

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ ve
UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

BAHADIR AYDOS

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik

EYLÜL 2019

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın konusunun belirlenmesinde ve hazırlanma sürecinin her aşamasında değerli bilgilerini ve zamanını benden esirgemeyerek her fırsatta çalışmamla yakından ilgilenen, yol gösteren tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik'e, değerli eleştirilerinden fazlasıyla faydalandığım tez jürimin değerli üyesi Sn. Prof. Dr. Tolga Ayoğlu'na ve benden desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen aileme, teşekkürlerimi sunmak isterim.

Bu çalışmada, istatistiki verilere göre, artış eğiliminde olan uluslararası tahkimin inşaat sözleşmeleri konusundaki uygulamalarına değinilmiştir. Bu konuda çalışan bir hukukçu veya avukat için, karşısına çıkacak kavramların genel bir değerlendirmesini yapma amacı gütmektedir. Konunun genişliği sebebiyle, somut vaka değerlendirmesi konusuna odaklanılmadan, kavramlara ve metoda ilişkin genel değerlendirmeler yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	viii
RESUME.....	x
ABSTRACT.....	xi
ÖZET.....	xii
GİRİŞ.....	1
 1. Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC'in Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	 2
1.1 Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmeleri ve Uygulamaları.....	2
1.1.1 İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	2
1.1.1.1 İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı.....	2
1.1.1.2 İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	2
1.1.2 İnşaat Sözleşmesinin Unsurları.....	4
1.1.2.1 Bir Eserin İnşaa Edilmesi.....	4
1.1.2.2 Ücret.....	4
1.1.2.3 Karşılıklı Anlaşma.....	4
1.1.3 Tarafların Yükümlülükleri ve Temerrüt.....	5
1.1.3.1 Yüklenicinin Yükümlülükleri.....	5
1.1.3.1.1 Yüklenicinin Yapıyı Tamamlayıp Teslim Etme Borcu.....	5
1.1.3.1.2 Yüklenicinin Özen Borcu.....	5
1.1.3.2 İş Sahibinin Yükümlülükleri.....	6
1.1.3.2.1 Yer Teslim Borcu.....	6
1.1.3.2.2 İnşaat Bedelini Ödeme Borcu ve Bedelin Belirlenmesi.....	7

1.1.3.2.2.1 İnşaat Bedelini Ödeme Borcu.....	7
1.1.3.2.2.2 Bedelin Belirlenmesi.....	8
1.1.3.2.2.2.1 Götürü Bedel.....	8
1.1.3.2.2.2.1.1 Yalın Götürü Bedel.....	8
1.1.3.2.2.2.1.2 Birim Fiyat.....	8
1.1.3.2.2.2.1.3 Değişken Götürü bedel...	9
1.1.3.2.2.2.2 Yaklaşık Bedel.....	9
1.1.3.2.2.2.3 Maliyet Artı Kar Payı.....	10
1.1.3.3 Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları.....	10
1.1.3.4 İş Sahibinin Temerrüdü ve Sonuçları.....	12
1.1.4 İnşaat Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri.....	12
1.1.4.1 Eserin Teslim Edilmesi.....	12
1.1.4.2 Tarafların Anlaşması ile Sona Erme.....	12
1.1.4.3 İfa İmkansızlığı.....	12
1.1.4.4 Sözleşmeden Dönme.....	14
1.1.4.4.1 Genel Olarak Dönme Kavramı ve Dönmenin Sonuçları.....	14
1.1.4.4.2 Tarafların Sözleşmeden Dönmesi.....	17
1.1.4.5 Fesih.....	18
1.1.4.5.1 Sözleşmenin İş Sahibi Tarafından Feshi.....	19
1.1.4.5.2 Sözleşmenin Yüklenici Tarafından Feshi.....	20
1.2 Türk Hukukunda FIDIC Sözleşmeleri.....	20
1.2.1 Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları.....	21
1.2.2 Yorum.....	21
1.2.3 Genel İşlem Koşulları.....	22
1.2.4 FIDIC Sözleşmelerine Hakim Olan Kavramların Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	23
1.2.4.1 Mühendis.....	23
1.2.4.2 Ayıp İhbar Süresi ve Zamanaşımı.....	24

2	Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC.....	27
2.1	Uluslararası Sözleşme Kavramı.....	27
2.2	Uluslararası İnşaat Hukuku'nda Kullanılan Başlıca Kaynaklar....	27
2.2.1	Lex Marcatoria.....	27
2.2.2	UNCITRAL Düzenlemeleri.....	28
2.2.3	FIDIC Standart İnşaat Sözleşmeleri.....	30
2.2.3.1	FIDIC.....	30
2.2.3.2	FIDIC İnşaat Sözleşmeleri ve Şartlarının Hukuki Niteliği.....	32
2.2.3.3	FIDIC Şartnamelerinin Kısımları.....	33
2.2.3.3.1	Kırmızı Kitap.....	33
2.2.3.3.2	Sarı Kitap.....	35
2.2.3.3.3	Gümüş Kitap.....	35
2.2.3.3.4	Yeşil Kitap.....	36
2.2.3.3.5	Altın Kitap.....	37
2.2.3.3.6	Turuncu Kitap.....	37
2.2.3.3.7	Beyaz Kitap.....	38
2.2.3.3.8	Mavi-Yeşil Kitap.....	38
2.2.3.3.9	Müşterek Ortaklık (Konsorsiyum) Sözleşmesi.....	38
2.2.3.3.10	Lacivert Kitap.....	38
2.2.3.4	FIDIC Sözleşmelerinin Kurulması.....	38
2.2.3.5	İş Sahibinin Hakları.....	39
2.2.3.5.1	Yüklenicinin İş Zamanında Bitirmemesi Nedeniyle İş Sahibinin Tazminat Hakkı.....	39
2.2.3.5.2	Yüklenicinin İş Süresine Uymaması Sebebiyle İş Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı.....	40
2.2.3.5.3	İş Sahibinin Sözleşmeden Kaynaklanan Diğer Hakları.....	41
2.2.3.6	FIDIC Sözleşmelerinde Mühendis.....	42
2.2.3.7	FIDIC İnşaat Sözleşmesi Uygulamalarına Göre Sorumluluk Dağılımı.....	45
2.2.3.7.1	İş Sahibinin Sorumluluğu.....	45
2.2.3.7.2	Yüklenicinin Sorumluluğu.....	48

2.2.3.7.3 Mühendisin Sorumluluğu.....	54
2.2.3.7.4 Ortak Sorumluluk Yükleyen Süreçler.....	55
3. Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Yolu.....	58
3.1 Genel Olarak Tahkim Kavramı.....	58
3.2 Tahkim Türleri.....	59
3.3 Tahkim Anlaşması.....	59
3.3.1 Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk.....	63
3.3.1.1 Tarafların Uygulanacak Hukuku Seçmesi.....	63
3.3.1.2 Ulusal Hukukun Seçilmesi.....	65
3.3.1.3 Lex Mercatoria'nın Seçilmesi.....	67
3.3.1.4 Hakemlerin Uygulanacak Hukuku Seçmesi.....	68
3.3.1.5 Amiable Composition ve Ex Aequo et Bono.....	69
3.4 Uluslararası Sözleşmelere Göre Faaliyet Gösteren Başlıca Tahkim Kurumları ve Yatırım Tahkimi.....	71
3.4.1 ICC.....	71
3.4.1.1 Genel olarak ICC Tahkimi.....	71
3.4.1.2 Tahkim Prosedürü.....	71
3.4.1.3 Yargılamanın Sona Ermesi ve Karar.....	73
3.4.2 ICSID ve Yatırım Tahkimi	74
3.4.2.1 Genel Olarak.....	74
3.4.2.2 Devletin Tahkim İzni.....	76
3.4.2.2.1 Devletle Yatırımcı Arasındaki Tahkim Anlaşması.....	77
3.4.2.2.2 Milletlerarası Yatırım Anlaşmaları.....	77
3.4.2.2.2.1 İkili Yatırım Anlaşmaları.....	78
3.4.2.2.2.2 Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları....	78
3.4.2.2.2.3 Ev Sahibi Devletin İç Mevzuatı.....	79
3.4.2.3 Uyuşmazlığın Tarafları Açısından Uygulama Alanı.....	79
3.4.2.4 Uyuşmazlığın Konusu Açısından Uygulama Alanı.....	80
3.4.2.5 ICSID Tahkim Prosedürü.....	80
3.4.2.6 Hakem Kararları ve İcrası.....	81

4. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim.....	83
4.1 FIDIC İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan İhtilafların Tahkimle Çözümü.....	83
4.1.1 Uyuşmazlık Çözümü'ne ilişkin FIDIC Madde 20.....	83
4.1.1.1 Uyuşmazlık Çözüm Kurulu.....	84
4.1.1.2 Mütahhitin Talepleri.....	85
4.1.1.3 DAAB'ın Atanması.....	85
4.1.1.4 DAAB Kararı.....	85
4.1.1.5 Dostane Çözüm.....	86
4.1.2 Tahkim Öncesi Aşamaların Tüketilmesi Zorunluluğunun İstisnaları.....	86
4.2 Uygulamada Yaşanan Başlıca Uyuşmazlıklar	87
4.2.1 Uyuşmazlığa İlişkin Taraf İşlemleri.....	88
4.3 İnşaat Tahkiminde Bilirkişi.....	89
4.4 Tahkim Uygulamasında Zararın Hesaplanması.....	89
4.4.1 Zararın İspatı Hususunda Yüklenicilerin Karşılaştıkları Zorluklar.....	90
4.4.1.1 Delillerin Fazlalığı.....	91
4.4.1.2 Taleplerin Fazlalığı.....	92
4.4.1.3 İspat Zorluğu.....	92
4.4.1.3.1 Hızlandırma Talepleri.....	94
4.4.1.3.2 İşin Aksamasından Doğan Talepler.....	94
4.4.1.3.3 Kar Kaybına Yönelik Talepler.....	96
4.4.1.3.4 Yüklenicinin Merkezi Genel Giderlere İlişkin Talepleri.....	97
4.5 Uyuşmazlıkların Önlenmesine İlişkin Yaklaşımlar.....	98
4.5.1 Adil Risk Yönetimi.....	98
4.5.2 Muhtemel Uyuşmazlıkların Etkin Yönetimi.....	99
SONUÇ.....	100
KAYNAKÇA.....	102
ÖZGEÇMİŞ.....	108
KISALTMALAR	

AAA	American Arbitration Association
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
BIT	Bilateral Investment Treaty
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
Bull.	Bulletin
C.	Cilt
DAAB	Dispute Avoidance / Adjudication Board
DAB	Dispute Adjudication Board (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu)
E.	Esas
EIC	European International Contractors
EPC	Engineering, Procurement and Construction
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils
ICC	International Chamber of Commerce
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
K.	Karar
LCIA	London Court of International Arbitration
md.	Madde
MK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MTK	4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
Para.	Paragraf
s.	Sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMMMB	Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği

UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
vd.	ve devamı
WIPO	World Intellectual Property Organization
Yar.	Yargıtay



RESUME

En raison de la croissance démographique et de la demande naturelle de logements qui en résulte, les travaux de construction ont rapidement progressé dans notre pays et les constructeurs turcs ont transformé l'expérience qu'ils avaient acquise depuis les années 80 en une nouvelle activité sous forme de projets internationaux. D'autre part, le secteur de la construction a conservé sa position pour devenir le principal secteur d'activité en Turquie.

C'est un fait important qui pousse les pays à accroître leur volume de commerce international en attirant les investissements étrangers, leurs efforts pour améliorer la sécurité juridique grâce aux traités d'investissement bilingues. La tendance croissante de l'arbitrage international dépend également de ce fait et offre aux entreprises la possibilité de réduire leurs risques pour les opérations à l'étranger et d'augmenter leur volume d'activité. C'est pourquoi les procès en arbitrage sont beaucoup plus rapides et efficaces que ceux des tribunaux judiciaires.

Les entités de financement internationales sont les autres parties qui tirent parti de l'arbitrage international pour limiter leurs risques de financement des investissements dans la construction. Elles offrent certains avantages à leurs clients, telles que la simplification des procédures d'utilisation des prêts et l'application de taux d'intérêt bas. aux prêts de crédit.

On considère que cette situation gagnant-gagnant accélérera probablement la tendance croissante de l'arbitrage international en raison de ces avantages.

Mots-clés: Accord International de Construction, Règlement des Différends, Arbitrage International, FIDIC

ABSTRACT

Because of the growing population and its natural output of accommodation demand, construction work has rapidly grown in our country and Turkish constructors transformed the experience that they gained since 80s into new business in forms of international projects. On the other hand, the construction business conserved its position to become the leading business line in Turkey.

It is a significant fact that effects the Countries to increase their international trade volume by attracting foreign investments, their effort to provide better legal security in terms of bilingual investment treaties. Growing trend of the International arbitration is also dependent on this fact and gives companies the opportunity to decrease their risk for the overseas operations and increase the volume of their business. That is why, arbitration trials are much more rapid and efficient compared with the legal courts' trials.

International funding entities are the other parties who are taking the advantage of the international arbitration in terms of limiting their risks on funding the construction investments and they offer some advantages to their customers as like as simplifying the procedures to use the loans and applying low interest rates to the credit loans.

It is considered that that, this win-win situation will likely accelerate the growing trend of the international arbitration because of these benefits.

Keywords: International Construction Agreement, Dispute Resolution, International Arbitration, FIDIC

ÖZET

Ülkemizde, artış eğiliminde olan nüfus ve buna paralel gelişen barınma ihtiyacı, inşaat sektörünün hızla gelişmesine neden olmuş ve Türk müteahhitleri 80’li yıllardan itibaren yurtdışında edindikleri deneyimlerini yurtdışında da değere çevirerek, uluslararası projelerde yer almaya başlamışlardır. Öte yandan, inşaat sektörünün ulusal ekonomide de lokomotif sektör olduğu sayısal verilerle de sabittir.

Uluslararası ticaretin ve hizmet arzının artışıındaki bir diğer etken de ülkelerin yabancı sermayeyi ve teknolojiyi ithal edebilmek için, yatırımcılara sundukları hukuki güvenceyi ikili anlaşmalarla artırma konusundaki eğilimleridir. Bu anlayış paralelinde gelişen bir diğer sistem olan tahkim yargılaması, ticari yapıların, merkezlerinin bulunduğu ülkelerin dışında üstlendikleri hukuki riskleri azaltmakta ve uluslararası iş yapabilme kabiliyetini artırmaktadır. Öyle ki; tahkim usulü, herhangi bir ülkede faaliyet gösteren yabancı bir kuruluş için, olası bir uyuşmazlıkta ortaya çıkması muhtemel bir yargılamanın hızı ve güvenilirliği açısından yerel yargı organlarının sağlandığından daha yüksek bir güvenlik sağlamak ve tercih edilmektedir.

Tahkim yargılamasının yarattığı güvenden, özellikle yatırım projelerinin finansman ihtiyaçlarını sağlayan kredi kuruluşları da faydalanmakta ve sistemin gelişmesi için çalışmaktadırlar. Tahkim anlaşması bulunan ve uluslararası tahkim organlarının yetkisini tanımış sözleşmelerin kredi bulabilme ihtimali yükselirken, buldukları kredilerin maliyetleri de düşmektedir. Bu sayede, kredi kurumlarının risk primi düşük kredi satmaları mümkün olmaktadır.

Yukarıda özetlenen kazan-kazan modeli sebebiyle, tahkim usulünün uluslararası ticaret ve hizmet arzında günden güne yaygınlaşacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, Uyuşmazlık, Tahkim, FIDIC

GİRİŞ

Çalışmamız gerek ülkemiz gerekse tüm dünyada ekonomik ve teknolojik gelişmenin yapı taşlarından olan inşaat sektöründe ortaya çıkan uyuşmazlıkların, yine yaygınlığı sürekli artış eğiliminde olan tahkim usulü ile çözümlenmesini incelemektedir.

Çalışmamız dört ana bölüm ve sonuç bölümünden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, Türk Hukuku'nda inşaat sözleşmeleri incelenecek ve tanım, unsur ve hukuki niteliğinin yanı sıra, sözleşme taraflarının yükümlülüklerine, özellikle ifa etmeme ve sonuçlarına değinilecektir. Ayrıca, FIDIC sözleşmelerinin Türk Hukuku ve uygulamaları açısından da değerlendirmesi yapılacaktır.

İkinci bölümde, uluslararası inşaat sözleşmeleri hakkında genel bilgilendirme yapılarak, uluslararası inşaat sektöründe en yaygın şekilde kullanılan FIDIC tip sözleşmeleri detaylı bir şekilde incelenecektir.

Üçüncü bölümde, uluslararası uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi ve uluslararası anlaşmalara göre yapılandırılmış ve en yaygın başvurulanan tahkim kurumlarının çalışması incelenecektir.

Dördüncü ve son bölümde ise, FIDIC standart sözleşmelerinin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ve tahkim uygulamaları incelenecek; taraf işlemleri yargılama süreci ve uyuşmazlıkları engellemek için sözleşmelerde ve dayandıkları maddi ilişkide bulunması gereken özelliklerle ilgili değerlendirmeler yapılacaktır.

1. TÜRK HUKUKUNDA İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC'İN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.1 Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmeleri ve Uygulamaları

1.1.1 İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

1.1.1.1 İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı

Türk Hukuku'nda, inşaat sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmeler arasında değildir, dolayısı ile, bir tanımı da bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu'nda sadece istisna (eser) sözleşmesi ile ilgili bazı düzenlemelerde inşaat sözleşmesinin de bahsi geçmektedir¹. Örneğin eBK md. 363/2 “taşınmaz inşaat” söz etmektedir. Öte yandan, TBK'nın da 470-486 maddeleri arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesinin en yaygın uygulamalarından biridir. TBK md. 478'de taşınmaz yapıdan; md.479'da “arsa” dan, md.482'de “iş sahibinin arsası üzerinde yapı” dan söz etmekle, inşaat sözleşmesinden doğrudan ve dolaylı olarak bahsedilmektedir.

Eser sözleşmesinin bir türü olan² inşaat sözleşmesi, yüklenicinin, taşınmaz bir eser meydana getirmesi karşılığında, iş sahibinin eserin bedelini ödemeyi borçlandığı sözleşmedir³. İnşaat sözleşmesi ile yüklenici bir yapı inşa etmeyi, iş sahibi ise yapının bedeli olan belirli bir ücret ödemeyi borçlanır⁴.

1.1.1.2 İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İnşaat sözleşmesi, sinallagmatik bir sözleşmedir. Eser sözleşmesine ilişkin TBK.m. 470 hükmünde yer alan “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin

¹ Fikret, Eren, **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri** (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.49).

²Serkan, Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, İstanbul, 2008, Seçkin, s.23; İbrahim, Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, 2013, Yetkin, s.43; Köksal, Kocağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 2014, Yetkin, s.11.

³ Özer, Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978, s.4.

⁴ Eren, s.49.

de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” tanımından hareketle, yüklenicinin meydana getirmeyi borçlandığı eser karşılığında iş sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret tarafların asli edimleridir.

İnşaat sözleşmesi rızai bir sözleşmedir⁵. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulundukları anda kurulmuş olur.

İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin iş görme edimi borcu niteliğiyle hizmet sözleşmesine benzemektedir. Bir diğer edim, yüklenicinin sözleşme neticesinde, bir eser inşa etmeyi borçlanmasıdır. Öte yandan, yüklenici eseri, satış sözleşmesine benzer şekilde, iş sahibine teslim etme borcu altındadır⁶.

İnşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Yüklenici bir eseri inşa etmeyi, iş sahibi de eserin karşılığı olarak müteahhitte bir ücret ödemeyi borçlanır⁷. Yüklenicinin eserin inşasını ivazsız yüklediği durumda inşaat sözleşmesinden söz edilemez.

İnşaat sözleşmesinin, ani edimli bir sözleşme mi sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Ani edimli bir sözleşme olduğunu savunan hakim görüş; sözleşmenin ifa ile sona erdiği ve alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin bir defada yerine getirildiğini düşünmektedir⁸. Uzun süreli inşaat projelerini düzenleyen sözleşmeler, sürekli sözleşmeye yakın bir görüntü verse de, eserin meydana getirilmesi borcu, eserin iş sahibine teslim edilmesiyle, bir defada ifa edilmiş olur⁹. Sürekli edimli bir sözleşme olduğunu savunan görüş ise, eser sözleşmesinin alacaklının değil sürekli edim eylemleriyle eseri meydana getirecek borçlunun perspektifinden bakıldığında çoğunlukla sürekli edimli sözleşmelere özgü hukuksal sonuçlar çerçevesinde değerlendirilebileceğini düşünmektedir¹⁰. Bizim de katıldığımız karma görüş ise, eser

⁵ Aydın, Zevkliler/Emre, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2019, Turhan, s.480.

⁶ Eren, s. 51.

⁷ Eren, s.49.

⁸ Özer, Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977, s.26, Turgut, Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.145, Fahrettin, Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 7. Baskı, Ankara, 2007, s.316, Mustafa Reşit, Karahasan, **Türk borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2**, İstanbul, 2002, s.56.

⁹ Eren, s.52, Kaplan, s.51; Zevkliler/Gökyayla, s.478.

¹⁰ Rona, Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2 Bası, İstanbul, 2007, s.166, Hasan, Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller**, İstanbul, 1979, s.9.

sözleşmesinin niteliği açısından bu iki tipin bir bileşimi olduğu sonucuna varmaktadır¹¹. Çünkü eser sözleşmesi, eserin teslim edilmesi ve borcun ödenmesi unsurları yönünden ani edimli sözleşmelerin; eserin bir zaman içerisinde inşa edilmesi yönünden de sürekli edimli sözleşmelerin unsurlarını taşımaktadır. Bu nitelendirmenin, sözleşmenin sona erdiği ana kadar yapılan işlerin kısmi ifa olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirmede önem taşıdığı düşünülürse, sözleşmenin sona erdiği ana kadar yapılan imalatların, sürekli edimli bir sözleşmede olduğu gibi kısmi ifa sayılması mümkün olmalıdır.

1.1.2 İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

1.1.2.1 Bir Eserin İnşa Edilmesi

İnşaat sözleşmesinin ana unsuru, bir eserin inşa edilmesidir. İnşaat sözleşmesine konu olan eser, çoğunlukla taşınmazken, istisna sözleşmesinin konusu, kural olarak taşınırlardır¹².

1.1.2.2 Ücret

İş sahibinin, yükleniciye ücret ödeme borcu, inşaat sözleşmesinin diğer bir unsurudur. Ancak, inşaat sözleşmelerinin farklı ücret yapılarına dayandırılması sebebiyle, sözleşmenin kuruluş anında ücretin sabit olması şart değildir. Ücret kararlaştırılmamışsa, TBK m.481 düzenlemesinde yer alan ölçütlere göre belirlenir. Bu kapsamda inşa edildiği zaman ve mekânın yanında yapıma ilişkin maliyetler değerlendirilecektir.

1.1.2.3 Karşılıklı Anlaşma

Eser sözleşmesi, tarafların inşa edilecek eser karşılığında ödenecek bedel konusunda uzlaşmaları neticesinde meydana gelir. Bu anlaşmaya göre, eseri inşa etme

¹¹İsmet, Sungurbey, **Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi, Medeni Hukuk Sorunları**, C.IV, İstanbul, 1980, s.466, Zevkliler/Gökyayla, s.479.

¹² Eren, s.52.

borcunu yüklenici, bedel ödeme borcunu ise iş sahibi üstlenmektedir. Kural olarak bu anlaşma yazılı şekil şartına tabi değildir, sözlü olarak da yapılabilir. Ancak, kanun ile şekil zorunluluğu getirilmiş olan özel durumlar mevcuttur. Örnek olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa sahibinin yükleniciye taşınmaz devri taahhüdünü içerdiğinden, MK md. 706 düzenlemesine göre resmi şekil şartına tabidir.

