Christopher R. “FIDIC’s New Standard Forms of Contract: Claims, Resolution of Disputes and Dispute Adjudication Board”, **International Business Law Journal**, Sayı 1, 2001.

Seppala, Christopher R. “Contractor’s Claims Under the FIDIC Contracts for Major Works”, **Construction Law Journal**, Sayı 21/4, 2005.

Seppala, Christopher R. “International Construction Contract Disputes: Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts”, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Sayı 19/2, 2008.

Seppala, Christopher R. “An Engineer’s/Dispute Adjudication Board’s Decision Is Enforceable by An Arbitral Award”, **White & Case**, Aralık 2009.

Seppala, Christopher R. “Sub-clause 20.7. of the FIDIC Red Book Does Not Justify Denying Enforcement of a Binding DAB Decision”, **Construction Law International**, Sayı 6/3, Ekim 2011.

Seppala, Christopher R. “How Not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in the Persero Case”, **White & Case,** Nisan 2012.

Seppala, Christopher R. “A Welcome Decision from Singapore the Second Persero Case”, **Construction Law International,** Sayı 10/1, Mart 2015, s. 18-23.

Seppala, Christopher R. “An Excellent Decision from Singapore Which Should Enhance the Enforceability of Decisions of Dispute Adjudication Boards – the Second Persore Case Before the Court of Appeal”, **Construction Law Journal,** Sayı 31/7, 2015.

Shilston, David T. ve Stephen J. Coates. “The Role of Engineering Geology in the Management of Ground Risk”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Beklenmeyen Hal Kavramı**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2020.

Shorland, Rohan. “Role of the Engineer and Settlement of Disputes Under FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction”, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 65/2, 1999.

Smith, Gordon. “The FIDIC EPC Conditions of Contract (The “Silver Book”) – The Criticism”,
<http://www.gordonsmithlegal.com.au/resources/FIDIC%20(Silver%20Book).pdf>.

Solimene, Fabio. “Use of FIDIC Forms in the Oil and Gas Construction Sector and Possible Amendments to the Yellow and Silver Books”, **Journal of World Energy Law and Business**, Sayı 7/6, 2014.

Stiegler, Scott. “Parties to a Construction Contracts”, **The Guide to Construction Arbitration**, (Ed. Stavros Brekoulakis & David Brynmor Thomas) Global Arbitration Review 2017.

Şener, Battal. “Yüklenicinin Süre Uzatım ve Ek Ödeme Taleplerine İlişkin FIDIC Kırmızı Kitap 20/2. Maddede Öngörülen 28 Günlük Süre Sınırlamasının Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 29, Sayı 1, 2023.

Tackaberry, John. “Adjudication and Arbitration: The When and Why in Construction Disputes”, **The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, Sayı 75/2, 2009.

Taggart, Paul. “International Construction Contracts and Dispute Resolution – The Contribution of Disputes Bords-”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2018.

Sourdin, Tania. Alternative Dispute Resolution, Thomson Reuters (Professional) Australia Limited, Sydney 2016.

Thieffry, Patrick. “Claims Made by the Joint Venture Against Third Parties and by Third Parties Against the Joint Venture”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-III**, (Ed. Yeşim M. Atamer & Ece Baş Süzel & Elliott Geisinger) İstanbul 2019.

Topuz, Murat ve Diogoye Wathie. “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşe Zamanında Başlamaması veya İşi Tamamlayamaması Nedeniyle İş Sahibinin Hakları (FIDIC Kırmızı Kitap - 1999 Çerçevesinde”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 23/3, 2017.

Uff, John. “100 Day Arbitration: Is the Construction Industry Ready for It?”, **Construction Law Journal**, Sayı 21/1, 2005.

Yihua, Mao ve Li Qingcheng. “"Breach of Contract" under FIDIC Conditions of Contract for Civil Engineering Construction”, **2010 International Conference on Management and Service Science**, 2010.

Wardle, Natalie. “Condition Precedent 2015: A Bumper Year for FIDIC Decisions”, **Construction Law Journal**, Sayı 33/4, 2017.

Werro, Franz. “Recent Swiss Caselaw Developments in Construction Contract Law”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, (Ed. Emrehan İnal & Başak Baysal) İstanbul 2017.

Mahkeme Kararları

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 13.12.1967 Tarih ve 1966/16 E., 1997/7 K.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 11.06.1969 Tarih ve 1969/4 E., 1996/6 K.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 12.04.2006 tarih ve 2006/521 E., 2006/5446K.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 26.02.2001 tarih ve 2000/4429 E., 2001/1032 K.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 17.09.2002 tarih ve 2001/5595 E., 2002/3931K.

Yargıtay 15. HD. 12.03.2007 tarih ve 2006/623 E., 2007/1522 K.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 15.09.2009 tarih ve 2009/5703 E., 2009/8256 K.

Yargıtay 23. HD. 26.02.2014 tarih ve 2013/8795 E., 2014/1371 K.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi 22.06.2017 tarih ve 2017/211 E., 2017/313 K.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi 23.10.2018 tarih ve 2018/1827 E., 2018/1351 K.