1.1.3 Tarafların Yükümlülükleri ve Temerrüt

1.1.3.1 Yüklenicinin Yükümlülükleri

1.1.3.1.1 Yüklenicinin Yapıyı Tamamlayıp Teslim Etme Borcu

İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, yapıyı öngörülen süre ve bedelle yapıp tamamlayarak, iş sahibine teslim etme yükümlülüğünü üstlenmektedir. İş sahibinin, inşaat sözleşmesi ile elde etmek istediği fayda, yapıyı kullanmak veya yapıyı ekonomik olarak değerlendirmek olduğuna göre, eseri yapıp tamamlamanın yanında, teslim etmek de inşaat sözleşmesinin asli borcudur.

1.1.3.1.2 Yüklenicinin Özen Borcu

TBK 471. maddesi, yüklenicinin özen sorumluluğunu düzenlemekte ve özen yükümlülüğünün ölçüsünün belirlenmesinde “basiretli bir yükleniciden beklenecek mesleki ve teknik kurallara uygun davranış” tanımını getirmektedir.

Bu düzenleme ile işaret edilen mesleki ve teknik kuralların belirlenmesinde, bilimsel olarak veya mesleki teamüllere dayanılarak doğruluğu kabul görmüş ve aynı meslek uzmanlarının ekseriyeti tarafından benimsenmiş ve uygulanmakta olan kurallar ölçütünün isabetli olacağı kabul edilmektedir¹³. Bu kuralların, yerleşik ve uygulamada kullanılan kurallar olması esastır. Bu özelliklerin tamamını taşımayan kurallar, bu kapsamda değerlendirilemez.

¹³İbrahim, Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara, 2013, s.58.

1.1.3.2 İş Sahibinin Yükümlülükleri

1.1.3.2.1 Yer Teslimi Borcu

İnşaatın yapılacağı yerin, sözleşmede özgülenen amaca elverişli şekilde, fiilen ve hukuki olarak yükleniciye teslimi gerekmektedir. İki tarafa borç yükleyen inşaat sözleşmelerinde TBK. md. 97 ve md.106 gereği; yer teslimi iş sahibinin öncelikli borcudur. İnşaat yapılacak yer, ayıptan ari ve inşaaata başlamaya uygun şekilde teslim edilmeye kadar yüklenici inşaaata başlama yükümlülüğü altında olmayacaktır. Arsanın yükleniciye fiili ve hukuki ayıptan ari olarak inşaaata uygun biçimde teslim edilmemesi; inşaatın teslim süresi, temerrüdün tespiti, gecikme tazminatları, cezai şartlar, yoksun kalınan kara ilişkin tazminat gibi mahkemenin sözleşmenin feshine bağlı olarak yapacağı değerlendirmelere etki eder¹⁴.

Üzerinde inşaat yapılacak taşınmazda kiracı bulunması, işgale konu olması gibi durumlarda, aksine sözleşmelerinde bir hüküm bulunmaması halinde, iş sahibinin kiracıların tahliyesini sağlaması, işgali sona erdirmesi, inşaat sahasını, inşaatın başlamasına uygun ve ayıptan ari bir şekilde yükleniciye teslim etmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir teslim gerçekleşmediği durumda, borcunu ifa etmemiş olan iş sahibi, işin başlamamasından ve yüklenicinin işin başlamaması nedeniyle uğrayacağı zarardan da sorumlu olacaktır¹⁵.

¹⁴ Yar. 23.HD.E.2012/1871 E.2012/4992 K., T.1.9.2012. “Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, yanların sözleşmenin feshini istedikleri, henüz inşaaata başlanmadığı aşamadaki dönme beyanı sebebiyle sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması gerektiği, sözleşmeyle kararlaştırılan yapının yapılabilmesi için arsadaki ayıbın arsa malikince giderilerek arsanın yükleniciye ayıpsız olarak teslimi gerektiği, dava tarihi itibariyle ayıp giderilmediğinden sözleşmenin ifası mümkün olmadığı ve karşı davacının fesih isteminin haklı olduğu, sözleşmenin ifa edilememesinde hatalı aplikasyon krokisi düzenleyerek inşaat ruhsatının alınmasını sağlayan Konak Kadastro Müdürlüğü %50, ayıbı zamanında ve gereği gibi araştırmayan yüklenicinin %25, arsayı ayıpsız teslim etmesi gereken arsa sahibinin ayıbı gidermemesi ve arsayı ayıpsız teslim etmemesi sebebiyle %25 oranında kusurlu olduğu”, www.kazanci.com.

¹⁵ Cengiz, Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, 2015, s. 261.

1.1.3.2.2 İnşaat Bedelini Ödeme Borcu ve Bedelin Belirlenmesi

1.1.3.2.2.1 İnşaat Bedelini Ödeme Borcu

İnşaat sözleşmesi, iş sahibinin eser meydana getirme borcu karşılığında, yükleniciye bedel ödediği bir sözleşmedir. İş sahibinin temel borcu bedelin ödenmesidir. TBK md. 481; “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir” hükmüyle, tarafların bedeli kesin olarak belirlemedikleri durumda dahi inşaat bedelinin varlığını ve nasıl hesaplanacağını düzenlemektedir.

Ödemelerin inşaat sözleşmesinde belirlenen vadeye uygun yapılması gerekir. Uygulamada, genellikle inşaat sözleşmelerinde inşaat bedelinin vadesi belirlenmektedir. Sözleşmede vade ile ilgili bir hüküm yoksa, TBK md. 479 hükmü, ücret ödeme borcunun eserin teslimi anında muaccel olacağını düzenlemektedir. Teslim kural olarak, iş sahibi ile yüklenicinin inşaatı bitirip, iş sahibi ile anlaşarak inşaat alanından çekilmesi anlamına gelmektedir¹⁶. Özellikle büyük inşaat projelerinde, sözleşmelerde uygulama sürecine yayılan kısmi ödemeler yapılacağı düzenlenmekte ve bu ödemelere “hakediş” (*situasyon*), ara süreçler için yapılacak her bir ödemeye de “ara hakediş” veya “geçici hakediş” ismi verilmektedir. Hakediş usulünün uygulanması, yüklenicinin projeyi finanse etmesini kolaylaştırmaktadır. Uygulamada iş sahibi, yüklenicinin geçici hakedişe hak kazanıp kazanmadığını tespit edebilmek amacıyla kontrol mühendisi görevlendirmekte ve mühendis tarafından iş sahibine sunulan hakedişe esas işlerin, sözleşme şartlarına uygunluğunu denetlemektedir.

Özellikle ülkemizde, inşaat sözleşmeleri genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde yapılmaktadır. Atipik karma bir sözleşme olan ve yasada tanımlanmamış olan bu sözleşme türünde, iş sahibi ödeme yükümlülüğünü,

¹⁶ M.Turgut, Öz., **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.79.

yükleniciye arsa payını temlik ederek yerine getirmektedir. Ödemeye ilişkin açıklamaların, arsa payının devri konusunda da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

1.1.3.2.2.2 Bedelin Belirlenmesi

1.1.3.2.2.2.1 Götürü Bedel

Götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde taraflar, yapılacak işin toplam bedelini sözleşmenin başında belirlemektedirler. Götürü bedel; yalın götürü bedel, birim fiyat ve değişken götürü bedel olarak belirlenebilmektedir¹⁷.

1.1.3.2.2.2.1.1 Yalın Götürü Bedel

İnşaat henüz başlamadan işin başında, işin tamamlanması için değişmeyecek bir bedel ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, yalın götürü bedel söz konusu olmaktadır.

TBK md. 480/1 hükmünün; “Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.” düzenlemesi tahtında; iş sahibi işin başında maliyetini sabitleyerek bir güvenliğe kavuşurken yüklenicinin riski, hesaplamadaki olası sapmalar nedeniyle artmaktadır.

1.1.3.2.2.2.1.2 Birim Fiyat

Birim fiyat usulünde, yapılacak inşaatla ilişkin imalat süreçlerini malzeme ve iş gücü bazında detaylandırılarak, her bir alt sürece ilişkin birim fiyat belirlenerek, toplam maliyete ulaşılmaktadır ve işin başında toplam maliyeti hesaplamak da mümkündür. İşin maliyetinin baştan belirlendiği sistemle birim fiyat sistemi arasında, toplam maliyetin önceden öngörülebilmesi açısından bir fark bulunmasa da uygulamada işin, projenin uygulanması sırasında değiştirilmesi veya taraflardan

¹⁷ Öz, s.56.

bağımsız bir sebeple değişmesi durumunda, birim fiyat usulü, oluşacak yeni maliyetin hesaplanması açısından kolaylık ve esneklik getirmektedir.

Uyuşmazlıkların minimize edilmesi için, belirlenen birim fiyatın gerçekçi analizlere dayandırılması ve hakediş süreçlerinin doğru bir şekilde tasarlanması ve işletilmesi önem arz etmektedir.

1.1.3.2.2.1.3 Değişken Götürü Bedel

Değişken götürü bedelde; işin başında belirlenen sabit bedel, döviz veya enflasyon artışı gibi değişkenlere endekslenmektedir. Ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, sözleşmede yer alan bedelin tayinine ilişkin değişkenler değerlendirilerek TBK md. 480 hükümleri uygulanacaktır¹⁸.

1.1.3.2.2.2. Yaklaşık Bedel

TBK md. 481, “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir” hükmüyle, bedelin yaklaşık olarak belirlenebileceğini düzenlemektedir. TBK md. 482 ise, yapılan işin masrafının fiilen yaklaşık bedeli aşırı ölçüde aşması durumunda, bunda kusuru olmayan iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini, şayet inşaat iş sahibinin arsasında yapılıyorsa, iş sahibinin dönme yerine bedel indirimi isteyebileceğini düzenlemektedir.

Bu durumda, yaklaşık bedel; tarafların sözleşmenin başında tahmini olarak belirledikleri ve tahminlerinin yasada öngörülen sınırın üzerinde sapmaması durumunda gerçekleşmeyle tahmin arasındaki farkın yükleniciye ödendiği, sapmanın yasada tanımlanan sınırı aşması durumunda ise, iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı tanıyan belirsiz bedel ile götürü bedel melezi bir sistemdir¹⁹.

¹⁸ Öz, s.58.

¹⁹ Öz, s.59.

1.1.3.4.2.1.1 Maliyet Artı Kar Payı

Taraflar, sözleşmede götürü bedel ve yaklaşık bedel belirtmeksizin, işlerin maliyetinin iş sahibi tarafından karşılanacağını ve maliyetin belirli bir oranında yükleniciye kâr payı ödeneceğini kararlaştırabilirler. Taraflar, maliyet + kâr payı sistemi ile düzenlenmiş bir sözleşmede aynı zamanda yaklaşık bedel de öngörebilirler.

1.1.3.5 Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları

Yüklenici, inşaat sözleşmesi ile yüklendiği edimlerinin ifasında gecikirse temerrüde düşmüş olur.

Yüklenici, teslim süresinin sona ermesinden önce, inşaat edimlerinin ifası sırasında temerrüde düşebileceği gibi, teslim süresinin aşılması sebebiyle de temerrüde düşebilir.

“İşe Başlama ve Yürütme” kenar başlığı taşıyan TBK md. 473; yüklenicinin işi zamanında başlatmaması veya sözleşmeye aykırı olarak gecikmesi sebebiyle işi zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması üzerine yükleniciye uygun bir süre vererek ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini talep edebileceğini, yüklenicinin iş sahibinin bu talimatına uymaması durumunda ise, işin masrafları yükleniciden karşılanmak üzere, üçüncü bir kişinin talimat içeriğini uygulatmak üzere görevlendirilebileceğini düzenlemektedir.

İnşaat sözleşmesinin nihai hedefi, ortaya çıkan eserin, iş sahibinin sözleşmeyle ortaya koyduğu taleplere uygun şekilde yapılarak, iş sahibine eksiksiz teslim edilmesidir. TBK’nın 479. maddesi’ndeki, “İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur” hükmü de bu görüşü desteklemektedir. Teslim süresi dolmadan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi, yükleniciye inşaatı beklenen şekilde tamamlaması için gerekli nitelikte çalışması yükümlülüğünü de yüklemektedir.

Teslim süresinin kararlaştırılmadığı durumda ise, TBK. md. 117 uyarınca, iş sahibi, eseri beklenen şekilde tamamlaması için yükleniciye tanıyacağı makul sürenin sonunda, eserin tamamlanmaması üzerine dönme hakkını kullanabilecektir²⁰.

TBK md. 473, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmeyi düzenleyen özel bir hükümdür. TBK md 125, sözleşmeden dönme hâlinde “ taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir” düzenlemesini içermektedir. Bu durumda, TBK md. 473 uyarınca sözleşmeden dönen taraf, karşı taraftan TBK md. 125 düzenlemesi kapsamında, sözleşmenin varlığına güveni sebebiyle uğradığı zararın tazmini anlamına gelen *menfi tazminat* isteyebilir. Geçerli olduğuna inanılan bir akdin hükümsüz olması veya kurulacağına güvenilen bir akdin kurulmaması nedeniyle uğranılan zararlar şeklinde tanımlanan²¹ bu tazminatın kapsamına, karşı tarafın temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen tarafın sözleşmenin kurulması sebebiyle yapmış olduğu masraflar ile söz konusu sözleşmeyi yapması nedeniyle kaçırmış olduğu fırsatlar girmektedir.

İş sahibi, TBK md. 473/1’e dayanarak teslim süresinin sonunu beklemeden sözleşmeden dönebileceği gibi, TBK.’nun 125. maddesi tahtında, aynen ifayı kabul etme veya ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan (*müspet*) zararını isteyebilme seçimlik yetkilerinden birini kullanabilir. Müspet zararın kapsamına, iş sahibinin sözleşmeden beklediği, yani sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmemesi nedeniyle elde edemediği kar/kazançlar girmektedir. Ancak, “işin mahiyetinden” aynen ifanın mümkün olmadığı anlaşılıyorsa, borcun ifası talep edilemeyecektir. İş sahibinden kaynaklanan gecikmeler sebebiyle, yüklenicinin gecikmeyle ilgili kusurunun bulunmadığı hallerde, yüklenicinin talebi üzerine ek süre verilmelidir²².

²⁰ İzzet, Karadaş, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, 2013 s. 141.

²¹Kemal, Oğuzman /Turgut, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,1. Cilt, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2012, s.430; Haluk, Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2010, s.427; S. Sulhi, Tekinay/Sermet, Akman/Haluk, Burcuoğlu /Atila, Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 7. Baskı, 1993, s.855;Rona, Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** Cilt:3 (İfa, İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme), 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.239; S. Mehmet, Ergüne, **Olumsuz Zarar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.39.

²² Karadaş, s. 139-140.

1.1.3.6 İş Sahibinin Temerrüdü ve Sonuçları

TBK. m. 479; iş sahibinin bedel ödeme borcunu ödememesi durumunda doğacak sonuçları düzenlememektedir. Bu durumda; iş sahibinin temerrüdünün sonuçları için genel kurallara bakılacaktır. Yüklenici, TBK. m. 125 hükmünden doğan haklarını kullanabilmek için, temerrüde düşen iş sahibine ödeme için “*makul süre*” vermelidir. TBK. m. 124 kapsamına giren durumlarda ise, “*makul süre*” vermeye gerek bulunmayacaktır.

1.1.4 İnşaat Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri

1.1.4.1 Eserin Teslim Edilmesi

Yüklenicinin yapım borcu altında olduğu eseri, sözleşmede kararlaştırılan sürede ve şartlarla ve ayıptan arı olarak tamamlayarak iş sahibine teslim etmesi ve iş sahibinin de yapım karşılığı ödemeyi taahhüt etmiş olduğu bedeli ödemesi neticesinde, sözleşme ifa nedeniyle sona erer.

1.1.4.2 Tarafların Anlaşması ile Sona Erme

Tarafların, inşaatı tamamlama veya bedeli ödemede yetersizlikleri sebebiyle işin başında planladıkları süreç gerçekleşmeyebilir. Bu durumda planlanan işten vazgeçmek gerekir ve taraflar anlaşarak sözleşmeyi sona erdirirler.

Karşılıklı sona erdirme anlaşmaları, sözleşmenin tamamı veya bir kısmı için olabilir. Taraflar, sözleşmenin bir veya birkaç maddesinin sona erdirilmesi konusunda anlaşmışlarsa, anlaşma konusu dışında kalan sözleşme hükümleri geçerli olur. Sözleşmenin tamamı için anlaşıldığı durumda, sona erme ile sözleşme ortadan kalkacak ve tarafların borçları da sönecektir²³.

1.1.4.3 İfa İmkansızlığı

Eserin inşa edilmesi borcu, sözleşme sırasında bulunmayan ve sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan bir sebeple imkansızlaşabilir. Bu durum iş sahibinin veya yüklenicinin fiillerinin bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir.

²³ Karadaş, s.442.

TBK. md. 483, “*Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur*” düzenlemesi tahtında; eserin teslimden önce yok olması durumunda, hasar sorumluluğu yüklenicidedir. Bu durumda, yüklenici iş sahibinden, işin bedeli ve yaptığı giderlerin ödenmesi veya benzeri nitelikte hiçbir talepte bulunamaz. Buna karşın, iş sahibi işin görülmesi esnasında yaptığı ödemelerin iadesini talep edebilir.

TBK md. 483/2’ye göre, eserin iş sahibi tarafından teslim edilen malzemenin veya arsanın ayıbı veya iş sahibi tarafından verilen yanlış talimat dolayısıyla yok olması halinde, müteahhit, iş sahibini aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi şartıyla, yapılan işin ücretini ve değerini, işin değerine dahil olmayan masraflarını talep edebileceği gibi müspet zararının tazminini de isteyebilir²⁴.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sebeplerle müteahhidin eseri meydana getirmesi imkansızlaşabilir. Bunlar, TBK 485’de müteahhidin ölümü ya da inşaatı tamamlamada acze düşmesi halleri olarak belirtilmiştir. Bu düzenleme tahtında, müteahhit ölüm veya kendi kusuruna dayanmayan bir sebeple, eseri tamamlama kabiliyetini kaybederse, inşaat sözleşmesi de, edimin ifasının imkansız hale gelmesi sebebiyle sona erer.

TBK. m. 485 koşulları gerçekleştiğinde, istisna sözleşmesinin feshinin kendiliğinden mi yoksa iş sahibine feshin yenilik doğurucu bir beyanla iletilmesiyle mi gerçekleşeceği hususunda yasal düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde öne sürülen bir görüş, sözleşmenin ileriye etkili olarak kendiliğinden (*ipso iure*) sona erdiğini kabul etmektedir²⁵. Bir diğer görüş ise, iş sahibi veya onun ölümü halinde mirasçılarının sözleşmeyi feshettiklerini yükleniciye yönelttikleri bir irade beyanıyla ortaya koymaları durumunda, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceğini savunmaktadır²⁶.

²⁴ Eren, s. 98-99.

²⁵ Muaz, Ergezen, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 133.

²⁶ Karadaş, s. 462.

Kanaatimizce; yasa feshin yapabileceği sebepleri saymakta ve kendiliğinden sona ermeye ilişkin bir hüküm getirmemektedir. Bu durumda feshin gerçekleşmesi için feshe ilişkin irade beyanının iş sahibine yöneltilmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin sona ermesi ile yüklenicinin eseri yapma borcu da sona erer. İmkânsızlık söz konusu olduğu için, iş sahibinin ifa etmeme sebebiyle uğramış olduğu zararları tazmin sorumluluğu da bulunmayacaktır. İş sahibinin de inşaat bedelini ödeme borcu son bulur. Ancak, inşaat kısmen tamamlanmış ve yüklenici veya yüklenicinin mirasçıları tarafından iş sahibine kullanıma uygun bir şekilde sunulmuşsa, iş sahibi BK 486/II düzenlemesine göre, inşaatı kabul etmeli ve tamamlanan kısmın bedelini ödemelidir.

Öte yandan, ifa imkansızlığı yükleniciye atfedilebilecek bir kusur veya yüklenicinin temerrüdü neticesinde ortaya çıkmışsa iş sahibi, ifaya ilişkin yararının, yani sözleşme gerektiği gibi ifa edilmiş olsaydı, elde edeceği kazancın tazmin edilmesi anlamına gelen *müspet zararını* isteyebilir²⁷. Bu durumda, iş sahibi yükleniciye bir tazminat ödemeyecektir.

1.1.4.4 Sözleşmeden Dönme

1.1.4.4.1 Genel Olarak Dönme Kavramı ve Dönmenin Sonuçları

Sözleşmeden dönme, bir sözleşmeyi sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı irade beyanıyla sona erdiren yenilik doğuran bir haktır²⁸. Yükleniciye veya onun temsilcisine ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğurur.

TBK. md. 125/3, “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler” düzenlemesini getirmektedir. Sözleşmeden dönen iş sahibi bedel ödeme borcundan,

²⁷ Ergezen, s. 138.

²⁸ Oğuzman/ Öz, s. 381; Öz, s. 24; Rona, Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul 2007s. 59 vd.; Hüseyin, Hatemi, / Emre, Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2011, s. 260 vd.; Turgut, Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara 1975, s. 89; Aydın, Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm**, 11. Bası, İstanbul 1995, s. 138.

yüklenici de inşaatı yapma borcundan kurtulur. Bu durumda, borçlunun kusurlu olması şartı ile olumsuz zararın tazmini talep edilebilir²⁹.

Borçlunun temerrüdü neticesinde sözleşmeden dönmenin sonuçları doktrinde tartışmalıdır. Bu çerçevede savunulan görüşler; sebepsiz zenginleşme, kanunî borç ilişkisi, aynî etkili dönme ve yeni dönme görüşü şeklinde sınıflandırılabilir. Sebepsiz zenginleşme görüşü³⁰, dönme beyanının karşı tarafa varması ile birlikte, sözleşme kurulduğu ana kadar geçmişe etkili şekilde (*ex tunc*) ortadan kalkarak dönme tasfiye ilişkisinin sözleşme dışı hükümlere göre gerçekleşeceğini, sözleşmeden doğan ve henüz ifa edilmemiş olan borçların talep edilemeyeceğini ve dönmeden önce ifa edilmiş olan ve hukukî sebepten yoksun hâle gelmiş edimlerin iadesinin ise sebepsiz zenginleşme (*condictio ob causam finitam*) hükümlerine göre yapılacağını savunur. Zamanaşımı TBK m. 82 uyarınca dönme beyanının ulaşmasından itibaren iki yıldır.

Kanunî borç ilişkisi görüşüne göre³¹; borç ilişkisi sözleşmeden dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Ancak önceden yapılan tasarruflar işlemleri dönmeden etkilenmez. Farklı bir deyişle, sözleşmeden dönme ile, ifa edilmiş edimler sebepten yoksun hâle gelmez. Sözleşmenin yürürlükte olduğu sırada yapılmış olan tasarruf işlemlerinin tasfiyesi bakımından sebepsiz zenginleşmeden değil, TBK md. 125'den kaynaklanan bir kanunî borç ilişkisinden söz edilmelidir. Ancak, iade açısından, TBK md. 125'de bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, bu boşluk sebepsiz zenginleşme kuralları kıyasen uygulanarak doldurulacaktır. İade talebi, TBK m. 146'daki on yıllık süreye tâbi olacaktır.

Aynî etkili dönme görüşüne göre³²; sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlemler de tasarruf işlemleri de geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. İfa edilmiş

²⁹ Oğuzman, / Öz, s. 529.

³⁰Seza, Reisoğlu, **Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları**, Ankara 1961, s. 36; Halûk, Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 504; s. 155-156; İlhan, Uluhan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, 1984, s. 76, 77; Oğuzman/ Öz, N. 1699, N. 1703; Ahmet M., Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara 2017, s. 919-921.

³¹Selâhattin Sulhi, Tekinay /Sermet, Akman / Halûk, Burcuoğlu / Atilla, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 967-968; Gümüş, s. 78-79; Müge, Ürem, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul 2017, s. 178-183.

³² Öz, Dönme, s. 40 vd., s. 240-241; Vedat, Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998, s. 134 vd., s. 172; Serkan, Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008, s. 269; Şahin, Turan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü**, Ankara 2012, s. 282; İsmail, Atamulu, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara 2014, s. 187.

edimlerin iade talebi istihkak temeline dayanır. İfa edilen edimin taşınmaz olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mülkiyet el değiştirmemiş olduğundan, tescil TMK md. 1024 tahtında yolsuz hâle gelir ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası söz konusu olur ve dava zamanaşımına tabi değildir. Taşınmazı devralan üçüncü kişinin kazanımının korunması, TMK md. 1023 düzenlemesine göre, iyiniyetli olmasına bağlıdır. Ancak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, Yargıtay'a göre yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişinin TMK m. 1023 kapsamında yapacakları iyiniyet savunmaları kabul edilmemelidir ve söz konusu tesciller geçersizdir³³.

Yeni dönme görüşü ise³⁴; dönmede sözleşmenin ne geçmişe ne de ileriye etkili olarak sona ereceğini, dönme beyanının karşı tarafa ulaşması ile sözleşmenin içeriğinin taraflar arasında ifa edilen edimlerin iadesi şeklinde bir tasfiye ilişkisine dönüşeceğini savunmaktadır. İade talebi, TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımına tabidir.

Kanaatimizce; sebepsiz zenginleşme görüşü ile kanuni borç ilişkisi arasında, sonuca etki etmesi açısından, zamanaşımı süresi dışında belirgin bir fark bulunmamaktadır. İki sistem de sözleşmeden dönme ile tarafların aldığını iade etmesi esasına dayanmaktadır. TBK md. 125'te düzenlenen sözleşmeden vazgeçerek tazminat isteme ve sözleşmeden dönmenin ayrıştırılmasının yasanın bilinçli bir tercihi olduğu düşüncesinden hareketle, sebepsiz zenginleşme görüşünün, sözleşmeden dönmenin sonuçları açısından uygun olduğunu, öte yandan; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, üçüncü kişiye yapılan temliklerin aynı etkili bir tasfiye yöntemi dışında geri döndürülmesi mümkün olmadığından, iki görüşün karma olarak uygulanmasının isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

³³ Yarg. HGK, 17.12.2008, E. 2008/15-769, K. 2008/752; Yarg. 23. HD, 9.10.2017, E. 2015/9553, K. 2017/2593; Yarg. 23. HD, 22.6.2017, E. 2016/5026, K. 2017/1923; Yarg. 15. HD, 11.6.2012, E. 2012/2706, K. 2012/4360, www.kazanci.com.

³⁴Rona, Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 73 vd., s. 91 vd.; Özer, Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Dönmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976, s. 209-210; Fikret, Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Genel), s. 1150; Hüseyin, Hatemi / Rona, Serozan / Abdülkadir, Arpacı, (Hüseyin Hatemi), **Eşya Hukuku**, İstanbul 1991, s. 571; Hatemi/ Serozan/Arpacı (Hatemi), **Borçlar Özel**, s. 369-370; Necip, Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin, Hatemi / Rona, Serozan / Abdülkadir, Arpacı, (Rona Serozan), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016, § 17, N. 14, N. 18; Ayşe, Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir 1995, s. 66.

1.1.4.4.2 Tarafların Sözleşmeden Dönmesi

İş sahibi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle genel hükümlere göre dönme hakkını kullanabileceği gibi, TBK'da inşaat sözleşmesine özel olarak düzenlenmiş olan TBK md. 473/1'e göre, TBK md. 474'de düzenlenen eserin ayıplı olması sebebiyle ve TBK m. 482'de düzenlenen yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması sebebiyle sözleşmeden dönme yoluna başvurabilir. Yüklenici de TBK md. 480 gereği sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesiyle birlikte, tarafların ifa yükümlülükleri ortadan kalkacak ve taraflar eser sözleşmesi sebebiyle, birbirlerinin mal varlıklarına katmak suretiyle daha önce ifa ettikleri edimlerin aynen iadesini ya da parasal karşılıklarının geri verilmesini isteyebileceklerdir³⁵. Sözleşmeden dönülmesinde kusurlu olan taraf, karşı tarafın, sözleşmenin uygulanmamasından doğan zararını (*menfi zarar*) tazmin edecektir.

Olumsuz (*menfi*) zarar, sözleşmenin karşı tarafın sözleşmeyi gerektiği gibi ifa edeceğine duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan, alacaklının sözleşmeyi yapmamış olsaydı uğramayacağı zarardır³⁶.

Yüklenicinin, iş sahibinin temerrüdü neticesinde sözleşmeden dönmesi durumunda; yüklenici tamamladığı imalatların bedelini talep edemeyecek, ödenmiş olan bedelleri iade edecek; iş sahibi de, kullanılabilir durumdaki imalatların, işçilik ve malzeme maliyetlerini müteahhide ödeyecektir³⁷. Taşınmaz inşaatında sözleşmeden dönen yüklenici sadece, eserin inşaatı için sarf etmiş olduğu malzeme maliyeti ve iş gücünün karşılığı olarak tazminat talep edebilecek; ancak MK. md. 724 uyarınca mülkiyetin kendisi adına tescili talebinde bulunamayacaktır³⁸.

Tazminat isteyen tarafın, bu talebinin karşılanabilmesi için kusursuz olması gerekir. Kusursuzluğunu ispat eden tarafın tazminat ödeme yükümlülüğü ortadan

³⁵ Karadaş, s. 483.

³⁶ Öz, s: 284; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1268; Antalya, C. III, s. 503; Kutlu / Sungurbey, s: 146; Eren, s: 1147.

³⁷ Turgut, Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul, 1989, s. 67-68.

³⁸ Cevdet, Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2007, s. 545.

kalkacaktır³⁹. Alacaklı ifa engeline kendi eylemiyle sebep olduğu durumda, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır⁴⁰.

Her iki tarafın da, sözleşmeden dönülmesi konusunda ortak kusuru bulunuyorsa, sadece tasfiye yapılacaktır⁴¹. TBK md. 52/1 hükmünün “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir*” düzenlemesi tahtında; zarar gören, kendi kusuru ile zararın doğmasına etki etmişse ve yarattığı etki, zarar gördüğü eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağıını kesecek güçteyse sorumluluktan kurtulabilir⁴². Kendi kusuru bu ağırlıkta değil ise, sorumluluktan kısmen kurtulur ve sorumluluğu nedeniyle hükmedilecek tazminatta indirim yapılır⁴³.

1.1.4.5 Fesih

Fesih, sözleşme ilişkisini sonlandırmaya yönelik bozucu yenilik doğuran bir haktır ve taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi ve sözleşme hükümlerine aykırı davranması durumunda diğer tarafın sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Feshin akit ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdirdiği kabul edilmektedir⁴⁴.

Taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi ve sözleşme hükümlerine aykırı davranması durumunda,

Fesih ile dönme arasındaki en önemli fark, doğurdıkları hukukî sonuçlar açısından. Dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak ortadan kaldırarak henüz yerine getirilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine yol açarken, fesih ileriye etkili sonuçlar doğurur. Ayrıca,

³⁹Necip, Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s. 152.

⁴⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 478.

⁴¹ Karadaş, s. 528-529.

⁴² Başak, Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.39.

⁴³ Yarg. 15. HD 12.12.2005, E. 2004/7443, K. 2005/6761: “Bu durumda mahkemece öncelikle yetkili belediye veya il imar müdürlüğünden dava konusu yapının ruhsata tabi yapılardan olup olmadığı ve ruhsat alınıp alınmadığı sorulup saptanarak, ruhsata tabi olup alınmam iş ise sözleşmede aksine hüküm olmadığı ve yükleniciye bu konuda verilmiş vekaletname de bulunmadığından projersiz ve ruhsatsız inşaat yaptıran davacı arsa sahiplerinin müterafik kusurları bulunduğu kabul edilerek BK’nun 44. maddesi de göz önünde tutulmak suretiyle davalı yüklenicinin sorumlu olduğu zarar miktarının belirlenmesi gerekirken eksik inceleme sonucu zararın tamamından sorumlu tutulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”. Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD 8.2.2005, E. 2004/3987, K. 2005/944., www.kazanci.com.

⁴⁴ Fikret, Eren, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, C. 3, s. 457’den naklen: Karadaş, s. 490.

dönme ile birlikte tazmin edilecek zararın türü menfi zararken; fesih ile birlikte tazmini istenebilecek olan zarar ise müspet zarardır.

Müspet zarar; borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğranan zarardır. Diğer bir ifadeyle; alacaklının malvarlığının, borcun ifa edilip edilmemesi arasındaki farka göre alacağı durumdur⁴⁵.

Borçlunun temerrüde düşmesi durumunda TBK md. 125/2 tahtında; alacaklı ifadan vazgeçtiğini borçluya derhal bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini (*müspet zarar*) talep edebilir.

İnşaat sözleşmesinin taraflarından biri sözleşmeyi feshettiğinde fesihden önce ifa ettiği edimlerin dayanağı olan borç ilişkisi, geriye etkili olarak sona ermeyecek ve ifa edilen edimlerin de iadesi talep edilemeyecektir⁴⁶.

1.1.4.5.1 Sözleşmenin İş Sahibi Tarafından Feshi

TBK. md. 484 hükmü, iş sahibine, eser tamamlanmadan önce haklı bir sebep göstermeksizin, tamamlanmış imalatların maliyetini ödeyerek, yüklenicinin tüm zararlarını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilme hakkını tanımaktadır.

TBK. md. 484 hükmüne istinaden, iş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için eser tamamlanmamış olmalıdır. İş sahibi fesih hakkını, yüklenici işe başlamadan önce kullanabileceği gibi, işe başlamasından sonra da eser tamamlanıncaya kadar kullanabilir⁴⁷. Eserin ayıplı olması, eserin tamamlanmasından sonra fesih hakkının kullanılmasına etki etmeyecektir⁴⁸.

⁴⁵ Eren, s. 1073; “Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir. Binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza (TBK 179/2), seçimlik ceza (TBK 179/1.), eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı (TBK 125/1) müspet zarar kapsamındaki alacak kalemlerindendir.”

⁴⁶ “Sürekli borç ilişkisinde henüz edimlerin ifasına başlanmamışsa, bu aşamada geçmişe etkili şekilde sözleşmeden dönmeyi kabul etmemeye sebep yoktur. ... Nitekim, TBK m. 126, ancak ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerin feshedilebileceğini açıkça düzenlemiştir. Ifasına başlanmamışsa, burada da sözleşmeden dönme söz konusu olacaktır.” Oğuzman/Öz, s. 452.

⁴⁷ Karadaş, s. 465.

⁴⁸ Öz, İnşaat, s. 140.

İşin tamamlanmasının, mülkiyetin iş sahibine geçirilmesi şartına bağlanmış olduğu sözleşmelerde de bu safha henüz tamamlanmamış olsa dahi, eserin müteahhit tarafından fiziklen tamamlanması durumunda iş sahibi, TMK 484 hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshedemeyecektir.

TMK 484 ile iş sahibine tanınan fesih hakkı, bozucu yenilik doğurucu bir haktır ve iş sahibinin iradesinin müteahhitte bildirilmesiyle hüküm ifade eder. Hakkın kullanılması şarta bağlanamaz ve yenilik doğurucu özelliği sebebiyle geri alma imkânı da bulunmamaktadır⁴⁹.

İş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, yüklenicinin tazminini isteyeceği zarar, müspet zarardır⁵⁰. Müspet zararı, fiili zarar ile başka bir iş yaparak elde edemediği, yoksun kalınan kar unsurlarının toplamı oluşturmaktadır.

1.1.4.5.2 Sözleşmenin Yüklenici Tarafından Feshi

Yüklenici; bedelin ödenmemesi, gerekli malzemenin temin edilmemesi, iş sahibinin acze düşmesi veya borcun ifasına engel olan diğer haklı sebeplerin varlığı halinde, sözleşmeyi feshedebilir. TBK. md. 125 düzenlemesinde yer alan, ifadan vazgeçerek ifa etmemeden kaynaklanan zararını (müspet zarar) talep edebilir.

1.2 Türk Hukukunda FIDIC Sözleşmeleri

Merkezi Cenevre’de bulunan ve FIDIC olarak anılan Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu (Federation Internationale des Ingenieurs Conseils) 1913 yılında kurulmuş olan, özel hukuk kullarına tabi, federasyon niteliğinde bir meslek kuruluşudur. FIDIC tarafından hazırlanan standart sözleşmelerden, uluslararası inşaat sözleşmelerinin düzenlenmesinde standardizasyonu temin etmek hedefiyle önemli ölçüde faydalanılmaktadır. FIDIC Sözleşmeleri Anglosakson hukuk sisteminin özelliklerini taşımaktadır. Türk hukuku ise Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçasıdır. FIDIC Sözleşmeleri’ nin Türk hukuku açısından yorumunda, iki hukuk sistemi arasındaki farklılıkları ortaya koyarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

⁴⁹ Yavuz, s. 550.

⁵⁰ Öz, İnşaat, s. 147.

1.2.1 Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Türk hukukunda AY md. 48 ve TBK md. 26 düzenlemesi ile, sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiştir. TBK md. 27'nin "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*" düzenlemesi ile de sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenmiştir.

Bu kapsamda; Türk hukukuna tabi bir FIDIC Sözleşmesi TBK md.26-27 hükümleri açısından değerlendirilecektir. Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, FIDIC Sözleşmeleri'ni kabul edip uygulama iradesinde olsalar da FIDIC Sözleşmesi'nin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmaması gerekir. Aksi takdirde, aykırılığın mahiyetine göre FIDIC Sözleşmesi'nin içerdiği hükümlerden bir kısmı ya da bütün olarak sözleşme hükümsüz olacaktır.

1.2.2 Yorum

FIDIC sözleşmelerinin ait olduğu hukuk sistemi olan Anglosakson hukuk sisteminde, sözleşmeler lafzi olarak yorumlanırken, Türk hukukunun da dahil olduğu sistemde, yorum tarafların gerçek ve ortak iradelerini açıklığa kavuşturmak amacıyla yapılmaktadır. TBK m. 19/I uyarınca tarafların gerçek iradelerinin anlaşılmasına çalışılır.

Bazı FIDIC Sözleşmeleri'nde, birbiriyle çelişen hükümler olması halinde hangisine öncelik tanınacağını belirleyen öncelik sıralaması yapılmaktadır. Bu aslında, taraflar arasında yapılmış bir yorum anlaşmasıdır.

Bazı FIDIC Sözleşmeleri'nde ise, dokümanlardaki çelişen hükümlerin veya belirsizliklerin mühendis tarafından açıklığa kavuşturulacağı düzenlenmektedir; ancak

Türk hukukunun uygulama alanı bulunması durumunda, uyuşmazlığın çözümünde sözleşme, bir bütün halinde Türk hukukuna uygun olarak yorumlanacaktır.

1.2.3 Genel İşlem Koşulları

Genel işlem koşulları, TBK md. 20-25'te düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca;

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”.

Genel işlem şartının geçerlilik denetimini sağlayan TBK md. 21 ise;

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

Genel işlem şartlarının geçersizliğinin yaptırımını TBK m. 22'de düzenlenmektedir. Düzenleme gereği,

“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”

FIDIC sözleşmeleri, genellikle iş sahibi tarafından müteahhit firmalara, işin ihale edilmesi aşamasında idari şartname şeklinde sunulması özelliği sebebiyle genel işlem koşuluna benzese de kanaatimizce, FIDIC sözleşmelerinin, sözleşmenin tarafları

arasındaki menfaat dengesini gözeten ve bağımsız bir meslek birliği tarafından hazırlanmış düzenlemeler olması nedeniyle genel işlem koşulu sayılmaları mümkün değildir.

1.2.4 FIDIC Sözleşmelerine Hakim Olan Kavramların Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

1.2.4.1 Mühendis

FIDIC Sözleşmeleri'nde, Anglosakson hukuk sistemindeki yapıya paralel olarak, arabulucu rolüne yakın bir mühendis tanımı bulunmaktadır. Mühendisin, iş sahibi tarafından atanarak, iş sahibi adına hareket edeceği düzenlenirken, hak edişleri hazırlama ve taraflar arasındaki ihtilaflarda hakkaniyete uygun kararlar verme gibi tarafsızlık gerektiren görevleri de bulunmaktadır. Türk hukuku ve uygulamaları açısından bakıldığında, iş sahibi tarafından atanmış ve onun adına görev yapan bir kişinin taraflar arasında çıkacak bir ihtilafta ne kadar tarafsız olabileceği tartışmalı olacaktır.

FIDIC Genel İdari Şartnamesi md. 1.1'de mühendisin işverence atanan kişi olduğu düzenlenmektedir. Bu sebeple, mühendis iş sahibinin ifa yardımcısı olup, FIDIC sözleşmelerinde ayrı bir taraf değildir. İş sahibi ile mühendis arasında yürütülecek işin tanımını ve karşılığında ücreti belirleyen ayrı bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Bu noktada, iş sahibi ile mühendisin iç ilişkisini düzenleyen sözleşme ile, FIDIC sözleşmesinde mühendise yüklenen görevlerin nitelikleri arasında bir çelişki olursa nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini açıklamak gerekmektedir. Türk hukuku açısından yapılacak değerlendirmede, mühendisin iş sahibinin ifa yardımcısı olması sebebiyle, iş sahibinin mühendisi FIDIC sözleşmesindeki görev tanımından daha dar bir tanımla yetkilendirildiğini yükleniciye açıkça bildirmediği durumlarda, yükleniciye karşı mühendisin fiillerinden sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun yanında, mühendis ile yüklenici arasında bir sözleşme bulunmasa da, sözleşmede imzası bulunan ve tarafsız bir uzman ve aracı olarak tanımlanmış

mühendisin, kusuru ile yükleniciye vereceği zararlardan sorumlu tutulması mümkündür.⁵¹

1.2.4.2 Ayıp İhbar Süresi ve Zamanaşımı

İşin teslimi, tamamlanması ve kabulü açısından FIDIC Sözleşmeleri ile Türk hukuku düzenlemeleri arasında, ayıp ihbar süresinin ve zamanaşımının başlangıcının tespitinde, farklılıklar bulunmaktadır.

İnşaatın teslim edilebilmesi şartı açısından doktrindeki hâkim görüş, inşaatın tamamlanması gerektiğidir. Tamamlanması, sözleşmede yer alan işlerin tamamının yapılması anlamına gelir. Bu tanıma göre inşaat tamamlanmadığı sürece, iş sahibine fiilen teslim edilmiş olsa dahi, ayıp sebebiyle sorumluluğu düzenleyen TBK md. 474 vd. hükümleri uygulanamayacaktır.

İnşaatın tamamlanmış sayılma ölçütüne ilişkin olarak Yargıtay, “*objektif ölçüler içinde, amaca uygun olarak kullanılabilir olma*” kavramına işaret etmektedir. Bu kritere göre, bir inşaatın tamamlanmış olması için, objektif ölçüler içinde, özgülendiği amaca uygun olarak kullanılabilir olması gerekir; özgülendiği amaca uygun kullanmaya elverişli değilse, inşaat tamamlanmamış sayılmaktadır⁵².

Kabul, teslim edilen yapının sözleşmeye uygun imal edildiği ve eksiği olmadığını ortaya koyan irade açıklamasıdır. İş sahibi, teslim edilen inşaatı, yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi veya gözden geçirme (muayene) sırasında fark edilemeyecek kusurların (gizli ayıplar) bulunması halleri hariç olmak üzere, açıkça veya zımnen kabul etmişse, yüklenici ayıp sebebiyle sorumluluktan kurtulur⁵³.

FIDIC Sözleşmeleri’nde hasar riski, geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra iş sahibine geçer. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumluluğu ise kesin kabul belgesi (*performance certificate*) düzenlendikten sonra başlayacaktır. İş sahibi tarafından, ayıp durumunda, yükleniciye süre verilmesi aynen

⁵¹Tunay, Köksal / Müjde, Müminoğlu Güneri, **FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, 2019, s. 141.

⁵² Köksal, Kocağa, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara 2014, s.139.

⁵³ Kocağa, s.150.

ifa talebi olarak nitelendirilmelidir. FIDIC Sözleşmesi'nde geçici kabul ile kesin kabul arasında müteahhide verilen ayıp ihbar süresinin kaynağı, FIDIC sözleşmesinin Anglosakson hukuk sistemine dayanması ve sistemde, hâkimin sözleşmeye aykırılık durumunda tazminata hükmedebilmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁴.

Türk hukuk doktrinde de teslim ile kabul kavramlarının birbirinden farklı olduğu, kabul kavramından eserin geçici kabulünün değil, kesin kabulünün anlaşılması gerektiği ve yüklenicinin de ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumluluğunun sona ereceği anın eserin kesin kabulü olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

FIDIC Sözleşmeleri'nde kesin kabul sonrası ayıba karşı tekeffül çerçevesinde iş sahibinin haklarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu durumda ilgili haklar, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir.

FIDIC Sözleşmeleri'nde, iş sözleşmede öngörülen sürede tamamlayamayan yüklenicinin FIDIC md. 8.7'ye göre, iş sahibine gecikme tazminatı ödemesi düzenlenmiştir. Bu kapsamda, iş sahibinin fiili zararı, yoksun kalınan kar ve süre uzatımı nedeniyle iş sahibinin ödemek zorunda kaldığı ilave işçi ücretleri tazminat olarak talep edilebilecektir⁵⁶.

Yüklenicinin ödeyeceği tazminatın hukuki niteliği Türk Hukuku'ndaki ifaya eklenen cezai şart ile örtüşmektedir. Bu sebeple; sözleşmeye Türk Hukuku'nun uygulanması durumunda, iş sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını da talep edebilmesi için TBK md 179 düzenlemesi gereği, aynen ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş veya cezai şart hakkından açıkça vazgeçmemiş olması yeterlidir. İfaya eklenen cezai şart olmasının bir sonucu olarak, sözleşmede belirlenen gecikme tazminatını talep edebilmesi için iş sahibi zararını ispat etmek zorunda değildir.

⁵⁴ Hakan, Acar, **FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Kırmızı Kitap (1999)**, Ankara 2015, s.83.

⁵⁵ Acar, s.85.

⁵⁶ Köksal/Güneri, s.266.

İfaya eklenen cezai şart iş sahibinin uğradığı zarardan az ise, TBK md. 180 düzenlemesine göre iş sahibinin zararının cezai şartı aşan miktarı, müteahhidin kusurunun ispatlanması halinde talep edilebilecektir.



2. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC

2.1 Uluslararası Sözleşme Kavramı

Farklı devletlerin vatandaşları arasında akdedilmiş sözleşmeler ile, sözleşmeye taraf olanların ikametgahının veya yerleşim yerlerinin farklı ülkelerde olması durumunda veya sözleşmeye konu edimin ifasının, birden fazla ülkenin etki alanında gerçekleşen sözleşmeler, uluslararası niteliktedir⁵⁷.

Bu konudaki modern görüşe göre ise, taraflardan veya coğrafyadan kaynaklı bir yabancılik unsuru bulunmayan veya birden çok hukuk sisteminden etkilenmeyen sözleşmeler de, uluslararası ticaret veya uluslararası yatırım ile ilişkilendirilebildikleri durumda uluslararası nitelikte sayılmaktadır⁵⁸.

2.2 Uluslararası İnşaat Hukuku'nda Kullanılan Başlıca Kaynaklar

2.2.1 Lex Mercatoria

Latince kökenli hukuki bir kavram olan *lex mercatoria*, milletlerarası ticaret hukukunda çok yoğun uygulama alanına sahiptir. Bu kavram, milletlerarası ticaret hukukunda kabul görmüş birçok ilke ve kuralların gelişmesinde dinamik role sahiptir.