Yabancı Mahkeme Kararları

A… SA v. B… SA, Swiss Federal Court, 07.07.2014 (4A_124/2014).

Adyard Abu Dhabi v. SD Marine Services [2011] EWHC 848 (Comm) 277.

Al-Waddan Hotel v. Man Enterprise SAL (Offshore) [2014] EWHC 4796 (TCC); [2015] B.L.R. 478.

Bremer Handelsgesellschaft mbH v. Vanden Avenne Izegem PVBA [1978] 2 Lloyd's Rep 109 (HL).

Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda, [1904] UKHL 3.

CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2010] SGHC 202.

CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK [2011] SGCA 33.

C Czarnikow Ltd v. Koufos (The Heron II) [1969] 1 AC 350.

De Beers UK Ltd. v. Atos Origin IT Services UK Ltd. [2010] EWHC 3276 TCC; [2011] B.L.R. 274; 134 Con. L.R. 151.

Doosan Babcock Limited (formerly Doosan Babcock Energy Limited) v. Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada (previously known as Mabe Chile Limitada) [2013] EWHC 3010 TCC.

Doosan Babcock Limited (formerly Doosan Babcock Energy Limited) v. Comercializadora de Equipos y Materiales Mabe Limitada (previously known as Mabe Chile Limitada) [2013] EWHC 3201 TCC.

Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd., [1915] AC 79.

Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank International Ltd [1978] QB 159.

Fairclough Dodd & Jones Ltd v. JH Vantol Ltd [1956] 3 All E.R. 921.

Fiona Trust & Holding Corp v Privalov [2007] EWCA Civ 20.

Galoo Ltd. (In liq) v. Bright Grahame Murray (a firm) [1995] 1 All ER 16.

Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch 341.

Her Majesty's Att.-Gen. for the Falkland Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd [2003] B.L.R. 285.

Henry Boot Construction (UK) Ltd. v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd. (1999) 70 Con LR 32.

Independent Broadcasting Authority v. EMI Electronics Ltd [1980] 14 B.L.R. 1.

Jerram Falkus Construction Ltd v. Fenice Investments Inc [2011] EWHC 1935 TCC.

Lafarge Redland Aggregates Ltd v. Shephard Hill Civil Engineering Ltd [2000] 1 WLR.

Multiplex Constructions (UK) Ltd v Honeywell Control Systems Ltd [2007] EWHC 447 TCC.

North Midland Building Ltd v. Cyden Homes Ltd [2017] EWCH 2414 TCC.

Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC); [2014] B.L.R. 484; [2014] C.I.L.L. 3536.

Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar [2014] EWHC 1028 TCC; [2015] BLR 521.

Peterborough City Council v. Enterprise Managed Service Ltd., [2014] EWHC 3193 TCC.

Pittman Construction Co. v. United States, 2 Cl. Ct. 211 (1983).

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation [2014] SGHC 146.

PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation [2015] SGCA 30.

Resort Condominiums International Inc (USA) v. Ray Bolwell and Resort Condominuims (Australasia) Pty Ltd (Australia) (1994) 9(4) Mealesy's IAR A1 (1995).

Royal Brompton Hospital NHS Trust v. Hammond (No 7) [2001] EWCA Civ 206.

Saga Cruises BDF Ltd v. Fincantieri SPA [2016] EWHC 1875 (Comm).

Shanklin Pier Ltd. v. Detel Products Ltd. [1951] 2 K.B. 854.

Siemens AG v. BKMI Industrieanlagen GmbH. v. Dutco Construction Co, Cass. Civ. 1, 7 Ocak 1992, No: 89-18.708 89-18.726; 119 J.D.I.

Simon Carves Limited v. Ensus UK Limited [2011] EWHC 657 TCC.

Smith and Montgomery v. Johnson Bros Co [1954] 1 DLR 392.

Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. [2007] EWHC 3454 TCC.

Temloc Ltd. v. Errill Properties Ltd. 39 BLR 30, 12 Con LR 109, 4 Const LJ 63, CA.

Trollope & Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board [1973] 1 WLR 601 (HL).

Victoria Laundry Ltd v Newman Ltd [1949] 2KB 528.

Vossloh Aktiengesellschaft v. Alpha Trains (UK) Limited [2010] EWHC 2443 (Ch).

Walter Lilly & Company Ltd v. Mackay and another [2012] EWHC 1773 TCC.

WW Gear Construction Ltd. v. McGee Group Ltd. [2010] EWHC 1460 TCC.

Uluslararası Tahkim Kararları

ICC Case No. 3790.

ICC Case No. 6276.

ICC Case No. 6277.

ICC Case No. 7910.

ICC Case No. 10619.

ICC Case No: 16122/CYK.

ICC Case No. 16948/GZ.

ICC Case No. 18272.

İnternet Kaynakları

https://www.lek.com/press/construction-investment-provides-significant-benefit-uk-economy-reveals-new-report

https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/xe/Documents/realestate/construction/gccpowersofconstruction/me_construction_gccpoc2014_sectoroverview.pdf

ARCADIS Global Construction Disputes Report 2022, https://www.arcadis.com/en/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report

https://ticaret.gov.tr/hizmet-ticareti/yurtdisi-muteahhitlik-teknik-musavirlik