Doktrinde *lex mercatoria*'nın hukuki niteliğini açıklamaya yönelik üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, *lex mercatoria*'yı milli hukuk sistemlerinden bağımsız, müstakil bir hukuk sistemi olarak görmektedir. İkinci görüş ise, *lex mercatoria*'yı uluslararası ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak nitelendirmektedir⁵⁹. Bu iki görüşü birleştiren karma görüş ise; bağımsız bir hukuk sistemi olmadığı halde, ihtilafın esasına uygulanabilen, milli hukuk sistemlerine dahil olmayan, bağlayıcı güçlerini milli hukuk sistemlerinden değil, gördükleri uluslararası kabulden alan maddi norm ve kurallar bütününden bahsetmektedir⁶⁰.

⁵⁷ Cemal, Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986, s.29-31.

⁵⁸ Şanlı, s.31.

⁵⁹ Arzu, Oğuz, *Lex Mercatoria*, Ankara, 2004, s.191,221,222; H. Ercüment, Erdem, *Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler*, İstanbul,2008, s.323.

⁶⁰ Tolga, Ayoğlu, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.65; Yeşim,

Ayoğlu, aşağıdaki durumlarda uyuşmazlığın esasına *lex mercatoria*'nın uygulanabileceğini belirtmektedir⁶¹.

- Taraflarca, uyuşmazlığa ilişkin seçilen maddi hukuk olması sıfatıyla uygulanma,
- Uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı sıfatıyla “*voie directe*” yöntemi çerçevesinde uygulanma,
- Sözleşmenin tabi olduğu milli hukuk sistemi ile birlikte uygulanma,
- Sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk sisteminin ulaştığı çözümü teyit amacıyla kullanılma,
- Sözleşmenin tabi olduğu milli hukuk sistemini yorumlamak ve boşluklarını doldurmak amacıyla kullanılma,
- Hakemlerin *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip oldukları hallerde uygulanma.

2.2.2 UNCITRAL Düzenlemeleri

UNCITRAL, Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, (*The United Nations Commission on International Trade Law*), 1966 yılında, BM Genel Kurulu'nun 2205 sayılı kararı uyarınca kurulmuştur. Dünya ticaretindeki önemli gelişmelere paralel olarak, devletlerin uluslararası ticari faaliyetlerinde uygulayabilecekleri genel-geçer nitelikte kurallar hazırlanarak, bu alanda ihdas edilecek olan milli ve bölgesel kuralların, yeknesaklaştırılması ve modernize edilerek uluslararası ticaret hukukunun yaratılması amacıyla yönelik olarak yapılandırılmıştır. BM Genel Kurulu'na bağlı organ olarak faaliyet göstermektedir⁶².

Komisyon'un, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve yeknesaklığının sağlanması yönünde faaliyet gösterdiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede; uyumlaştırma, yabancılik unsuru taşıyan ticari işlemlerin öngörülebilirliğinin geliştirilmesini; yeknesaklığın sağlanması ise, uluslararası ticari işlemlerin, devletler tarafından benimsenecek ortak hukuki standartlara göre

Atamer, M./ Ece, Baş Süzel, / Elliot, Geisinger, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, İstanbul 2015, s.38.

⁶¹ Ayoğlu, s.85-106.

⁶² <https://uncitral.un.org/>.

yapılandırılmasını kapsamaktadır. Örnek kanun (*model law*) veya yasa yapma kılavuzu (*legislative guide*) bu kapsamada hazırlanmış düzenlemelerdir. Bir sözleşme (*convention*) ise, uluslararası platformda hukuk birliğinin tesis edilebilmesi için devletler tarafından kabul edilmiş uluslararası bir belgedir. UNCITRAL, örnek kanunlar (*model laws/loi types*), standart sözleşmeler, hukuki rehberler (*legal guides/guides juridiques*) yasa yapma kılavuzları (*legislative guides/guide législatifs*), yönetmelikler (*rules /règlement*) ve uygulama notları (*practice notes/aide-mémoires*) hazırlanması üzerinde çalışmaktadır.

Komisyon, kuruluş düzenlemesine göre, uyumlaştırma ve yeknesaklığın sağlanması amaçlarını, aşağıda belirtilen şekilde gerçekleştirecektir;

- Bu kapsamda çalışan uluslararası kurumların faaliyetlerinde eşgüdüm tesis etmek ve kendi aralarındaki iş birliğini teşvik etmek.
- Mevcut uluslararası sözleşmelerin uygulama sahasını genişleterek, standart ve tek tip düzenlemeleri yaygınlaştırmak.
- Yeni uluslararası tek tip kanunlar ve düzenlemeler hazırlayarak, uluslararası ticaret hukukunun kurallarının, terminolojisinin gelişmesini sağlamak, bu çerçevede çalışan örgütlerle koordinasyon sağlayarak gelişimi desteklemek.
- Uluslararası sözleşmelerin ve örnek düzenlemelerin, yorumlanması ve uygulanmasında birlik sağlanması için çalışmak
- Ulusal mevzuat ve uygulamalarla ilişkili olanlar da dahil olmak üzere, güncel hukuki gelişmeleri takip ederek, bilgi paylaşımında bulunmak;
- BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) ve diğer BM organları ile iş birliği tesis etmek.
- Amacını gerçekleştirmede faydalı olacağını düşündüğü diğer eylemleri yapmak.

UNCITRAL tarafından kullanılan uluslararası ticaret hukukunun geliştirilmesi ve uyumlaştırılması yöntemleri, düzenleyici (*legislative*) yöntemler, sözleşmelerle ilgili (*contractual*) yöntemler, açıklayıcı (*explanatory*) nitelikte olanlar şeklinde sınıflandırılmışlardır. Komisyon, yerleşik uygulamaların yaygınlaştırılması yanında, E-ticaret, elektronik para gibi yeni teknolojiler veya yeni ticari uygulamaların yeknesak kurallarla uygulanması ve geliştirilmesi için de çalışmaktadır.

Taraf olan devletler arasında, hukuken bağlayıcı sözleşmeler (*conventions*) yapılarak daha üst düzey bir uyumlaştırma hedeflenmektedir. Daha esnek bir uyumlaştırma hedeflendiği durumlar için ise Örnek Kanun (*Model law/Loi type*) veya Yasa Koyma Kılavuzu (*Legislative Guide /Guide Législatif*) yapılmaktadır. Örnek kanun, ülkelere, tavsiye edilen milli mevzuatlarına dahil edebilecekleri metinlerdir. Son dönemde hazırlanan örnek kanunlarda, “mevzuata dahil etme rehberi” (*guide to enactment*) yer almaktadır. Bu rehberde, gerekli görülmesi halinde, hangi düzenlemelerde nasıl değişikliğe gidilebileceği, çalışma grubunda öne sürülen alternatif çözüm yolları hakkında bilgilendirme yapılmaktadır. Bu rehber ile, devletlere, örnek kanunları iç mevzuatlarına adapte edebilme konusunda yol gösterilmektedir. Yasa koyma kılavuzu ve tavsiyeler (*recommendations*) ise, üzerinde uzlaşma sağlanmaması durumunda, örnek kanun yapmak yerine, sorunlara alternatif çözüm yollarının önerildiği ve çözüm önerilerinin olumlu ve olumsuz yanlarının değerlendirildiği belgelerdir.

UNCITRAL Sanayi Tesislerinin İnşası için Uluslararası Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Hukuk Kılavuz (The UNCITRAL Guide on Drawing Up International Contracts for the Contruction on Industrial Works), BM tarafından 1988 yılında yayınlanmıştır⁶³.

2.2.3 FIDIC Standart İnşaat Sözleşmeleri

2.2.3.1 FIDIC

Merkezi Cenevre’de bulunan ve FIDIC olarak anılan Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu (*Federation Iternationale des Ingenieurs Conseils*) 1913

⁶³ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/legal_guide_e.pdf.

yılında kurulmuş olan, özel hukuk kullarına tabi, federasyon niteliğinde bir meslek kuruluştur⁶⁴. FIDIC üyeliği, FIDIC'in organları, çalışma usul ve esasları, FIDIC Statüsü ve FIDIC Talimatlarıyla (*Statutes and By-Laws International Federation of Consulting Engineers*) düzenlenmiştir.

FIDIC Statü ve Talimatları son olarak 2015 yılında gözden geçirilmiştir⁶⁵. FIDIC'in 2018 yıl sonu itibarı ile 102 üyesi bulunmaktadır⁶⁶. Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği (*ATCEA-Association of Turkish Consulting Engineers and Architects*), FIDIC'in üyeleri arasında yer almaktadır. FIDIC, çalışmalarını, FIDIC Genel Kurulu (*FIDIC General Assembly*), FIDIC İcra Komitesi (*FIDIC Executice Committee*), FIDIC Sekreterliği (*FIDIC Secretariat*) ve farklı fonksiyonlarda faaliyet gösteren birçok komite ile yürütmektedir.

FIDIC tip sözleşmelerinden, uluslararası inşaat sözleşmelerinin düzenlenmesinde standardizasyonu temin etmek hedefiyle önemli ölçüde faydalanılmaktadır. FIDIC tarafından hazırlanan standart sözleşmeler, çeşitli kitaplarda (yedi farklı kitapta) toplanmıştır. Renkleriyle anılan ve sözleşmelere ilişkin kuralları içeren başlıca kitaplar arasında “Kırmızı Kitap”, “Sarı Kitap”, “Yeşil Kitap”, “Gümüş Kitap” ve “Altın Kitap” yer almaktadır.

Şartnamenin yayınlanan ilk baskısında (1957), FIDIC şartnamelerinin amacının yüklenici ve iş sahibinin üstlendiği risklerin taraflar arasında adil şekilde dağıtılması olduğu ifade edilmiştir. Uygulamada; inşaat sektörüne krediler vasıtasıyla finansman sağlayan uluslararası kuruluşlar, finanse ettikleri projelerde, FIDIC tip sözleşmelerinin kullanılmasını talep etmektedirler. Öte yandan, sözleşmenin tarafları da, projenin risklerinin analiz edilmesi açısından kolaylık sağlaması ve öngörülebilir olmaları nedeniyle, FIDIC tip sözleşmelerini tercih etmektedirler. Özetle, inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeye etki eden ve sözleşme ile yüküm altına giren taraflar,

⁶⁴ İbrahim, Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara 2013, s. 387.

⁶⁵ <http://fidic.org/Statutes>.

⁶⁶ http://fidic.org/Annual_Report.

FIDIC Kuralları'nı esas alarak, uluslararası bir meslek kurumunun bilgi ve birikiminden faydalanmaktadırlar.

2.2.3.2 FIDIC İnşaat Sözleşmeleri ve Şartlarının Hukuki Niteliği

FIDIC Kuralları, uluslararası inşaat hukuku alanında yaygın olarak kullanılmakla birlikte herhangi bir millî hukuk sistemine dâhil olmayan kurallardır⁶⁷. Bu nitelikleri itibariyle, ancak taraflarca bunlara atıf yapılması veya sözleşmenin hükmü veya eki haline getirildikleri durumda taraflar için bağlayıcı olacaklardır. Taraflar FIDIC şartlarını aynen kabul edebilecekleri gibi değiştirerek de kabul edebilirler. FIDIC inşaat sözleşmeleri Türk hukukunda olduğu gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.

FIDIC şartnameleri son derece ayrıntılı hükümlerle ve sözleşmeye ilişkin bütün hususları düzenleyecek şekilde hazırlanmıştır. Bununla birlikte, sözleşmelerin tarafları, bu sözleşmeleri, hukuk sistemleri ile destekleme ihtiyacını duymakta ve hukuk seçimine ilişkin bir klozu da sözleşmelerine koymaktadırlar⁶⁸ sözleşmede bulunan boşluk, seçilen millî hukuk kuralları ile doldurulmaktadır⁶⁹.

FIDIC özel bir kuruluş olarak uluslararası niteliğe sahip değildir ve bu sebeple de FIDIC tip sözleşmeleri tarafların iradesi ile değiştirilebilmektedir⁷⁰. Bu nedenle FIDIC sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemelerin belirlenmesi önem arz etmektedir. Tarafların uygulanacak hukuku seçebilmeleri, irade özgürlüğünün bir uzantısıdır ve taraf iradelerinin net bir şekilde ortaya koyulması önerilmektedir⁷¹.

⁶⁷Ziya, Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 12.

⁶⁸William, F. Fox, *International Commercial Agreements*, 3rd edition, Hague 1998, s. 151.

⁶⁹Nuray, Ekşi, “*Kanunlar İhtilâfı Alanında ‘Incorporation’*”, (1999-2000) 1-2 MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, s. 275 (Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation); Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, s. 83.

⁷⁰Atamer / Baş Süzel, / Geisinger, s. 91.

⁷¹Buket, Koldaş, *FIDIC Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2008 s. 9.

Bir kuralın hukuk kuralı olarak nitelendirilebilmesi için kurala ilişkin olarak bir devletin yaptırım gücünün bulunması gerekmektedir. FIDIC standart sözleşmeleri ise, hiçbir milli hukuk sistemine bağlı değildirler ve hiçbir devletin yaptırım gücünün kapsamında da değerlendirilemezler⁷². Bu sebeple, FIDIC kurallarının milli hukuk karşısındaki uygulama alanının tespiti önem arz etmektedir.

Taraflar sözleşmelerde FIDIC kırmızı kitap kuralları 1.4 ve 5. maddeleri uyarınca, hukuku uygulanacak ülkenin ismini yazarak hangi hukukun uygulanacağını açıkça belirleyebilirler. Kırmızı kitap kuralları m.1.4 uyarınca da, sözleşme, ihale belgeleri eki içerisinde belirtilmiş olan ülkenin yasaları uygulanarak yürütülür.

2.2.3.3 FIDIC Şartnamelerinin Kısımları

FIDIC temel sözleşmeleri Kırmızı Kitap, Sarı Kitap, Gümüş Kitap ve Yeşil Kitaptır. Diğer kitaplar ise diğer FIDIC sözleşmeleri olarak zikredilebilir. Kırmızı, Sarı ve Gümüş kitaplarda, inşaat sektörü için önemli işler düzenleme altına alınmıştır. Sektördeki diğer işler için ise yeşil kitap hazırlanmıştır.

Sarı kitap (Yellow Book) ise, Planla ve Tasarla- İnşa Et sözleşme şartlarını (Conditions of Contract for Plan and Design-Build) içeren kitaptır. Gümüş kitap (Silver Book), Anahtar teslimi/EPC Sözleşme şartlarını (Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects) içermektedir. Yeşil kitap (Green Book) ise düşük bedelli veya basit projeler (Short Form of Contract for Lower Value or Less Complex Projects) için hazırlanmış kısa tip sözleşmelerdir.

2.2.3.3.1 Kırmızı Kitap

Önemli işler için hazırlanan kitapların başında kırmızı kitap (The Red Book) yer almaktadır ve inşaat işleri sözleşme şartlarını (Conditions of Contract for Construction) düzenlemiştir.

⁷² Ergin, Nomer / Cemal, Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 183.

Kırmızı kitap, Ağustos 1957 yılında ilk baskısını yapmıştır. “İnşaat Mühendisliği İşleri İçin Genel Sözleşme Şartları (Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction) şeklindeki isminin uzun ve basılan kitabın kırmızı kapaklı olması nedeniyle kırmızı kitap olarak adlandırılmıştır⁷³.

Kırmızı kitabın ikinci baskısı 1969 yılında Asya ve Batı Pasifik Yüklenicileri Birlikleri ve Uluslararası Federasyonu onayından sonra yayınlanmıştır⁷⁴. İkinci baskıda, üçüncü bölüme yapılan bütünleyici bir ek haricinde fazlaca bir değişiklik bulunmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Genel Müteahhitleri ve Amerikalılar Arası İnşaat Endüstrisi Federasyonu 1973 yılında ikinci baskıyı onaylayarak kırmızı kitabı ABD’de yayınlanmıştır⁷⁵.

1977 yılında kırmızı kitabın üçüncü baskısı yayınlanmıştır. Üçüncü baskıda çok önemli değişiklikler getirilmiştir. 1988 yılında yayınlan FIDIC kırmızı kitabın dördüncü baskısı en yaygın uygulanan kitaptır⁷⁶. Bu baskıda yapılan değişiklikler ile, sözleşme kurma kolaylaştırılmış ve sözleşmeden “uluslararası” ifadesi çıkarılarak uluslararası olsun olmasın FIDIC kurallarının uygulanmasının önü açılmıştır⁷⁷.

1988 yılında FIDIC kırmızı kitabın dördüncü baskısı önemli değişiklikler yapılmadan yeniden yayınlanmıştır. 1992 yılında dördüncü baskıda bazı düzeltmeler yapılmıştır. 1996 yılında, FIDIC, “1987 Baskısına Ek-İnşaat Mühendisliği İşleri için Sözleşme Şartları- 1992 değişiklikleriyle birlikte” başlıklı yeni bir metin daha yayınlamıştır⁷⁸. 1999 yılında revize edilen Kırmızı Kitap’ta Genel İdari Şartnamesi 20 maddeye düşürülmüştür.

1996 öncesindeki kırmızı kitap üç kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım olan A, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu; ikinci kısım B, götürü usul (*Lump Sum*) ve son kısım C ise yüklenicinin, mühendisin iş bitirme belgesini geç vermesi durumunda sahip olacağı haklarla ilgili olarak düzenlemeler getirmektedir.

⁷³ Nazlı, Töre, **FIDIC Sözleşmelerinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri**, Ankara, 2011, s. 27.

⁷⁴ Bunni, Nael G., **The FIDIC Forms of Contract Third Edition**, Oxford 2005 s. 7.

⁷⁵ Töre, s. 28.

⁷⁶ Sharannavar, Deepak, **Suspensions and Termination of Constructions Contracts in UAE Insight of FIDIC and UAE Civil Code**, Germany Sarrbrücken 2013, s. 38

⁷⁷ Bunni, s. 11.

⁷⁸ Töre, s. 35.

Kırmızı kitapta yer verilen FIDIC şartları, eser sahibi veya eser sahibi tarafından yetkilendirilmiş mühendisler tarafından hazırlanmış ve ihaleye çıkarılmış inşaat projelerinde uygulanmaktadır. Bu standart sözleşmelerde birim fiyat esas alınmaktadır⁷⁹.

FIDIC Kırmızı Kitap'ta düzenlenen işlerin önemli bir bölümü şantiyede görülmektedir.

2.2.3.3.2 Sarı Kitap

İş Sahibi Tarafından Tasarlanmış Elektrik ve Makine Tesis Tasarım Yapım ve Yüklenici İnşaa ve Mühendis İşleri Sözleşmesi Koşulları – Sarı Kitap 1999 (*Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor–Yellow Book*), yapının esaslı bileşenlerinin şantiyeden farklı bir yerde üretilip şantiyeye getirilmesi durumunda, tasarım işlerinin de yüklenicinin sorumluluğunda kalan işlerden olması ve tarafların bu işlere ilişkin de standart sözleşmelere ihtiyacı duyması sebebiyle, elektrik / mekanik işler, tesisatın üretimi ve montajı konularını düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır. Kırmızı kitap ile birlikte, en yaygın olarak kullanılan iki FIDIC tip sözleşmesinden birisidir.

2.2.3.3.3 Gümüş Kitap

Tedarik Sözleşmesi Şartları Anahtar Teslim Projeleri–Gümüş Kitap 1999 (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects–Silver Book*), anahtar teslim projeler için kullanılan temel FIDIC tip sözleşmesidir. Yüklenicinin, mühendislik, tedarik, yapım işlerinin tümünü üstlendiği anahtar teslimi projelerde uygulama alanı bulmaktadır⁸⁰. Gümüş kitap, turuncu kitabın eksikliklerini tamamlamak üzere, enerji santrali, fabrika veya arıtma tesislerinin anahtar teslim inşa edilmesine ilişkin işler için hazırlanmıştır⁸¹. Anahtar teslimi işler uzun sürdüğünden, iş sahibinin genellikle, işleri

⁷⁹ Kaplan, s. 385.

⁸⁰ Yakın, Aydın, **FIDIC Sözleşmeleri**, www.academi.edu/179783/E-dergi-FIDIC-sozlesmeleri-9-32, s. 237.

⁸¹ Töre, s. 14.

tamamlayabilmek için kredi alması gerekmektedir. Kredi sağlayan kurumlar yaklaşık ücret yerine, baştan götürü ücret kararlaştırılmasını tercih etmektedirler⁸². Bu durumda, ücretin beklenmedik olaylar neticesinde veya uzayan proje süresi nedeniyle artması riski tamamen yüklenicide kalmaktadır. Gümüş kitap teknik şartnamesinde yer alanların dışında herhangi bir şart öne sürülememektedir⁸³. Gümüş kitap mühendise yer vermemektedir. Bu sebeple de tasarım sorumluluğu yüklenicidedir. İş sahibi mühendis olmadığından, kendi temsilcisini atayabilir⁸⁴.

2.2.3.3.4 Yeşil Kitap

Kısa Formatlı Sözleşme – Yeşil Kitap 1999 (Short Form of Contract for Lower Value or Less Complex Projects –Green Book) düşük bedelli veya daha basit projeler için hazırlanmıştır. Birinci baskısı 1999’da yayınlanmıştır⁸⁵. Yeşil kitap, sözleşme bedeli 5.000.000 USD’den az ve süresi altı ayı geçmeyen küçük projeler veya basit ve tekrarlanan işlerde kullanılmaktadır. Yeşil kitap TMMMB tarafından da tercüme edilerek, alt müşavir tip sözleşmesi olarak yayınlanmıştır. Yüklenici, işleri iş sahibi veya temsilcisi tarafından yapılan plan uyarınca gerçekleştirir. Ayrıca bu tip sözleşmeler, yüklenici tarafından planlanmış, sosyal işler, mekanik işler, elektrik işleri ve/veya inşaat işlerini içeren sözleşmeler için de kullanılabilir. Yeşil kitap on beş (15) madde ve on (10) sayfadan oluşmaktadır. Maddeler kısa ve basit bir dille yazılmıştır. Tasarım her iki tarafça da yapılabilir. Tasarım, yüklenici tarafından yapılırsa, tasarımın iş sahibince onaylanması gerekir. Sözleşmede müşavir kavramına da yer verilmemiştir⁸⁶. Yeşil kitaba göre ücret götürü olarak kararlaştırılabileceği gibi yaklaşık bedelli de olabilir⁸⁷.

Yeşil kitap yerel yönetimlerin bina, yol, köprü, tesis onarımı, şebeke, inşaat ve rehabilitasyon gibi küçük çaptaki inşaat işleri için kullanılabilir⁸⁸. Yeşil kitapla ilgili doktrinde, kitabın amacına uygun olmadığı, inşaat yapımı, yönetimi ve tasarımlarına

⁸² Acar, s. 6.

⁸³ Töre, s. 16.

⁸⁴ Battick, Paul/Duggan, Phil, **The Rainbow Suite, The 1999 FIDIC suit** fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf,s. 5.

⁸⁵ Smith, Gordon, **The FIDIC EPC Conditions of Contract (the “Silver Book”)-The Criticisms**, s.1.

⁸⁶ Töre, s. 19.

⁸⁷ A.g.e, s. 19.

⁸⁸ Aydın, s. 237.

ilişkin ihtiyaçlara cevap veremediği, risk tazminatı konusunda düzenlemelerin yeterli olmadığı görüşleri öne sürülmüştür. Ayrıca kitapta öngörülen sürelerin kısa olması da eleştirilmiştir⁸⁹.

2.2.3.3.5 Altın Kitap

Tasarla Yap İşlet Projelerine İlişkin Sözleşme Şartları – Altın Kitap 2008 (Conditions of Contracts for Design Build and Operate Projects–Gold Book) ilk baskısını 2008 yılında yapmıştır. Altın kitap 20 (yirmi) maddeden oluşmakta ve genel şartları içermektedir⁹⁰. Altın kitap kapsamındaki sözleşmeler asgari 20 yıl sürmektedir⁹¹. Bu kitapla, işin tesliminden kısa bir süre sonra ortaya çıkabilecek risklerin, inşa edilen yapının yüklenici tarafından iş sahibi adına uzun vadede işletilmesi suretiyle, iş sahibi açısından ortadan kaldırılması veya azaltılması hedeflenmiştir⁹².

Altın Kitap’la yükleniciye verilen inşaat işlerinde, iş sahibi ne proje finansmanından ne de projenin tamamlanmasından sonraki ticari başarısından sorumludur⁹³. Plan dışı, proje veya malzeme değişikliği nedeni ile ek bir maliyet ortaya çıkması durumunda bu maliyet ve masraflar yükleniciye aittir. İşletme süresinin sonunda herhangi bir ek masraf ortaya çıkarsa bu masraflar iş sahibi ve yüklenici arasında eşit olarak paylaşılır⁹⁴.

2.2.3.3.6 Turuncu Kitap

1995 yılında ilk baskısını yapan Turuncu Kitap, inşaat çizim ve tasarımlarının yüklenici tarafından hazırlandığı ve yüklenicinin sorumluluğu altında olduğu anahtar teslimi inşaatlarda iş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişkiyi düzenlenmektedir⁹⁵. İşin

⁸⁹ Kennedy, Frank, M., “EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions for EPC Turnkey Projects (The Silver Book)” (2000) 17I CLR 504, at 513 Gordon Smith dn.4; SMITH, s. 1 ve 4 vd., 11.

⁹⁰ Kaplan, s. 386.

⁹¹ Battick/ Duggan, s. 7.

⁹² Acar, s. 7.

⁹³ Hasan Hüseyin, Büyükçelik, **FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils)’in Hukuki Yapısı ve FIDIC Bünyesinde Öngörülen Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 51.

⁹⁴ Battick/Duggan, s. 11.

⁹⁵ Aydın, s. 237.

niteliği ve niceliği, iş sahibinin sözleşmeye eklediği “iş sahibi istekleri” belgesi olarak adlandırılan bir sözleşme eki ile belirlenmektedir⁹⁶.

2.2.3.3.7 Beyaz Kitap

Beyaz kitap, iş sahibi ile mühendis arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu kitapta da özel ve genel şartlar bulunmaktadır⁹⁷.

2.2.3.3.8 Mavi-Yeşil Kitap

2006 yılında yayınlanan Mavi-yeşil kitap (*Blue- Green Book*), yapılacak işin tanımlandığı iş sahibi tasarımına göre yüklenicinin işi ifa ettiği hafriyat ve ıslah işleri için hazırlanan tip sözleşmedir⁹⁸.

2.2.3.3.9 Müşterek Ortaklık (Konsorsiyum) Sözleşmesi

Müşterek ortaklık (konsorsiyum) ve alt müşavirlik sözleşmelerinin ilk baskısı 1992 yılında yayınlanmış ve 1999 yılında değiştirilerek tekrar yayınlanmıştır. Bu kitap, biri uluslararası iki veya daha fazla müşavir kurum için hazırlanmıştır⁹⁹.

2.2.3.3.10 Lacivert Kitap

2004 yılında yayınlanan Lacivert Kitap, FIDIC model temsilcilik sözleşmesi için hazırlanmıştır.

2.2.3.4 FIDIC Sözleşmelerinin Kurulması

FIDIC sözleşmelerinin kurulması hukuk sistemlerinde genel olarak kabul gören tarafların birbirine uygun irade açıklaması ile gerçekleşen sözleşmelerin kurulmasından farklı değildir. Taraflar arasında gerçekleşen icap ve kabul ile sözleşme

⁹⁶ Aydın, 237.

⁹⁷ Batrick/ Duggan, s. 8.

⁹⁸ Baker, Ellis / Mellors, Ben / Chalmers, Anthony, Scott /Lavers, FIDIC Contracts:Law and Practice, London, 2009, s. 23.

⁹⁹ Baker/Mellors/Chalmers/Lavers, s. 23.

kurulur. Sözleşmenin kurulduğu anın tespiti için kabul beyanının gönderildiği veya karşı tarafa vardığı anlarından hangisinin esas alınacağı tartışmalıdır¹⁰⁰.

FIDIC şartnameleri arasında temel kitap niteliğinde olan kırmızı kitapta sözleşmenin ne zaman kurulmuş olacağı ve ne zaman hüküm doğurmaya başlayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kırmızı kitap söz konusu belirlemeyi, esasa uygulanacak hukuka bırakmıştır¹⁰¹. Öte yandan, sözleşmenin kurulmasını düzenleyen kırmızı kitap madde 1.6'ya göre; "Taraflar, üzerinde farklı bir biçimde anlaşmaya varmadıkları sürece yüklenicinin kabul mektubunu alış tarihinden itibaren 28 gün içerisinde bir sözleşme anlaşması yapacaklardır. Sözleşme anlaşması, özel koşullara eklenmiş olan formu temel alacaktır. Sözleşme anlaşması yapılmasıyla bağlantılı olarak yasanın öngördüğü damga vergileri ve benzeri giderler (varsa) iş sahibi tarafından karşılanacaktır." Bu düzenleme tahtında; yüklenicinin kabul haberini almasından itibaren 28 gün içinde sözleşme kurulmuş sayılır. Sözleşmenin kurulması için yazılı bir sözleşme imzalama zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat ileride doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi ve belirsizliklerin ortadan kaldırılması için sözleşmenin yazılı olarak yapılması isabetli olacaktır¹⁰².

2.2.3.5 İş Sahibinin Hakları

Müteahhit, şartnamenin 20.1 maddesinde belirtilen şartlarda, inşaat süresinin uzatılmasını isteyebilir. Bu kapsamda bir şartın bulunmaması durumunda, müteahhit işi öngörülen sürede bitirmek zorundadır. Aksi taktirde iş sahibi madde 8.7 uyarınca tazminat talep edebilme hakkına sahiptir. İş sahibinin haklarından biri de FIDIC kırmızı kitap madde 15.2'de düzenlenmiş olan sözleşmeyi feshetme hakkıdır.

2.2.3.5.1 Yüklenicinin İş Zamanında Bitirmemesi Nedeniyle İş Sahibinin Tazminat Hakkı

Yüklenicinin işi zamanında bitirmemesi sebebiyle iş sahibine ödediği tazminatın amacı, iş sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu uğradığı zararların

¹⁰⁰ Bu tartışmalar için bkz. Kemal. M, Oğuzman / Turgut. M, Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler CİLT-I, İstanbul 2016, s. 73-75; Eren, s. 261-263; Necip, Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, İstanbul 2010, s. 210-213.

¹⁰¹ Acar, s. 9.

¹⁰² Acar, s. 10.

ifa menfaati oranında denkleştirilmesidir¹⁰³. Tarafların sözleşmede belirlemiş oldukları gecikme tazminatı, işin teslim gününün geçirilmesiyle başka bir merasime ihtiyaç duymadan işlemeye başlar¹⁰⁴. Gecikme sebebiyle iş sahibine ödenecek olan tazminat, iş sahibinin gecikme ile uğradığı ve nedensellik bağına sahip bütün zararlarını tazmin etmeye yöneliktir. Müteahhit işi sözleşmede düzenlenen süre içerisinde tamamlamazsa, işin bitimi için öngörülen zamandan başlayarak, işlerin tamamı veya kısmen bitirilen bölümü için tanzim edilecek geçici kabul belgesinin düzenlendiği tarih arasında geçecek süre için, teklifin ekinde belirlenen tazminat tutarını, teklifin ekinde belirlenen sınıra tabi olmak kaydıyla iş sahibine ödemekle mükelleftir. İş sahibi, bu tazminatı, müteahhitin doğmuş veya ileride doğacak olan hakedişlerinden kesme hakkına sahiptir. Müteahhitin tazminat ödemesi, müteahhiti, ifa etmediği borçları ifa yükümlülüğünden kurtarmaz¹⁰⁵. Müteahhitin tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için gecikmenin kök nedeni olarak makul bir sebep bulunduğunu ispatlaması gerekir.

2.2.3.5.2Yüklenicinin İş Süresine Uymaması Sebebiyle İş Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı

Müteahhitin işe zamanında başlaması yükümlülüğü, FIDIC kırmızı kitap madde 8.1'de düzenlenmiştir. Sürelere riayet edilmemesi, tazminat yükümlülüğüne bağlandığı için, işe başlama zamanının tayin tespiti önem arz etmektedir. Madde 8.1 uyarınca Mühendis müteahhite en geç yedi (7) gün öncesinden işe başlama tarihini bildirecektir. Aksi, özel şartlarda kararlaştırılmadıkça müteahhit kabul mektubunu aldıktan sonra 42 gün içerisinde işe başlayacaktır. Kabul mektubu tanımı, sözleşme konusunda varılan mutabakat, kabul mektubunun alınması tarihi de sözleşmenin imzalandığı tarih anlamına gelmektedir¹⁰⁶.

Genel İdari Şartname'nin 8.3 maddesine göre, müteahhittin süreçler ve süreç adımlarının tamamlanacağı sürelerle ilişkin detaylı iş programı sunması gerekmektedir. Müteahhit, işe başladığı tarihten itibaren 28 gün içerisinde, süreçlere ilişkin zaman

¹⁰³ Ekşi, s. 175.

¹⁰⁴ Zeynep, Sözen, **FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi**, İstanbul 2015, s.109.

¹⁰⁵ Tunay, Köksal, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul 2009, s. 139.

¹⁰⁶ Robinson, s. 42.

planlamasını içerir iş programını, mühendise bildirmelidir. Mühendis iş programının kendisine bildirildiği tarihten itibaren 21 gün içerisinde programı kabul veya reddettiğini yükleniciye bildirecektir. Mühendisin bu süre geçtiği halde suskun kalması durumunda, yüklenici, belirlediği programa göre işi yürütebilir ¹⁰⁷.

Müteahhit, iş programının aksamasına sebep olacak engelleri mühendise bildirmekle yükümlüdür. Bu durumda, işin hızlandırılmasına ilişkin kararı mühendis verecektir. Müteahhitin işe zamanında başlamadığı ve işi, madde 8.3’de işaret edilen iş programına uygun bir şekilde yürütmediği ve işi hızlandırmakla ilgili mühendisin bir kararı olduğu durumlarda bu karara uyulmamışsa, madde 8.6 kapsamında makul bir sebep yoksa, iş sahibi madde 15.2 (c) uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilir.

2.2.3.5.3 İş Sahibinin Sözleşmeden Kaynaklanan Diğer Hakları

Sözleşmeden dönme ile, iş sahibinin tazminat isteme hakkının yanında birtakım hakları daha bulunmaktadır. Sözleşmenin sona ermesi ile, iş sahibi müteahhitin şantiyeden çıkarılmasını talep edebilir. Yüklenici, inşaatta kullanılan malzemelerle, şantiyeye ilişkin tüm bilgi ve belgeleri mühendise teslim etmek zorundadır¹⁰⁸. Yükleniciye ait araç ve malzemeler, kullanım bedellerinin mühendis tarafından tespit edilmesi şartıyla, iş sahibi veya yeni müteahhit tarafından kullanılabilir.

İş sahibi, yarım kalan işi işi kendisi tamamlayabileceği gibi, görevlendireceği başka bir yükleniciye de tamamlatabilecektir. İşin tamamlaması için yapılacak olan masraflar ve iş sahibinin zararları FIDIC kırmızı kitap madde 2.5 tahtında, yükleniciden talep edilebilecektir. İş sahibi, alacağını tahsil edemez ise sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında, yüklenicinin malzemelerini sattırma hakkına sahiptir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Acar, s. 32.

¹⁰⁸ Robinson, s. 80.

¹⁰⁹ Robinson, Michael D., **An Employer’s and Engineer’s Guide to the FIDIC Conditions of Contract**, Wiley Blackwell Publishing 2013, s. 80.

Müteahhit tarafından sözleşmenin sona ermesine kadar geçen sürede yapılan işin değeri ve işin yapılması ile ilgili yüklenicinin yaptığı masraflar, mühendis tarafından şartname hükümleri çerçevesinde tespit edilecektir¹¹⁰.

2.2.3.6 FIDIC Sözleşmelerinde Mühendis

FIDIC şartnamelerinde, inşaatın yapımına yönelik süreçlerde, önemli görevler üstlenen ve yetkilerle donatılan “mühendis” kavramından bahsedilmektedir¹¹¹. İş sahibi ve yüklenici tarafından aksi kararlaştırılmamışsa, mühendis iş sahibi tarafından atanır. FIDIC Genel İdari Şartnamesi md. 2.6’da kontrol işlevinin, işveren dışında, tarafsız bir gerçek veya tüzel kişi eli ile yürütülmesine yer verilmektedir. Bu sebeple, hukuki anlamda mühendis her ne kadar iş sahibi ile akdi bir ilişkisi olan işverenin ifa yardımcısı olsa da, sözleşmenin yürütülmesi sırasında geniş takdir yetkisi kullanan ve iş veren ile yüklenici arasında tarafsız bir şekilde karar vermesi gereken tarafsız bir yapıdır.

FIDIC şartnamelerinin uygulandığı inşaat projelerinin başlıca süreçleri;

- Yatırım kararı öncesi süreçler,
- Proje süreçleri,
- İhaleye, sunulan tekliflerin değerlendirilmesi ve sözleşmelerin seçimi,
- Uygulama süreçleri,
- Kabul süreçleri ve garanti süresi,
- Uyuşmazlıkların çözümü

olarak değerlendirilmektedir¹¹².

İnşaat projelerinde, projenin hazırlanması kadar, imalatın da projeye uygun olarak yürütülmesi önem arz etmektedir ve bu noktada mühendisin rolü büyüktür. İş sahibi, işin görülmesi sırasında ortaya çıkabilecek sorunları teknik ve idari bilgisi olan biri eliyle takip ve tespit etmekten fayda sağlayacağı gibi, yüklenici de, ortaya

¹¹⁰ Acar, s. 66.

¹¹¹ Necip, Türegün, **FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü-Ortak Seminer**, Ankara 1996., s.257

¹¹² Türegün, s.257.

çıkabilecek sorunların taraflarca değerlendirilmesi konusunda, teknik ve idari değerlendirme yapabilecek bir kişiyle muhatap olarak, sorunun çözüme ulaşması konusunda avantaj elde edebilecektir. Bu sebeple, mühendisin tarafların ilişkilerini düzenlemede kazan-kazan bir rolünün olduğundan söz edilebilir.

FIDIC Genel İdari Şartnamesi'nin 1.1 maddesine göre, mühendis, sözleşme çerçevesinde kontrolör olarak hareket etmek üzere görevlendirilmiş ve idari şartnamede bu sıfatı işaret edilen kişidir¹¹³.

FIDIC şartnamelerinde mühendisin görevleri detaylı olarak düzenlenmiştir. Mühendis gerçek veya tüzel kişi olabilir, şartnamenin 2.2 maddesine göre, sözleşmede açık hüküm olması durumunda vekil tayin edebilir. Şartnamenin 2.5 maddesine göre, talimatlar mühendise yazılı olarak verilir. Mühendis, iş sahibi ile aralarındaki iş görme sözleşmesi ile inşaat sözleşmesindeki görevleri ifa etmeyi yükümlenmektedir¹¹⁴. Mühendisin ismi özel şartlarda belirtilir ve sözleşmenin ifası sırasında değiştirilmesi müteahhidin olurlarına bağlıdır.

Mühendisin, projenin yapımına başlamadan önce, fizibilitenin hazırlanması ve raporlanması, kar/zarar hesaplarının yapılması görevleri bulunmaktadır, ancak, iş sahibinin bu faaliyetleri farklı bir müşavir veya müşavir kadrosu ile yapması da mümkündür¹¹⁵. Mühendis tarafından yapılan etütler neticesinde iş sahibi projeyi uygulama veya uygulamama kararı vereceği için, mühendis kaynak analizini doğru yapmalı ve kaynaklarla ilgili süreçleri iyi analiz ederek detaylı bir şekilde ortaya koymalıdır.

Projenin devamına ilişkin karar verildikten sonra, iş sahibi ile mühendisin ilişkisine müteahhit de dahil olmaktadır. Yüklenicinin seçimine kadar iş sahibi ve mühendis; işin götürü bedel, birim fiyat veya maliyet + kar modellerinden hangisi ile yapılacağını, uygulama sürecinde mühendisin hak ve yükümlülüklerini

¹¹³ Yaşar, Karayalçın, **Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü**, BATIDER, Cilt: 19, Sayı: 3, Haziran 1998, s.293.

¹¹⁴ Karayalçın, s.294.

¹¹⁵ Türegün, s.258.

belirleyeceklerdir. Mühendis, tekliflerin değerlendirmesini yapacak ve müteahhit seçimini yaparak işveren onayına sunacaktır.

FIDIC şartnamesinin uygulamasında, işin başarıyla bitirilmesi için mühendisin rolü çok önemlidir¹¹⁶. Mühendisin yetkileri şartnamenin ikinci kısmı olan “Özel Uygulama Şartları” bölümünde ve projenin uygulandığı ülkenin şartları çerçevesinde düzenlenmektedir. Az gelişmiş ülkelerde mühendisin yetkileri çok genişken, gelişmiş ülkelerde, iş sahibinin kendi kadrosunun yeterliliğine paralel olarak daraltılmaktadır¹¹⁷.

FIDIC şartnamesinin mühendise atıf yapılan düzenlemelerinde, “mühendisin kanaati, mühendisi tatmin edecek ölçü” gibi mühendise geniş takdir yetkisi tanıyan subjektif ölçütler bulunmaktadır. Bu denli geniş takdir yetkisine paralel olarak da, genel idari şartnamenin 2.6 maddesinde; mühendise takdir yetkisini kullanırken tarafsız kalma yükümlülüğü getirmiştir. Mühendis, şartnamenin 7. maddesine göre, uygulamanın her aşamasında, tasarımların uygunluğunu ve elverişliliğini incelemek; 36. maddeye göre, ilgili belgeleri onaylamak, muhafaza etmek ve yapım süreçlerine ilişkin gerekli talimatları vermek, testler yaptırtmak; 40. maddeye göre, kullanılan malzeme kalitesini ve miktarını değiştirmek, gerekli durumlarda işi durdurmak; 49. maddeye göre, işin noksan veya kusur bulunması halinde ilgili durumu belgelendirmekle yükümlüdür. Teknik açıdan mühendis, tasarım süreçlerinin gözetimcisi, işin yapılması noktasında ise, fen kuralları ve teknik dokümanlara uygun olarak yürütülebilmesi amacıyla sözleşmenin yönetiminden ve kalitesinden sorumlu kişidir¹¹⁸.

Şartname, geçici kabul ve kesin kabul süreçlerinde de mühendise önemli görevler yüklemektedir. Şartname, bir yüzdenin tamamlanmasını geçici kabul şartı için kullanılacak ölçüt olarak belirlese de bu seviyenin tamamlanmış olmasının tespitini mühendisin takdirine bırakmıştır.

¹¹⁶ Türegün, s. 260.

¹¹⁷ Türegün, s. 260.

¹¹⁸ Karayalçın, s.296.

İnşaat sözleşmelerinde ödemeler ve kısmi ödemeler, planlanmış süreçlerin gerçekleşmelerine dayanarak yapıldığı için, gerçekleşen safhaların denetimi ve kabulü önem arz etmektedir. Mühendisin olurluğunu verdiği sürece ilişkin sözleşmede düzenlenen ödeme yükleniciye yapılacak ve proje tamamlanana kadar bu döngü devam edecektir.

Büyük inşaat projelerinde, genellikle işin başında planlanan projelerden sapmalar yaşanmaktadır. Projedeki sapmalara ilişkin düzenleme FIDIC Genel İdari Şartnamesi md. 52/1'de yapılmıştır. Bu düzenleme tahtında, projede yapılan değişikliklere ilişkin imalatların sözleşmedeki fiyat düzenlemelerine göre bedellerinin talep edilebilmesi mühendisin onayı gerekmektedir. Sözleşmede, yapılan değişikliklere ilişkin bir düzenleme yoksa, mühendis ve yüklenici arasında birim fiyatlara ilişkin bir uzlaşma sağlanır.

2.2.3.7 FIDIC Uygulamalarında Tarafların Sorumluluk Dağılımı

FIDIC Genel İdari Şartnamesi'nde sorumluluk dağılımı süreç bazında belirlenmiştir. Şartnamede süreçler açıklanarak sorumlular işaret edilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde, uygulamada sıklıkla başvuru yapılan düzenlemeler dışında kalan süreçlere ilişkin sorumluluklar, sorumluluğun yüklendiği tarafa göre sınıflandırılmıştır.

2.2.3.7.1 İş Sahibinin Sorumluluğu

- 11.1. maddesi, zemin bilgileri ve hidrolojik bilgilerin yükleniciye temin edilmesi sorumluluğunu işverene yüklemektedir.
- 19.2. maddesine göre, işveren adına çalışanların emniyetinden işveren sorumludur.
- 20.4. maddesine göre, savaş, isyan, nükleer tehditler, doğal afetler, darbe, ses hızını aşan hava araçlarının neden olduğu zararlarda sorumluluk işverene aittir.

- 30.3. maddesine göre ortaya çıkacak anlaşmazlıkla ilgili yapılacak müzakerelerin yükleniciye bildirilmesi işverenin sorumluluğundadır.
- 36.4. maddesine göre, sözleşmede düzenlenmeyen testlerin maliyeti, test sonuçları uygun değil ise yüklenicinin, test sonuçlarının uygun olması durumunda ise iş sahibinin sorumluluğundadır
- 37.5. maddesine göre, mühendise ait bulunan test ve inceleme yetkisini bağımsız bir kişi veya kuruma devretme yetkisi iş sahibine aittir.
- 38.1. maddesine göre, bir daha ulaşılamayacak katmanların üstlerinin kapatılması talimatının verilmesi işverenin yetki ve sorumluluğundadır.
- 39.1. maddesine göre, sözleşmeye ve standartlara uygun imal edilmemiş olan işlerin iptal edilmesi, malzeme ve teçhizatın şantiyeden çıkartılması, bunların yerine uygun imalat yapılması ve uygun malzeme ve teçhizatın temin edilmesi konusunda talimat verme yetki ve sorumluluğu iş sahibine aittir. 39.2 maddesine göre ise, bu talimatın yüklenici tarafından yerine getirilmemesi durumunda, iş sahibi talimatı üçüncü kişilere uygulatarak, maliyetleri ile ilgili yükleniciye rücu edecektir.
- 45.1. maddesine göre, vardiya düzeninde yapılan çalışmalar hariç, gece çalışması veya resmi tatillerde çalışma izni verilmesinden işveren sorumludur.
- 48.1. maddesine göre, imalatın, mühendisin denetiminden geçmesinden ve bildirilen düzeltmelerin de tamamlanmasından sonra 21 gün içerisinde geçici kabul belgesinin verilmesi iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 48.2. maddeye göre, geçici kabulün yapılması iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 51.1. maddesine göre, işin şeklinde, niteliğinde veya değişiklik yapma hususunda sorumluluk iş sahibindedir.
- 51.1. maddesine göre, kot, hat, konum, boyut değişikliği yapma yetki ve sorumluluğu iş sahibine aittir.
- 51.1. maddesine göre, her türlü ilave imalatın sorumluluğu iş sahibine aittir.

- 51.1. maddesine göre, işlerin herhangi bir kısmı için belirlenmiş yapım sırasını ve zamanlamasını değiştirme hususunda sorumluluk işverene aittir.
- 52.2. maddesine göre, mühendisin birim fiyatı değiştirmesi durumunda sorumluluk iş sahibindedir.
- 54.3. maddesine göre, teçhizatın ve malzemelerin gümrük işlemlerinin yapılması iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 54.4. maddesine göre, ithal edilen teçhizatın yeniden ihraç edilebilmesi için gerekli prosedürlerin tamamlanması konusunda gerekli desteğin verilmesi iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 60.10. maddesine göre, ara hakkedişlerin yükleniciye 28 gün içinde ödenmesi sorumluluğu işverene aittir.
- 60.10. maddesine göre, kesin oluru takip eden 56 gün içinde yükleniciye ödeme yapılması yükümlülüğü işverendedir.
- 63.1. maddesine göre, iş sahibi, işlere devam etmeyen, iflas veya acz içerisinde olan, ihtar edilmesine rağmen talimatları yerine getirmeyen yükleniciye vereceği 14 günlük bir önel sonunda, şantiyeye girerek işleri kendisi bitirme veya üçüncü bir kişiye bitirtme konusunda yetkilidir.
- 65.4. maddesine göre, mayın, bomba, mermi ve buna benzer savaş malzemeleri ve patlayıcılar sonucu ortaya çıkacak bedeni ve maddi hasarlardan iş sahibi sorumludur.
- 65.5. maddesine göre, özel risk sayılan risklerden kaynaklanan bedel artışından iş sahibi sorumludur.
- 65.8. maddesine göre, savaş sebebiyle sona erme durumunda aşağıda sayılanlardan iş sahibi sorumludur:
 - Tamamlanmış işlerin bedeli.
 - İşler için tedarik edilen ve iş sahibine teslim edilmiş donanımın bedeli.

- Yüklenicinin makinelerini muhafaza etmesi için gerekli makul bedel.
- Çalışanların kendi ülkelerine dönmeleri için gerekli masraf
- 70.1. maddesine göre, işçilik ve malzeme fiyatlarındaki değişimin sözleşme bedeline yansıtılmasından mühendis ve işveren sorumludurlar.
- 71.1. maddesine göre, sözleşmede ödeme için anlaşılmış olan döviz cinsine ilişkin kısıtlamalar sebebiyle yüklenicinin uğrayacağı zarardan iş sahibi sorumludur.
- 72.1. maddesine göre, ödeme yapılan para biriminde meydana gelen sert değişimlerden yüklenicinin zarar görmesini engellemek iş sahibinin sorumluluğundadır.

2.2.3.7.2 Yüklenicinin Sorumluluğu

- 4.1. maddesine göre, bir kısım işlerin taşeron tarafından yapılması durumunda, sorumluluk yüklenicidedir.
- 6.1. maddesine göre, yüklenici tarafından onaylatılan çizimlerin sorumluluğu yüklenicidedir.
- 7.2. maddesine göre, yüklenici tarafından hazırlanması gereken projelerin işletme bakım talimatları ile birlikte mühendise onaya sunulması sorumluluğu yükleniciye aittir.
- 8.2. maddesine göre, projelendirmenin ve işlerin özenle yürütülmesi ve tamamlanması ile ayıpların giderilmesi konularında sorumluluk yükleniciye aittir. Bu amacı gerçekleştirmek için, uygun araç, gereç ve donanımın temin edilmesi de yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 8.2. maddesine göre , şantiyedeki çalışma ve yapım şartlarının emniyeti ve uygunluğundan yüklenici sorumludur. Yapılacak imalatlarla ilgili kendisi tarafından hazırlanmayan teknik şartname ve projelerden yüklenici sorumlu değildir.

- 12.1. maddesine göre, teklifte ve keşif cetvellerinde yer alan birim fiyatların doğruluğu ve yeterliliğinin kontrol edilmesi sorumluluğu yüklenicidedir.
- 14.1. maddesine göre, iş programının hazırlanması ve iş sahibi ile paylaşılmasından yüklenici sorumludur. Mühendisin talebi halinde, iş programının işleyişine ilişkin yöntemlerin de sunulması gerekmektedir.
- 14.2. maddesine göre, lüzumlu hallerde, iş programının hazırlanmasından yüklenici sorumludur.
- 14.3. maddesine göre, hakedişlerin üç aylık dönemlere göre tasarlanacak nakit akım planlamasının yapılması yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 15.1. maddesine göre, tasdik yetkisi bulunan bir vekili tam zamanlı olarak görevlendirilmesi sorumluluğu yüklenicidedir. Bu görevlendirmeyi yapmak veya geri almak yüklenicinin ve mühendisin inisiyatifindedir.
- 16.1. maddesine göre, şantiyede gerekli deneyime ve yetkinliğe sahip teknik personelin çalıştırılması konusunda sorumluluk yükleniciye aittir.
- 17.1. maddesine göre, işin teknik gerekliliklerine uygun olarak uygulama yapılması yüklenicinin sorumluluğundadır. Hata olması durumunda, yüklenici gerekli düzeltmeyi yapacaktır.
- 17.1. maddesinde sayılan işler için elverişli teçhizat ve çalışanların sağlanması yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 18.1. maddesine göre, mühendisin talebi üzerine açılan sondaj deliği veya yapılan keşif kazısının sorumluluğu yüklenicidedir.
- 19.1. maddesine göre, şantiyenin emniyetinden yüklenici sorumludur. Bu amaçla, koruma ve uyarı sistemlerinin ve buna yönelik çalışanların sağlanması yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 19.1. maddesine göre, çevresel önlemlerin alınmasından yüklenici sorumludur.

- 20.2. maddesine göre, malzeme ve demirbaşların korunmasından yüklenici sorumludur.
- 20.3. maddesinde, kayıp ve zarar riskinin işveren ve yüklenici tarafından paylaşıldığı durumlarda, yüklenicinin zararı giderme yükümlülüğü düzenlenmektedir.
- 22.1. maddesine göre çalışanlara gelecek zararlardan, madde 22.2’de düzenlenen; zararın, işverenin yüklenicinin yönetimi ve talimatı altında bulunmayan çalışanlarının fiillerinden kaynaklanmış olmasına ilişkin istisnalar hariç olmak üzere, yüklenici sorumludur.
- 23.1. maddesine göre, yüklenici ve işverenin üçüncü şahıslardan kaynaklanan risklere karşı sigorta ettirilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 24.1. maddesine göre, yüklenicinin veya taşeronlarının çalışanlarına gelecek zararlardan ötürü ödenecek tazminatlardan yüklenici sorumludur.
- 24.1. maddesine göre, çalışanlara gelecek zararlardan kaynaklı, yükleniciye yöneltilecek tazminatlarla birlikte ortaya çıkacak her türlü bedel, harç ve masraflardan yüklenici sorumludur.
- 24.2. maddesine göre, proje süresince iş kazası risklerine karşı sigorta yapılması sorumluluğu yüklenicidedir.
- 25.2. maddesine göre değişen iş planının sigorta kapsamına uyarlanması için sigortacıya ihbar edilmesi yükümlülüğü yüklenicidedir.
- 30.1. maddesine göre, şantiyeye erişim sağlayan yol ve üzerinde bulunan yapıların zarara uğramasını engellemek ve uygun teçhizat ve yolları kullanmak yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 33.1. maddesine göre, projenin geçici kabulü ve kabul belgesinin tanziminden sonra, artan malzeme ve inşaat kalıntılarının kaldırılarak, inşaat alanının temizlenmesinden yüklenici sorumludur.

- 34.1. maddesine göre, çalışan ihtiyacının temini, çalışanların ücret, barınma, iâşe gibi ihtiyaçlarının karşılanması konularında yüklenici sorumludur.
- 35.1. maddesine göre, mühendisin talebi üzerine tüm çalışanların ve kullanılan donanımların bilgi ve sayılarının raporlanması sorumluluğu yüklenicidedir.
- 36.1. maddesine göre, kullanılan tüm donanımın, ölçüm, deneme ve kontrollerinin yapılabilmesi gerekli duyulan destek, uygun ortam temini hususunda sorumluluk yüklenicidedir.
- 36.2. maddesine göre, sağlanması sözleşmede taahhüt edilmiş olan numunelerin hazır edilmesi ve maliyetlerinin karşılanması yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 36.3. maddesine göre göre, sözleşmedeki test yapma yükümlülüğüne ilişkin maliyetlerin karşılanmasından yüklenici sorumludur.
- 37.1. maddesine göre, mühendisin çalışma sahasında yapacağı çalışmalara destek olunması ve gerekli şartların sağlanması yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 37.2. maddesine göre, malzemelerin üçüncü kişilerin imalat tesislerinde imal edilmesi durumunda; bu mahallerin mühendis tarafından kontrol edilebilmesi için gerekli şartların sağlanmasından yüklenici sorumludur.
- 37.4. maddesine göre, mühendis tarafından uygun bulunmayarak kabul edilmeyen malzeme ve teçhizatın sözleşmeye uygun hale getirilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 38.1. maddesine göre, mühendisin üzerin kapanarak inşaatın iç katmanlarında kalacak ve tekrar ulaşılması mümkün olmayacak kısımlarının incelenerek metraj tespitinin kontrolünü yapması amacıyla, gerekli olanakların tesis edilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 38.2. maddesine göre, üzeri kapanmış katmanların üzerinin tekrar açtırılmasında sorumluluk işverenindir. Üzeri açılan işler, uygun şekilde imal edilmişse, maliyetleri iş sahibi karşılar, imalatların uygun olmaması durumunda maliyetler yüklenicinin sorumluluğunda olacaktır.

- 40.1. maddesine göre, işin durdurulmasında sorumluluk yüklenicininindir.
- 40.3. maddesinde göre, iş durdurulduktan sonra, 84 gün sonunda çalışma izni verilmezse, çalışmaya başlama izni talep etme sorumluluğu yüklenicidedir.
- 42.3. maddesine göre, işyeri girişi ve geçiş haklarına ilişkin harcamalardan yüklenici sorumludur.
- 42.3. maddesine göre, işyeri dışında yapılacak ek tesis ve masraflar yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 46.1. maddesine göre, gerekli durumlarda işin hızlandırılması için gerekli aksiyonların alınmasına ilişkin sorumluluk yüklenicidedir. Alınan bu aksiyonlar neticesinde iş sahibi ilave gözetim sorumluluğu altına girerse yüklenici, iş sahibinin ilave maliyetlerinin karşılanmasından da sorumludur.
- 47.1. maddesine göre, işlerin öngörülen sürede tamamlanmamasından yüklenici sorumludur. Yüklenici gecikme için, iş sahibine tazminat öder.
- 48.4. maddesine göre, zemin ve yüzeylerin gerekli durumlarda, eski hale getirilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 49.2. maddesine göre, kesin kabul sürecinde kalan işlerin tamamlanması, kusurların giderilmesi hususunda sorumluluk yükleniciye aittir.
- 49.4. maddesine göre, yüklenici kendisine tanınan sürede kusurları gideremezse, mühendis üçüncü kişilerin kusurları gidermesini sağlama konusunda yetkilidir. Bu durumda maliyet yüklenici tarafından karşılanır.
- 53.3. maddesine göre, talepler için tutulan kayıtların incelenmesi için mühendise verilmesinden yüklenici sorumludur.
- 54.2. maddesine göre, donanım ve malzemeye gelecek zararların sorumluluğu yüklenicidedir.

- 54.6. maddesine göre, md. 54.5'e göre kiralanan teçhizatın kira bedelinin ödenmesinden yüklenici sorumludur.
- 55.1. maddesine göre, keşif cetvelinde yer alan metrajların fiili duruma uygun ve doğru hazırlanmış olmasından yüklenici sorumludur.
- 56.1. maddesine göre, mühendisin ölçüm işlerine yardımcı olmak ve gerek duyduğu bilgileri temin etmekten yüklenici sorumludur.
- 60.5. maddesine göre, geçici kabul tutanağının düzenlenmesinden sonra 84 gün içinde işin tamamlanmasına ilişkin hakediş raporunun mühendise sunulmasından yüklenici sorumludur.
- 60.6. maddesine göre, kesin kabul belgesinin tanzim edilmesinden sonra 56 gün içerisinde kesin hak ediş raporunun mühendise sunulmasından yüklenici sorumludur.
- 60.7. maddesine göre, işverene kesin hakediş raporunda hesaplanan toplam ödememenin tam ve noksansız olduğunu tasdik eden bir ibraname verilmesinden yüklenici sorumludur.
- 63.4. maddesine göre, 63.1 maddesi uyarınca işin sonlandırılmasını takip eden 14 gün içerisinde mal ve hizmet temini için yapılmış anlaşmaların iş sahibine devredilmesinden yüklenici sorumludur.
- 65.1. maddesine göre, yapılan işlerde sonradan oluşacak hasarlar ile yaralanma ve can kaybı olması durumunda sorumluluk yüklenicidedir.
- 65.3. maddesine göre, özel riskler sebebiyle, malzeme ve demirbaşın hasarlanması ve bunların onarım maliyetleri yüklenicinin sorumluluğundadır.
- 65.6. maddesine göre, işlere etki eden bir savaş çıkması halinde işlerin tamamlanması için yüklenici azami çabayı göstermekten sorumludur.
- 65.6. maddesine göre, savaş sebebiyle sözleşmenin sona ermesi durumunda yükleniciye ait donanımın iş yerinden çekilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır.

2.2.3.7.3 Mühendisin Sorumluluğu

- 6.3. maddesine göre, projeye çizimlerinin yükleniciye verilmesi durumunda sorumluluk mühendise aittir.
- 6.4. maddesine göre, proje çizimlerinin geciktiği durumlarda sorumluluk mühendisindir. Bu gibi hallerde, mühendis tarafından süre uzatımı yapılmalıdır.
- 6.5. maddesine göre, mühendis, yüklenicinin ihmali sonucu dokümanları teslim edemezse, sorumluluk yüklenicidedir. Mühendis, süre ve maliyetle ilgili hesaplamalarında gecikilen süreyi değerlendirecektir.
- 7.1. maddesi, tamamlayıcı çizim ve talimatların yükleniciye verildiği durumda, sorumluluğun mühendiste olacağını düzenlemektedir.
- 16.2. maddesine göre, şantiyedeki işlere atanmış personelin atamalarının iptal edilmesi konusunda sorumluluk mühendise aittir.
- 37.2. maddesine göre, mühendis malzeme ve teçhizatın test edilmesi konusunda yetkilidir.
- 37.4. maddesine göre, teçhizat ve malzemenin reddedilebilmesi konusunda mühendis yetkilidir.
- 56.1. maddesine göre, işlerin değerinin belirlenmesi için gerekli ölçüm mühendis tarafından yapılacaktır.
- 60.2. maddesine göre, hakediş raporundan itibaren itibaren 28 gün içinde ödemeler için iş sahibine onay verme yetkisi mühendistedir.
- 60.3. maddesine göre, geçici kabul belgesi düzenlendikten sonra, hakedişin yarısının yükleniciye ödenmesi için gerekli olurun verilmesi mühendisin yetkisindedir.
- 60.3. maddesine göre, kesin kabul döneminin sonunda, hakedişin ikinci bölümünün yükleniciye ödenmesine onay verme yetkisi mühendistedir.

- 60.8. maddesine göre, mühendis kesin hakediş raporu ve ibranamenin alınmasını izleyen 28 gün içinde işverene kesin olur verilmesinden sorumludur.
- 62.1. maddesine göre, sözleşmenin tamamlanmış sayılması için kesin kabul belgesinin mühendis tarafından imzalanarak iş sahibine, bir kopyasının da yükleniciye verilmesi gerekir.
- 63.2. maddesine göre, 63.1 maddesinin devreye alınması ile, yükleniciye yapılan işler için ödenecek bedelin belirlenmesinden mühendis sorumludur.
- 67.1. maddesine göre, iş sahibi ile yüklenici arasında uyuşmazlık doğması halinde mühendise başvurulur.

2.2.3.7.4 Ortak Sorumluluk Yükleyen Süreçler

- 12.2. maddesine göre, şantiyede iklim koşulları dışında beklenmeyen ve öngörülemeyen fiziki engellerin ortaya çıkmasından işveren sorumludur. Bu kapsamdaki durumların bertaraf edilebilmesi için süre uzatımı yapılması yükümlülüğü mühendistedir.
- 21.3. maddesine göre, sigorta edilmemiş veya edilmiş olup da sigorta tarafından sigorta tazminatı ödenmeyen zararlara ilişkin sorumluluk yüklenici ve işveren arasında paylaşılacaktır.
- 30.2. maddesine göre, şantiyeye erişim sağlayan yol ve üzerinde bulunan yapıların zarara uğraması durumunda yapının eski haline getirilmesi için yapılacak harcamalar ve bu konudan kaynaklanacak tazminatların karşılanması yüklenicinin sorumluluğundadır. Bu konudaki anlaşmazlığı halletme ve gerekli takibi yaparak, bedellerin ödenmesini sağlama konusunda ise iş sahibi sorumludur.
- 31.2. maddesine göre, şantiyede iş sahibine bağlı olarak çalışan diğer yüklenicilere ve onların çalışanlarına, makul ölçüler dahilinde ihtiyaç duyulan imkanların sağlanmasından yüklenici sorumludur. Bu durum ilave bir maliyet

yaratıyor ve sözleşme bedeline ilave edilmesi talep ediliyorsa, bedelin artırılması mühendis tarafından yapılır.

- 37.3. maddesine göre, mühendisin belirlediği muayene ve test tarihinde, test konusunu teste uygun şekilde hazır etmek ve testte hazır bulunmak konusunda sorumluluk yüklenicidedir. Mühendisin belirlenen zamanda teste katılmaması durumunda, test mühendisin huzurunda yapılmış sayılır.
- 40.2. maddesine göre, işin durdurulmasından sonra, mühendise tespit yaptırılması sorumluluğu işverene aittir. Bu nedene dayalı süre uzatımı veya sözleşme bedelinin artırılması konuları mühendisin görevidir.
- 42.1. maddesine göre, şantiyenin zilyetliği, mühendisin “işe başlama” bildirimi ile birlikte yükleniciye geçecektir. Bu sorumluluğun nakli ise iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 42.2. maddesine göre, işyerinin zilyetliği yükleniciye nakledilmezse, süre uzatımı ve sözleşme bedelinin artırılmasından mühendis ve işveren sorumludur.
- 44.1. maddesine göre, işin uzatılmasını gerektirecek şartların oluşmasından itibaren 28 gün içinde yüklenici tarafından uzatma bildiriminin yapılması durumunda, süre uzatımının tespiti iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 49.3. maddesine göre, kusurların giderilmesinden yüklenici sorumludur. Kusurlar, yüklenicinin etki alanının dışında bir kişi veya olaydan kaynaklanmışsa, maliyetlerden iş sahibi sorumludur.
- 50.1. maddesine göre, iş sahibinin bir kusurun kaynaklandığı sebebi araştırma hakkı bulunmaktadır. Maliyet, sorunun kök nedeni yüklenici kaynaklıysa yüklenicinin, aksi durumda iş sahibinin sorumluluğundadır.
- 54.5. maddesine göre, kiralanan bir teçhizatın kira sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, iş sahibinin kira sözleşmesinin halefi olacağına ilişkin düzenlemenin kira sözleşmesine koyulması konusunda yüklenici sorumludur. Kira sözleşmesinin bu şekilde devam ettirilmesi durumunda, iş sahibi, kiralananı başka bir yükleniciye kullanıramayacaktır.

- 67.2. maddesine göre, tahkime başvurmadan önce anlaşmazlığın dostça halli hususunda taraflar ortak yükümlüdür.



3. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM YOLU

3.1 Genel olarak Tahkim Kavramı

Tahkim, kanunen yasaklanmayan konularda, bir sözleşmenin tarafları arasındaki hukuki uyuşmazlığın, tarafların iradesi ile belirlenip yetkilendirilen, “hakem” olarak adlandırılan kişi veya kişilerce çözümlenerek hükme bağlanmasıdır. Tahkim, uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sıklıkla başvurulmuş bir yoldur. ABD’de özel kişiler taraflar arasındaki uyuşmazlıkların %70’inden fazlasını hakem eliyle çözümlenmektedirler¹¹⁹. Tahkimin tercih edilmesinin nedeni, milli yargıya nazaran ticari hayatın gerekliliklerine uygunluğu, bunun sonucu olarak ortaya çıkan fayda ve kolaylıklardır. Bu faydalardan ilki, ticarî tahkim neticesinde verilen hakem kararının tenfizi açısından sağladığı kolaylıktır. Milletlerarası sözleşmelerle, hakem kararlarının tenfizi, yerel mahkeme kararlarının tenfizi kadar kolaylaştırılmıştır. 1958 tarihli, Türkiye’nin de taraf olduğu “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” bu konuda yapılmış ilk sözleşmelerden biridir.

Milletlerarası ticari tahkim, tarafsız bir çözüm yolu olması sebebiyle, uluslararası sözleşmelerde tercih edilmektedir. Uyuşmazlığı öne süren taraf uyuşmazlığın diğer tarafının milli mahkemelerinde çözülmesini tercih etmemektedir. Milletlerarası tahkim, tarafların gizliliğinin daha iyi korunmasını sağlamaktadır. Milletlerarası tahkim, devlet yargısına nazaran taraflara yargılamanın dili, yeri ve hakemlerin seçimi açısından da esneklik sağlamaktadır. Hakemlerin serbestçe belirlenebilmesi, özellikle inşaat sözleşmelerinin teknik konular içermesi dolayısıyla, uyuşmazlığın konusunda uzman kişilerce çözümlenebilmesi imkânını tanımaktadır.

¹¹⁹ Kemal, Dayınlarlı, **UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, 3. Baskı, Ankara, Sözkese Matbaası, 2012, s.7.

3.2 Tahkim Türleri

Doktrinde tahkimle ilgili çeşitli sınıflandırmalar yapılmıştır¹²⁰. Bu çalışmada, özellikle inşaat sözleşmelerinin tahkimine odaklanılması sebebiyle, sınıflandırmalarla ilgili genel bir bilgi verilecektir.

Tahkim bir kurum bünyesinde ve o kurumun tahkime ilişkin kuralları ile gerçekleşiyorsa kurumsal tahkim, aksi taktirde *ad-hoc* tahkim söz konusu olacaktır. Kurumsal tahkimde, seçilen kurum, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça belirtilmiş olmalıdır. Tahkime ilişkin yapılan temel ayrımlardan biri de milli tahkim – milletlerarası tahkim ayrımıdır. Bu konudaki bir diğer ayrım, zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkim ayrımıdır. Son olarak yer vereceğimiz ayrım ise, ticari tahkim – yatırım tahkimi ayrımıdır. Yatırım tahkiminde uyuşmazlık, yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcı ile, yatırım yaptığı devlet arasında vuku bulmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, sıklıkla yatırım tahkimi kapsamında çözümlenmesi nedeniyle, yatırım tahkimine ileride ayrı bir bölümde yer verilmektedir.

3.3 Tahkim Anlaşması

Mevcut ya da ileride doğabilecek hukuki uyuşmazlıkların çözümünün devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişilerin kararına bırakıldığı sözleşmeye “tahkim anlaşması” denir¹²¹. Tahkim yoluna başvurulabilmesi için tarafların tahkim anlaşması üzerinde uzlaşması gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasında, kurumsal tahkimin seçilmesi durumunda, sadece tahkim kurumunun işaret edilmesi prosedürün anlaşılması açısından yeterliyken, *ad-hoc* tahkimin tercih edilmesi durumunda, prosedürün de belirlenmesi gerekmektedir.

¹²⁰ Can, Eken, **Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018, s.4; Ergin, Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 556; Ziya, Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 3; İlhan E., Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 1026; Hakan, Pekcanıtez, **Medeni Usul Hukuku**, Cilt III, 2017, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2593; Baki, Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt VI, İstanbul: Demir, 2001, s. 5875.

¹²¹ H. Ercüment, Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 2017, Tahkim Anlaşması, s. 241 vd.

New York Sözleşmesi, Model Kanun ve MTK tahkim anlaşmasının tarafları arasında belirli bir hukuki ilişkinin (*defined legal relationship*) varlığını arar¹²². Henüz doğmamış bir hukuki ilişki için tahkim anlaşması düzenlenemez¹²³.

Yazılı şekil, tahkim anlaşmasının geçerlilik koşuludur¹²⁴. Yazılılık şartı, New York Sözleşmesi ile de benimsenir. New York Sözleşmesinin II. maddesinde; tarafların, sözleşmesel nitelikte olan ya da olmayan, bir hukuki ilişkinin neticesi olarak ortaya çıkmış veya ileride ortaya çıkabilecek, tahkim ile çözümlenmesi olası bir konuya ilişkin uyuşmazlıkların tamamını veya bir bölümünü tahkim yoluyla çözüme kavuşturmak üzere taahhütte bulunmalarına ilişkin yazılı anlaşmalarının taraf devletlerce geçerli kabul edileceği düzenlenmektedir.

Tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlığın, bu şekilde çözümlenmeye elverişli olması gerekmektedir. Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı sorunu uygulanacak hukuk ile bağlantılıdır. Bir hukuka göre tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık bir başka hukuk uyarınca tahkime elverişli olarak kabul edilebilir. Devletlerin takdirinde olan bu konu, ülkenin kamu düzeni, siyasi ve ekonomik politikaları ile bağlantılı olarak belirlenir. Örneğin, Türk hukukunda MTK md. 1 Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını düzenler. Bu çerçevede birçok diğer ülke hukukunda da kamu düzenine ilişkin alanların, örneğin ceza hukuku ve icra iflas hukukuna ilişkin konuların, tahkime elverişli olmadığı kabul edilir¹²⁵.

Uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının hangi hukuka göre belirleneceği hususu tartışmalı olmakla birlikte; bu sorunun hangi aşamada ve hangi makam önünde gündeme geldiğine göre değişkenlik göstermektedir. Uyuşmazlığın tahkime elverişliliği sorunu, yargılama öncesinde, yargılama sırasında ve yargılama

¹²² Model Kanun m. 7(1), MTK m. 4, New York Sözleşmesi m. II (1).

¹²³ Akıncı, s. 111-112.

¹²⁴ Yargıtay 3. HD, 27.04.2015, 2014/12342 E., 2015/6885 K.; “Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmelidir.” (www.kazanci.com).

¹²⁵ Erdem, s.542.

sonrasında (kararın tenfizi esnasında) ortaya çıkabileceği gibi hakem heyeti veya mahkeme önünde de ortaya çıkabilecektir¹²⁶.

Tahkime elverişliliğin tahkim yargılaması sırasında değerlendirilmesine ilişkin olarak, doktrinde aşağıda sayılan hukukların uygulanabileceği ileri sürülmektedir¹²⁷.

- a. Taraflardan birinin milli hukuku,
- b. Esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*),
- c. Tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*),
- d. Uyuşmazlık tahkimle çözülmeseydi, yetkili olacak mahkemenin devletinin hukuku,
- e. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk,
- f. Sayılan hukuklardan iki veya daha fazlasının birlikte uygulanması,
- g. Hukukun genel ilkeleri.

Hâkim görüş, tahkime elverişliliği de tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukuka bağlamanın isabetli olduğu yönündedir¹²⁸. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça belirlenmediği durumda hangi hukukun uygulanacağı da doktrinde tartışmalıdır¹²⁹. Bir görüş, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına dolayısı ile tahkime elverişliliğe de uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş için önemli bir dönüm noktası olan *Sulamerica*¹³⁰ kararında İngiliz İstinaf Mahkemesi kural olarak, tahkim anlaşması için açıkça bir hukuk seçimi yapılmadığında, esasa uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği bir karine olarak kabul etmiştir. Ancak somut olayda mahkeme, esasa uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması durumunda, esasa uygulanacak hukuk olan Brezilya hukukuna göre, sigorta ettirilenin rızası olmadan

¹²⁶ Zeynep Feyza, Eker Ayhan, **Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2018, s.43.

¹²⁷Blessing, Marc: “Arbitrability of Intellectual Property Disputes” Arbitration International, Vol. 12(2), 1996, s. 192.

¹²⁸ Engin, Nomer, **Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası**, s.443; Hanoatiau, Bernard: “**The Law Applicable to Arbitrability**” Singapore Academy of Law Journal Vol. (26), 2014, s. 879; Aksi yönde görüş için bkz. Stavros L. Brekoulakis, “Chapter 6 - **Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori**” Ed.by Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis,, **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**, London: Kluwer Law International, 2009., para.6-44

¹²⁹ Eker Ayhan, s.44.

¹³⁰ Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others vs. ENESA ENGENHARIA S.A. and others, case no: A3/2012/0249, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>.

tahkim şartının geçerlilik kazanamayacağından hareketle, İngiliz hukukunu, tahkim yeri hukuku kapsamında değil, sözleşmeyle en yakın irtibatla olan hukuk kapsamında tahkim anlaşmasına ve tahkime elverişliliğin değerlendirilmesinde uygulamıştır.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça belirlenmediği durumda hangi hukukun uygulanacağına ilişkin hakim görüş ise, tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve dolayısı ile tahkime elverişliliğe uygulanması gerektirir¹³¹.

Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk bakımından diğer görüşler ise; kararın tenfiz edileceği yer hukuku ve hakemlerin hukukun genel ve temel ilkeleri yahut uluslararası prensipler bağlamında sorunu çözmesidir.

Kanaatimizce, tahkime elverişliliğin belirlenmesinde tahkim yeri hukukunun uygulanması isabetli olacaktır. Her ne kadar tahkim yargılamalarına doğrudan uygulanmasalar da New York ve Cenevre Konvansiyonlarında *lex arbitri* tahkim anlaşmasına ilişkin bir hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda yetkilendirilmiştir¹³². Öte yandan, tahkim anlaşmasının ifa edildiği yer hukukunun en yakın bağlantılı hukuk olduğu kabul edilmektedir¹³³. Kaldı ki, *Sulamerica* davasında dahi, esasa uygulanacak hukuk kural olarak kabul edilmekle birlikte, en yakın irtibatla olan hukuk kriteri kullanılarak tahkim yeri hukukunun somut uyuşmazlığa uygulanmasına ilişkin bir sonuca varılmıştır. Tahkim yeri hukukunun uygulanacağını kabul etmek tahkim dostu yaklaşıma da (*in favor arbitrandum*) uygun olacaktır¹³⁴.

¹³¹Lew, Julian D., Mistelis, Loukas A., et al.: **Comparative International Commercial Arbitration**, London, Kluwer Law International, 2003, s. 197; Born, Gary: **International Arbitration: Law and Practice** (2nd edition), London, Kluwer Law International, 2015 s. 111; Schwartz, Eric A.: “**The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability**: The View from the ICC” ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, Vol. 9(1), 1994, s. 27.

¹³² Bkz. New York Konvansiyonu md. V(1)(a); Cenevre Konvansiyonu md. IX(1)(a).

¹³³ Bernardini, Piero: “**Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause**” Ed. By. Albert J. Van den Berg, **Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention**, ICCA Congress Series, London, Kluwer Law International, 1999, s. 201; Philip Landolt, **Modernized EC Competition law in International Arbitration**, London, Kluwer Law International, 2006, para. 5-07.

¹³⁴ Homayoon Arfazadeh, “**Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited**” *Arbitration International*, Vol. 17(1), 2001, s. 74.

Tahkim yerindeki mahkeme önünde görülmekte olan bir davada, tahkime elverişliliğin tahkim yeri hukukuna göre yapılacağı kabul edilmektedir¹³⁵. Tahkime elverişliliği düzenleyen somut bir hukuk kuralı bulunmayan hukukların uygulanmasında konu tartışmalıdır. Örneğin, tahkime elverişliliği “uyuşmazlığın ekonomik bir değer içermesi” kriterine göre değerlendiren İsviçre Hukuku’nda bu maddi düzenleme uyşmazlığı nihai olarak çözümler. Ancak, tahkime elverişliliği “ taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edebilme” gibi maddi bir hukuk kuralına bağlamayan Türk Hukuku gibi hukuklarda, hâkimin karar verebilmesi için bir kanunlar ihtilafı çözümlemesi yapması gerekecektir¹³⁶.

Tahkim yeri mahkemesi dışında bir mahkeme önünde tahkime elverişliliğin değerlendirilmesinde ise uluslararası sözleşmeler uygulama alanı bulmaktadır¹³⁷.

Ana sözleşmenin geçersizliği tahkim anlaşmasının geçersiz olması sonucunu yaratmaz. Tahkim şartı veya sözleşmesinin bağımsız niteliği “tahkim şartının bağımsızlığı” (*separability doctrine*) şeklinde adlandırılır¹³⁸.

3.3.1 Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

3.3.1.1 Tarafların Uygulanacak Hukuku Seçmesi

Uygulanacak hukukun belirlenmesi, bir tahkim yargılamasında hakemlerin üzerinde karar vermesi gereken bir kanunlar ihtilafı meselesidir¹³⁹. Gerek ulusal kanunlar gerekse uluslararası düzenlemelerde genel kabul gören görüş, esasa uygulanacak hukukun, sözleşmecî tarafların serbest iradeleri ile seçilebileceği, esasa uygulanacak hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ise hakemlerin esasa uygulanacak hukuku seçeceği

¹³⁵ Eker Ayhan, s.56.

¹³⁶ Blessing, “Arbitrability of Intellectual Property Disputes”, s. 193; Lew, Mistelis et al., Comparative International Commercial Arbitration, para.9-25.

¹³⁷ Eker Ayhan, s.57.

¹³⁸ Erdem, s.543.

¹³⁹ Born, Gary B.; **International Commercial Arbitration**, C. 2, Kluwer Law International, the Netherlands, 2009 s. 2109.

UNCITRAL Model Kanunu, ülkelerin ulusal tahkim mevzuatını güncelleştiren ve yeknesaklaştıran başarılı bir çalışmadır. Bununla birlikte, ülkelere yabancı yatırım çekmek için, model kanunları ulusal mevzuatlarında benimseyen devletlerin bu anlayışları da model kanunun benimsenmesi açısından önemli bir motiv olmuştur. Uluslararası tahkimde temel ilke tarafların esasa uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilmesidir. Ulusal hukukların tarafların hukuk seçimine müdahale edebilmesi istisnai durumlarda mümkündür¹⁴⁰. Hukuk seçiminin sınırlandırıldığı en yaygın durum, kamu düzeni ve uluslararası emredici kurallardır (*international mandatory rules*).¹⁴¹ Birçok ülke, kanunlar ihtilafı yasalarında kamu düzenine dair açık hükümlere yer vermekte ve bu hükümlere aykırı olarak verilmiş hakem kararları iptal edilebilmekte veya tenfizleri mümkün olmamaktadır¹⁴². Bununla birlikte, seçilen hukuk düzeninin “eksik/yetersiz” olması sebebiyle uygulanmadığı hakem kararları da mevcuttur. 1951 tarihli *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*¹⁴³ kararında; taraflarca seçilmiş olan Abu Dhabi hukuku, gelişmişlik açısından problemin çözümünü sağlayacak yeterlilikte olmadığı gerekçesiyle uygulanmamıştır. Tarafların uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilmesi ilkesi, UNCITRAL Model Kanunu’nda ve Model Kanun’u iç hukuklarına iktibas eden ülkelerin kanunlarında olduğu gibi Model Kanun’u esas almayan ülkelerin iç mevzuatında da genellikle kabul edilmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ve Yeni Fransız Usul Kanunu bu türden kanun düzenlemelerine örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁴. Bu ilke, emredici kanunlar ihtilafı hükümleri bulunan birkaç Ortadoğu ülkesi dışında hemen hemen evrensel düzeyde benimsenmektedir¹⁴⁵.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi’nde tarafların tahkim anlaşması yapabilecekleri ve usule uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile seçebilecekleri düzenlenmektedir¹⁴⁶. Bu irade serbestisinin

¹⁴⁰ Akıncı, s. 222.

¹⁴¹ *International Mandatory Rules* konusunda daha geniş açıklama için bkz. Hatice, Özdemir, Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası özel Hukuk Bülteni, Cilt 30, No.1-2, 2010, s.71.

¹⁴² Savage/Gaillard, s. 848, 861; Born, s. 2170, 2171.

¹⁴³ *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, Award, 1951, 18 ILR 144.

¹⁴⁴ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(1): “Hakem heyeti uyuşmazlığı, taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre karara bağlar.”, Fransız Usul Kanunu md. 1496: “Hakem, uyuşmazlığı taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre çözer.”

¹⁴⁵ Born, s. 2158.

¹⁴⁶ 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. md. V(1)(a): “II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da

kıyasen esasa uygulanacak hukuk için de geniş yorumlanacağı kabul edilmektedir¹⁴⁷. 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. VII(1)'de bu konu açıkça düzenlenmiştir¹⁴⁸. Yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili ICSID Ana Sözleşmesi md. 42'de, hakemlerin uyuşmazlığı taraflarca seçilen hukuka göre çözümleyeceği düzenlenmiştir¹⁴⁹. Taraflarca hukuk seçimi yapılması öngörülebilirlik taşıması sebebi ile sıklıkla başvurulanan bir yöntemdir. Uygulanacak hukuk seçiminin açıkça veya zımnen yapılabileceği kabul edilmektedir. Tahkim yeri, uzunca bir süre, uygulanacak hukukun örtülü olarak seçimi olarak yorumlanmışsa da, günümüzde bu anlayış İngiltere dışında terkedilmiştir¹⁵⁰. Modern ulusal yasalar, hukuk seçiminde çeşitli alternatifler sınımlanmaktadır. Taraflar milli hukuka göre karar verilmesini, uluslararası kurallara (*lex mercatoria*) göre karar verilmesini veya hiçbir hukuka dayanmadan hakkaniyet ve nefaset kurallarının (*ex aequo et bono*) veya dostane aracı kurallarının (*amiable compositeur*) uygulanmasını kararlaştırabilirler.

3.3.1.2 Ulusal Hukukun Seçilmesi

Geleneksel tahkim doktrini, seçilecek hukuk ile, uyuşmazlık konusu arasında objektif bir bağ bulunmasını aramaktayken günümüzde bu görüş büyük oranda terkedilmiştir¹⁵¹.

Uygulamada sıklıkla, tarafsızlığı nedeniyle tercih edilmiş bir ülke hukukunun seçildiğine rastlanılmaktadır. Örneğin özellikle doğulu ve batılı taraflar arasında sıklıkla İsviçre hukukunun tahkimde esasa uygulanacak hukuk olarak belirlendiği görülmektedir¹⁵². Taraflar, seçilen hukukun tarafsızlığının yanı sıra, gelişmiş ve ticari hayatın gerekliliklerine uygun olmasına da özen göstermektedirler. Bu özellikleri

zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu”.

¹⁴⁷ Born, s. 2154.

¹⁴⁸ 23.09.1991 tarih ve 21000 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır. md. VII(1): “Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler.”

¹⁴⁹ 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme md. 42(1): “Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.”

¹⁵⁰ Lew, Julian D. M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 413, 415, 416.

¹⁵¹ ABD'de bu yaklaşım sürmektedir. Restatement (Second) of Conflict of Laws md. 187'ye göre “seçilen hukukla uyuşmazlık arasında makul bir bağ bulunması gerekmektedir” Bu maddeye göre: “taraflarca, sözleşmesel hak ve borçlarına uygulanmak üzere seçtikleri devletin hukuku uygulanır.”

¹⁵² Gaillard, Emmanuel / Savage, John, **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999, s. 207-209.

nedeniyle İngiliz, New York, İsviçre ve Singapur hukukları bu kapsamda uygulamada sıkça başvuru hukuklarıdır¹⁵³.

Ulusal hukukun seçildiği durumlarda, uyuşmazlığın farklı noktalarına farklı ülke hukuklarının da seçilmek suretiyle birden fazla hukukun seçilmesi de mümkündür. Bu yöntem uygulamada, “*Dépeçage*” olarak adlandırılır. Farklı devlet hukuklarının birbirleri ile uyuşan kurallarının uyuşmazlıkta uygulandığı durumlar¹⁵⁴ olduğu gibi, ‘yüzen’ hukuk seçimi olarak adlandırılan, uyuşmazlığın çıkış biçimine göre klozların değiştiği düzenlemeler de yapılabilir. Uygulamada “stabilizasyon şartları” olarak adlandırılan ve seçilen hukukun seçildiği andaki şekliyle geçerli olan düzenlemesiyle uyuşmazlığa uygulanacağını öngören şartlara da yer verilmektedir.

Taraf iradelerinin üstünlüğü ilkesine istinaden, hakemlere ve taraflara uygulanacak hukuk ile ilgili yol gösteren yukarıda açıklanan seçimlerden farklı olarak, hiçbir hukuka dayanmayan sözleşmelere de rastlanılmaktadır. Bu türden sözleşmelerde, sözleşmeyi oluşturan kuralların bir bütün olarak ayrı bir hukuk düzeni yarattığı düşüncesi işaret edilmektedir. Hakemler, esasa uygulanacak hükümleri bir hukuk düzeninden değil, tarafların iradelerinden süzmektedir¹⁵⁵.

Kanaatimizce, teorik olarak, sözleşmenin ruhuna atıf yapılan bu yorum tekniği, kabul edilebilir olsa da uyuşmazlıkla ilgili verilecek kararı, kararın tanınması ve tenfizi süreçleri ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Tarafların iradelerinin öncelikli olarak değerlendirilmesi hususunun dahi somut bir mevzuata dayandırılması ihtiyacının bulunduğu bir alanda, sözleşmenin esasına ilişkin uygulanacak hukuk ve dolayısı ile hükmün gerekçesinin dayanağının olabildiğince soyutlaştırılması, hükmün tenfizi ve ulusal mahkemeler önündeki değerlendirmesi aşamasında sorun çıkartmaya namzet bir yorum tekniği olacaktır.

¹⁵³ Born, s. 2221.

¹⁵⁴ Bkz. Gaillard/Savage, s. 814, Klok No: 68, 13 Ağustos 1986, “Bu klok birkaç hukukun ortak prensiplerine atıf yaptığı gibi hukukun genel ilkelerine de atıf yapmaktadır. Bu yönüyle aynı zamanda lex mercatoria’nın taraflarca öngörüldüğü hallere örnektir. Manş Tüneli sözleşmesinde, sözleşmenin İngiliz ve Fransız hukukundaki ortak prensipler yoluyla; bunların bulunmayışı halinde ise ulusal ve uluslararası tahkim kararlarında uygulanagelen uluslararası ticaret hukukun ilkeleri yoluyla yorumlanacağı öngörülmüştür.”

¹⁵⁵ Gaillard/Savage, s. 799, 800.

Nitekim bu tartışmalı teoriyi benimseyen hakem kararları incelendiğinde, özünde, esasa uygulanacak hukuk açısından hukukun temel ilkelerinin baz alındığı görülmektedir¹⁵⁶.

3.3.1.3 Lex Mercatoria'nın Seçilmesi

Doktrinde, esasa uygulanacak hukuk olarak, ulusal nitelikte olmayan (*non-national / a-national*) kuralların, farklı ifadeyle, ulusüstü (*transnational*) düzenlemelerin veya *lex mercatoria*'nın taraflarca belirlenebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁷.

Esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın belirlenmesine olanak tanıyan düzenlemeye UNCITRAL Model Kanunun'da da yer verilmiştir. Model Kanun md. 28(1)'deki "*hukuk kuralları (rules of law)*" ifadesinin *lex mercatoria*'yı kapsadığı kabul edilmektedir¹⁵⁸. Model Kanun'daki bu düzenlemenin ardından birçok ülke de milli kanunlarını bu düzenleme paralelinde değiştirmişlerdir¹⁵⁹. Nitekim, 2001 yılında değiştirilen Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12 (c) düzenlemesi tahtında; tarafların "*hukuk kurallarını*" seçebilmeleri düzenlenmiştir. Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin ICSID Ana Sözleşmesi md. 42(1) düzenlemesinde de taraflar devlet hukukları ile bağlı değildirler ve seçtikleri "*hukuk kurallarının*" esasa

¹⁵⁶ Gaillard/Savage, s. 800, 801.

¹⁵⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 451; Born, s. 2227; Savage/Gaillard, s. 802.

¹⁵⁸ Çalışma Grubu bu ifadenin, hukukun genel ilkelerini kapsamadığını belirtmiştir. Bkz. Holtzmann, Howard / Neuhaus, Joseph, **a Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Law**; Varady, Tibor / Barcelo III, John J. / Von Mehren Arthur (ed.), **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective**. United States: West, 2009, s. 656, 657, 658. Karş. yazarlara göre, Model Kanun 28(1)'de yer alan "*hukuk kuralları (rules of law)*" tanımı, *lex mercatoria*'yı kapsamaz. Model Kanun'un Komisyon Raporu'nda, tarafların bir veya birden fazla devlet hukukunu birlikte kararlaştırabilecekleri veya hukuk seçiminde uluslararası bir sözleşmenin kurallarına atıf yapabilecekleri ifade edilmiştir. Model Kanun'un hazırlık çalışmalarında ve metninde kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmadığını işaret etmektedirler, bkz. Born, 2229; Savage/ Gaillard, s. 803. Kaldı ki, kanun koyucu tarafından, *lex mercatoria*'yı dışlayan bir yaklaşım benimsendiği kabul edilse dahi, hakim görüş *lex mercatoria*'yı, Model Kanun 28(1)'deki '*hukuk kuralları*' ifadesine dahil etmektedir, bkz. Lew/Mistelis/ Kröll, s. 453.

¹⁵⁹ Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(2), İtalyan Medeni Usul Kanunu md. 822, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(1), Lübnan Medeni Usul Kanunu md. 813, Mısır Tahkim Kanunu md. 39, Hindistan Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu md. 28(1), Meksika Tahkim Kanunu md. 1445(2), Alman ZPO md. 1061, İngiliz Tahkim Kanunu md. 46(1).

uygulanmasını tercih edebilirler¹⁶⁰. ICC tahkim kurallarında da aynı yaklaşım gözlenmektedir¹⁶¹.

3.3.1.4 Hakemlerin Uygulanacak Hukuku Seçmesi

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun sözleşmede öngörülmediği hallerde, hakemlerin esasa girmeden önce bu konuyu çözmesi gerekir. Uygulamada taraflar, uygulanacak hukuku sözleşmede işaret etseler de uluslararası uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk seçiminin hakemlere bırakıldığı durumlara rastlanılmaktadır¹⁶².

Hukuk seçme yetkisinin hakemlere verildiği durumlarda, geniş bir takdir yetkisinin olduğu ifade edilse de devletlerin milli tahkim kanunları ve kurumsal organlarının mevzuatı bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kalıp yaklaşımlar benimsemektedir. Bunlar;

- Tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarında işaret edilen maddi hukukun uygulanması,
- Herhangi bir devletin kanunlar ihtilafı kuralına atıf yapılmadan, milletlerarası tahkim için vazedilmiş kanunlar ihtilafı kuralı tarafından işaret edilen maddi hukukun kabul edilmesi,
- Hakemlerce “uygun bulunan” kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği maddi hukukun uyuşmazlığa uygulanması,
- Hakemler tarafından uygun bulunan maddi hukukun uyuşmazlığın esasına doğrudan uygulanması.

UNCITRAL Model Kanunu’nda öngörülen metot, hakemlerin “uygun buldukları” kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği maddi hukukun uygulanmasıdır. Başta ICC Tahkim Kuralları olmak üzere, LCIA, ICRD, AAA ve WIPO tahkim

¹⁶⁰ 02.06.1988 tarihli 19830 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun md. 42(1): “Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.”

¹⁶¹ ICC Tahkim Kuralları md. 21(1)’e göre: “Taraflar, hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını belirlemekte özgürdür.”

¹⁶² Uluslararası Ticaret Odası’nın (ICC) 2018 istatistiklerine göre hakem önüne gelen uyuşmazlıkların yaklaşık %13’ünde açık bir hukuk seçimi bulunmamaktadır, ICC Dispute Resolution Bulletin 2018 issue 2 ICC practice and procedure, s.61, www.iccwbo.org.

kuralları, uygulanacak hukukun seçimi yetkisini hakemlere bırakmakta ve uygun buldukları hukuku uygulamalarına olanak vermektedirler¹⁶³.

3.3.1.5 *Amiable Composition ve Ex Aequo et Bono*

İstisnai olarak sözleşmelerde, hakemlerin *ex aequo et bono* (hakkaniyet ve nefaset kurallarına göre) ya da *amiable compositeur* (dostane aracı) kurallarına göre karar vermelerini öngören tahkim anlaşmaları yapılmaktadır.

Amiable compositeur kavramı, kilise hukukunun uyuşmazlığı kesin olarak sona erdirmeyen ancak taraflar arasında uzlaşma sağlamaya yönelik *amiable composition* kurumundan gelmektedir. Kurum, 17. yüzyıl itibarı ile bağlayıcı kararlar üreten bir tahkim kurumu haline gelmiştir.

Her iki kavramın da temelinde, hakemlere hukuk kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olmaksızın, adalet ve hakkaniyet kavramlarını ön planda tutarak karar vermeleri konusunda imkân tanımları yatmaktadır. Temel amaçları ortak olan *amiable composition* ve *ex aequo et bono*'nun hangi noktalarda ayrıştıkları konusu tartışmalıdır. Uygulamada yaygın olarak bu iki kavram aynı anlamda kullanılır. Ancak bazen, kavramlar arasında milli hukuk sistemlerinde yer alan emredici nitelikteki hükümlere uyum zorunluluğu ile ilgili bir ayrım yapılmaktadır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda bu kavramlara ilişkin olarak yalnızca “hakkaniyete” gönderme yapılır¹⁶⁴. Öte yandan, Fransız hukukundaki *amiable compositeur*, hakkaniyetin yanı sıra, başka unsurları da içerir. Buradan hareketle, *ex aequo et bono*'da emredici kural ile sınırlı olunmaksızın hakkaniyete göre karar verildiği; *amiable composition*'da ise yine hakkaniyet çerçevesinde, emredici hukuk kurallarına dayanılarak karar verildiği savunulmuştur¹⁶⁵. Kanaatimizce, her iki kavramda da karar verme mekanizmasının merkezine hakkaniyet kavramı oturmaktadır ki, bu kavramın olabildiğince soyut ve kapsayıcı özelliği karşısında sıkı hukuk kurallarına bağlı

¹⁶³ ICC Tahkim Kuralları md. 21(1): Taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmamışsa, “hakem heyeti uygun gördüğü hukuku uygular.”, LCIA Kuralları md. 22(3), ICDR Kuralları md. 28(1), AAA Milletlerarası Tahkim Kuralları md. 17(1), WIPO Tahkim Kuralları md. 59(1).

¹⁶⁴ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(2): “Taraflar, hakem heyetini hakkaniyete göre karar vermesi için yetkilendirebilir.”

¹⁶⁵ Savage/Gaillard, s.836.

olmadan hakkaniyete uygun yorumlanması esastır. Nitekim UNCITRAL Model Kanunun’nda bu tartışmaya ilişkin somut bir cevap bulunmamaktadır¹⁶⁶.

Modern eğilim, gerek uluslararası sözleşmelerde ve kurumsal tahkim düzenlemelerinde, gerekse ulusal kanunlarda, “hakkaniyet kararının” tanınmasıdır¹⁶⁷. UNCITRAL Model Kanunu düzenlemesi de bu istikamettir. Bu kuruma, tarihsel ekseninde mesafeli yaklaşan İngiltere dahi 1996 yılında yürürlüğe giren yeni tahkim kanunu ile, hakkaniyet kararına izin vermektedir¹⁶⁸. Ancak, taraflarca özel olarak yetkilendirme yapılması durumunda, hakkaniyet kararının geçerli olacağı sayılan tüm sistemler ve düzenlemelerde ortak olarak kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Hakkaniyet kararı ile *lex mercatoria* ilişkisi konusu da tartışmalıdır. Bir görüş, *lex mercatoria* yı hakkaniyet kararı ile eşdeğer tutmaktadır. *Lex mercatoria*’nın bir hukuk düzeni olmadığını savunan yazarlardan v. Bar/Mankowski, *lex mercatoria*’ya istinat ettirilerek verilen kararın bir hakkaniyet kararı olduğunu ifade etmektedir. Hakkaniyet kararı verilmesinin tarafların açıkça yetki verdiği durumda mümkün olması sebebiyle, bu kapsamda verilmiş özel bir yetki olmaksızın *lex mercatoria*’nın esasa uygulanması durumunda, kamu düzenine aykırılıktan bahsedilecektir¹⁷⁰. *Lex mercatoria*’yı kendi başına bir hukuk düzeni sayan görüşe göre, bu kavram hakkaniyet kararından farklı teorik temellere dayanmaktadır. İster ulusal hukuk düzenlerine bağlı müstakil olmayan bir hukuk düzeni teorisi, ister özerk bir hukuk düzeni olarak kabul edilsin; *lex mercatoria* sistemli kurallar bütünüdür. Hakkaniyet kararı düzeyinde değerlendirilemez¹⁷¹. Teorik olarak, hakkaniyet kararı verme konusunda yetkilendirilmiş olan hakem, ulusal ya da uluslararası bir mevzuat ile bağlı olmadığı halde, uygulamada, tarafların beklentilerini tatmin edebilmek için, hukukla bağlanmışçasına davranmaktadır. Hakem, hakkaniyet esasına göre değerlendireceği

¹⁶⁶ UNCITRAL Model Kanunu md. 28(3): “Hakemler, ancak taraflar böyle bir yetkilendirme yaptıysa, ex aequo et bono veya amiable compositeur olarak karar verebilirler.”

¹⁶⁷ ICSID Ana Sözleşmesi md. 42(3), ICC Tahkim Kuralları md. 21(3), Fransız Medeni Usul Kanunu md. 1497, Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1054(3), İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 187(2), Belçika Yargılama Kanunu md. 1700(1), Alman ZPO 1051(3) ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12(C)/b. 3. Yalnızca Model Kanun’u kabul ederken ilgili hükmü mevzuatına almayan birkaç ülkede hakkaniyet kararına izin verilmez. Örneğin, Bulgar Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu md. 38, Rusya Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Kanun md. 28.

¹⁶⁸ İngiliz Tahkim Kanunu md. 45(1).

¹⁶⁹ Savage/Gaillard, s. 835.

¹⁷⁰ v. Bar/Mankowski, s. 83, 87.

¹⁷¹ Born, s. 2241.

ticari teamüllere, hukukun temel ilkelerine ve *lex mercatoria*'ya başvurulmalıdır. Ancak bu hukuki araçlarla sınırlı davranmamalı, somut olayda adaleti tesis edeceğini düşündüğü kuralları uygulamaktan kaçınmamalıdır.

3.4 Uluslararası Sözleşmelere Göre Faaliyet Gösteren Başlıca Tahkim Kurumları ve Yatırım Tahkimi

3.4.1 ICC

3.4.1.1 Genel Olarak ICC Tahkimi

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı, Milletlerarası Ticaret Odası'nın (ICC), bağımsız tahkim kuruluşudur. Birçok uluslararası uyuşmazlığın çözümlendiği bir tahkim kurumu olmasının yanında, FIDIC şartnamelerinde de yetkili tahkim kurumu olarak düzenlenmektedir.

ICC Tahkim Kuralları, ana kural metni ve altı ekten oluşur. Eklerde; tahkim divanı ("Divan") tüzüğü, Divan'ın iç tüzüğü, tahkim masrafları ve ücretleri, dava yönetimi teknikleri, acil durumlar hakemi kuralları ve Mart 2017'de yapılan değişikliklerle kabul edilen seri tahkim usulüne ilişkin kurallar yer alır¹⁷².

3.4.1.2 Tahkim Prosedürü

ICC tahkimine başvurmak isteyen taraf, başvuru ve başvuruyla ilgili ICC Kuralları md. 4'te sayılan bilgileri ve hakemlerle ilgili 12. ve 13. maddede sayılan bilgileri içeren tahkim talebini iç tüzükte belirtilen bir ofisten Divan Sekreteryası'na sunar. Tahkim talebinin Sekreteryaya tarafından alındığı tarih, aynı zamanda tahkim prosedürünün de başlangıç tarihi sayılır.

Madde 5 tahtında, talebin bir örneği Sekreteryaya tarafından karşı tarafa tebliğ edilir ve savunmasını sunması için 30 günlük süre verilir. Karşı tarafın sürenin uzatılmasını talep etme ve karşı dava açma hakkı bulunmaktadır.

Md. 12/1 uyarınca; uyuşmazlık bir veya üç hakem tarafından çözülür. Taraflar, tahkimi yürütecek hakemlerin sayısı hakkında anlaşamazlarsa, Divan uyuşmazlığı çözecek bir hakem tayin eder; ancak Divan uyuşmazlığın ancak üç hakemle çözülebileceğini düşünüyorsa, tahkimin üç hakemle yürütülmesine de karar verebilir.

¹⁷² Erdem, s.562.

Bu durumda davacı, Divan'ın kararını tebellüğ ettiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde bir hakem atar. Davalı da davacı tarafından yapılan tayinin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde bir hakem atar (Kurallar md. 12/2).

Taraflar, ihtilafın tek hakemle çözülmesini kararlaştırdıkları durumda, tek hakemi birlikte belirleyip Divan'ın onayına sunarlar. Tahkim talebinin davalıya tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde taraflar aralarında hakemin seçilmesi konusunda anlaşmaya varamazlarsa, tek hakemi Divan seçecektir. (Kurallar md. 12/3).

Taraflar üç hakemin görev yapması konusunda anlaşmışlarsa; tarafların her birinin hakemini atamasından sonra başhakem olarak görev yapacak 3. hakem, Divan tarafından atanır. Tarafların başhakemin atanması için başka bir usul kararlaştırmış olmaları halinde atanacak başhakem, Kurallar 13. madde uyarınca Divan'ın onayına sunulur. Eğer taraf hakemlerinin atanmasından itibaren 30 gün içinde başhakem atanamazsa, 3. hakem Divan tarafından atanır (Kurallar md. 12/5).

Sekretarya, dosyayı tamamladıktan sonra, hakem heyetine havale eder; hakem heyeti, delilleri ve tarafların beyanlarını da değerlendirerek, tarafların huzurunda görevlerini belirten bir belge (Görev Belgesi) hazırlar.

ICC Kuralları m. 23 uyarınca, Görev Belgesi aşağıdaki konuları içerir:

- a. Tarafların ve temsilcilerinin adları, unvanları ve iletişim bilgileri,
- b. Tahkim süresince kullanılacak tebligat adresleri,
- c. Tarafların iddiaları ile talep veya karşı talep olarak istenen tutarları mümkün olabildiğince belirli hale getirmek suretiyle taraflarının netice-i talepleri,
- d. Karar verilecek konuların listesi,
- e. Hakemlerin isimleri, unvanları, iletişim bilgileri,
- f. Usule ilişkin kurallar ve mevcut ise, hakemlerin hakkaniyet esaslarına dayanarak karar verebileceğine ve hakemlerin dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak hareket edebileceğine veya dair verilen yetki,
- g. Tahkim yeri.

ICC tahkiminde taraflar, ICC Kuralları kapsamında kalmak şartıyla, diledikleri usulü izleyebilirler. Taraflarca izlenecek usuller ve hakem mahkemesinin talepleri,

Görev Belgesi'nde belirlenir. ICC Kuralları uyarınca, Görev Belgesi düzenlenmesi zorunludur.

Madde 25'e göre; tarafların yazılı beyanları ve sundukları belgelerin incelenmesinden sonra, taraflardan birinin talep etmesi durumunda, hakem heyeti, tarafları tüm tarafların hazır olduğu bir duruşmada dinler; bu yönde bir talep yoksa tarafları dinlemeye re'sen de karar verebilir. Hakem heyeti ayrıca usulü dairesinde davet ederek, tarafların huzurunda veya yokluğunda tanıkları, taraflarca tayin edilmiş bilirkişileri veya uygun gördüğü başka birini de dinleyebilir. Hakem heyeti, taraflara da danışarak, bilirkişi veya bilirkişiler atayabilir, onların görevlerini belirler, sundukları raporları toplar. Taraflardan birinin talebi üzerine, taraflara, heyet tarafından atanmış olan bilirkişiye duruşma sırasında soru sorma olanağı verir.

3.4.1.3 Yargılamanın Sona Ermesi ve Karar

Hakem heyeti tarafların iddia ve savunmalarını makul ve adil bir şekilde sunduklarına kanaat getirdikten ve yargılamaya ilişkin yapılacak işlerin tamamlandığını saptadıktan sonra yargılamanın bittiğini bildirir. Bundan sonra, taraflar hakem heyeti tarafından talep edilmeyen ya da heyetin izin vermediği yeni iddialarda bulunamaz, belge ve delil sunamazlar. Hakem heyeti yargılamanın bittiğini açıkladıktan sonra, Sekreteryaya Divan'a onaya sunulacak karar taslağının hazırlığı için bir süre verir (Kurallar m. 27/1/b).

Hakem heyeti birden fazla hakemden oluştuğu zaman, heyet çoğunlukla karar verir. Çoğunluk oluşmaz ise, hakem heyeti başkanı tek başına karar verir (Kurallar md. 32).

ICC Kuralları md. 32/2 uyarınca, karar gerekçeli olmalıdır. Hakemlerin dava hakkında, *amiable compositeur* veya *ex aequo et bono* olarak, somut hukuk kuralları yerine, hakkaniyete göre karar vermeleri durumunda hakem kararı, hakem heyetinin bu yöndeki gerekçelerini içermelidir.

Kararın düzeltilmesi ve tartzih, hakem mahkemesi tarafından re 'sen veya taraf talebiyle yapılabilir. Kararın düzeltilmesi, kararda yer alan kayıt, hesap veya yazım hatalarının düzeltilmesi kapsamında olup, kararın esasına ilişkin bir değışikliğin

yapılması veya ek taleplerin hakem mahkemesi tarafından ele alınması sonucuna yönelemez.

Taslak kararların Divan tarafından denetlenmesi ve onaylanması, ICC tahkiminin önemli özellikleri arasındadır. Divan'ın denetleme görevi, ICC tahkimini diğer uluslararası tahkimlerden ayırmakta olup, ICC'nin rolü ile de tutarlıdır.

Divan, kararın onaylanması için gerekli olan bazı şekli değişiklikler önerebilir. Bunların yanı sıra, Kurallar md. 34 uyarınca Divan, hakem heyetinin karar vermede serbestisini zedelemeyecek şekilde, karara ilişkin şekil değişiklikleri önerebilir ve uyuşmazlığın esasını ilgilendiren noktalara dikkat çekebilir. Söz konusu esasa ilişkin hususlar, kararın çeşitli unsurları arasında çelişkiler bulunabilmesi gibi konulardır. Divan'ın bu kapsamda yapabileceği yorumlar sınırlı olmakla beraber, kararın tarafları tatmin edici nitelikte olmasına ve davanın ayrıntılı şekilde incelendiğinin irdelenmesine dikkat edilir.

Hakem heyeti, kararda bulunan hesap ve yazımdan kaynaklı veya bu nitelikteki bir maddi hatayı re 'sen düzeltebilir. Bu kapsamdaki bir düzeltmenin karar tarihinden itibaren 30 gün içinde onay için Divan'a sunulması gerekir (Kurallar md. 36/1).

ICC Kuralları md. 35/6 uyarınca, verilen karar bağlayıcıdır. Anlaşmazlıkları ICC kuralları kapsamında tahkime sunan taraflar, yargılama sonunda verilecek kararı derhal icra etmeyi peşinen kabul ederler (Kurallar md. 35/6).

3.4.2 ICSID ve Yatırım Tahkimi

3.4.2.1 Genel Olarak

Bir yandan, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında bağımsızlıklarını kazanan devletlerin, yabancı işletmecilerin elinde bulunan iktisadi kaynaklarını kontrol edebilmek için uyguladıkları kamulaştırma politikası, yabancı yatırımcıları geliştirmekte olan ekonomilerde yatırım yapma konusunda kaygılandırırken, diğer yandan söz konusu yatırımların karlılık kaynaklı cazibesi ve geliştirmekte olan ekonomilerin sermaye birikimi için yabancı yatırımcıya ihtiyaç duyması noktasında örtüşen çıkarları, yatırımcıların kaygılarını giderecek etkinlikte hukuki mekanizmaların gelişmesine yol açmıştır. Bu kapsamda, ilki Pakistan ve Almanya arasında 1959

yılında imzalanan ve sonrasında dünya devletleri arasında hızla yayılan milletlerarası yatırım anlaşmaları ortaya çıkmıştır. Bu antlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi ve bu sayede yatırımcıların korunması ve ülkelerin yabancı yatırımcıları güvence altına alarak daha fazla yabancı yatırım çekmesine olanak verilmesi amacıyla için de 1961-1965 yılları arasında, Dünya Bankası inisiyatifi ile Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID) hazırlanarak 1965 yılında imzalanmış ve 1966 yılında yürürlüğe girmiştir. Milletlerarası alanda kabul gören bu sözleşme, günümüzde yatırımları koruma alanındaki en yaygın uygulanan düzenlemeler arasında yerini almıştır¹⁷³. Devletler ve diğer devletlerin vatandaşı olan yatırımcılar arasındaki ihtilafların çözümlenebilmesi amacıyla Washington merkezli bir tahkim kurumu yapılandırılmıştır.

ICSID tahkiminde, uyuşmazlıklar hakemler tarafından çözümlenmektedir ve bu mekanizma iki önemli özelliği ile diğer tahkim yöntemlerinden ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, yatırımcı başvuru ile, ev sahibi devlet arasında bir tahkim anlaşması bulunmamasına rağmen devletin tahkim izninin bulunduğu durumlarda, yatırımcının tahkime başvurabilmesidir. İkincisi ise, ICSID hakem kararlarının iç hukukta, yerel mahkemelerden bir tenfiz kararı alınmasına gerek olmadan icra edilebilmesi özelliğidir¹⁷⁴.

ICSID'in hem yatırımcı hem de yatırıma ev sahipliği yapan devlet açısından fayda sağlayan bir özelliği bulunmaktadır. Yatırımcı kendisini güvence altına alırken, ev sahibi devlet de yarattığı güven ortamı ile daha fazla yabancı yatırımcıyı etkilemekte ve dolayısı ile daha fazla yatırımı ülkesine çekebilme imkanına sahip olmaktadır. ICSID'e taraf olan devletler, sözleşmeye uygun verilmiş olan hakem kararlarını bağlayıcı kabul etmek ve hüküm altına alınan borçların icra edilmesini sağlamak yükümlülüğü altındadır¹⁷⁵.

Bu durumun bir sonucu olarak yabancı sermayenin sözleşme kapsamında karşılaşabileceği hukuki sorunlarla ilgili kaygısı azalmakta ve düşük risk maliyetleri

¹⁷³ Akıncı, s. 47.

¹⁷⁴ Akıncı, s.47.

¹⁷⁵ Ergin, Nomer / Nuray Ekşi / Günseli, Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar**, İstanbul, 2017, s.54.

sayesinde, toplam yatırımlarının miktarını da artırabilmektedir. Sözleşmenin taraf devlete sağladığı bu avantajlar değerlendirilerek, Türkiye de ICSID’e taraf olmuştur.

3.4.2.2 Devletin Tahkim İzni

Bir milletlerarası yatırım antlaşmasının tarafı olan devletin yükümlülüğü, antlaşmanın tarafı olan diğer bir devlete karşı üstlenilmiş olup, diğer tarafın her bir vatandaşına karşı üstlenilmemiştir. Bununla birlikte, antlaşmanın uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerinde her bir taraf devlet, diğer taraf devletin vatandaşlarının antlaşmada korunan haklarına ilişkin taleplerle, kendilerine karşı milletlerarası tahkime başvuruda bulunmasına rıza göstermekle, yatırım antlaşmasına taraf olmayan yatırımcıların da doğrudan devlete karşı tahkime başvurularına imkan vermektedir.

Sözleşme’nin 25/1 maddesi uyarınca, “*ICSID’in yargılama yetkisi, akit devletler ile yazılı rızasını sunmuş diğer akit devletlerin vatandaşları arasında, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Taraflar sunmuş oldukları rızalarını, tek taraflı olarak geri alamazlar*”. Bu düzenleme tahtında; sözleşmenin uygulama alanı hem taraflar hem de uyuşmazlık konusu açısından sınırlandırılmıştır. Türkçe metinde¹⁷⁶, “*yazılı rızasını sunmuş diğer akit devlet vatandaşlarından*” bahsedilmiş olsa da, İngilizce metinde¹⁷⁷ yer alan “*which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre*” ifadesinden akit devletin de uyuşmazlıkları tahkime sunma yükümlülüğü altında olması için yazılı izinlerinin bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

Devletin tahkim iznini beyan etmesi üç şekilde olabilmektedir¹⁷⁸:

- Yatırımcı ile devlet arasında tahkim anlaşması bulunması,
- Bir milletlerarası yatırım antlaşmasında tahkim iznini içeren bir hüküm bulunması,
- Devletin iç mevzuatında tahkim izni veren bir düzenleme bulunması.

¹⁷⁶ 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanunun ekinde yer alan “ICSID Ana Sözleşmesi” metni.

¹⁷⁷ “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

¹⁷⁸ UNCTAD: Dispute Settlement: ICSID, 2.3. Consent to Arbitration, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, United Nations Publication, New York & Geneva 2003, s. 6.

3.4.2.2.1 Devletle Yatırımcı Arasındaki Tahkim Anlaşması

Bir yatırım uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için gerekli olan tahkim anlaşması, bir yabancı yatırım sözleşmesinde, gelecekte çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin tahkim izinlerinin taraflarca beyan edildiği bir tahkim şartı olarak veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra imzalanan ve somut uyuşmazlığın çözümüne ilişkin düzenleme içeren, bir anlaşma (*compromis*) şeklinde de olabilir¹⁷⁹. ICSID tahkimlerinin %16'sında tahkim izni, yabancı yatırımcı ile devlet arasında imzalanmış sözleşmelerden kaynaklanmıştır¹⁸⁰.

ICSID Sözleşmesi md. 25(3); “*Âkit ülkelerin herhangi bir alt birimi veya temsilcisi tarafından verilen rızalar, bu devletin ayrıca onayının gerekmediğini bildirmedikleri durumlarda, devletin onayını gerektirir*” düzenlemesi tahtında; devletin tahkim iznini verme konusunda resmi olarak yetkilendirilmiş bir organı olmayan tüzel kişiler tarafından verilen tahkim izninin geçerliliğini devletin onayına bağlamıştır ve münhasıran izni veren tüzel kişinin ICSID nezdinde dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁸¹. Ancak, bu onayın varlığını ispat için, devlet tarafından direkt olarak yazılı onay verilmesi şart olmayıp, bu konuyu düzenleyen iç mevzuat, yazışmalar, tek taraflı beyanlar onayı olarak kabul edilmektedir¹⁸².

3.4.2.2.2 Milletlerarası Yatırım Antlaşmaları

Milletlerarası yatırım antlaşmalarıyla taraf devletler, diğer bir taraf devlete veya devletin vatandaşlarına genel bir tahkim izni vermektedirler. Yatırım antlaşmalarının bir kısmında bu izin bağlayıcı bir şekilde belirtilmekte, bir kısmında ise, gelecekte akit devletin yatırımcılarından gelebilecek talepler doğrultusunda tahkime izin vereceğini taahhüt etmektedir¹⁸³. Bu durumda, yatırımcıyla birlikte devletin de tahkim iznini ICSID'e bildirmesi gerekmektedir. Devletin bu taahhüdüne

¹⁷⁹ Report of the Executive Directors, para. 24; Kaiser Bauxite v. Jamaica, Decision on Jurisdiction, 6 July 1975, para. 21; UNCTAD, Consent to Arbitration, s. 7.

¹⁸⁰ ICSID, Caseload Statistics 2019-1, s. 10.

¹⁸¹ Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of St. Kitts and Nevis, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 13.01.1997, 13 ICSID Rev. – FILJ 328 (1998); 5 ICSID Rep. 108, para. 2.33.

¹⁸² Noble Energy v. Ecuador, Jurisdiction, para. 178-182.

¹⁸³ Japonya-Mısır YKTK Anlaşması (1988), m. 11.

uymaması ve gerekli izni vermemesi, antlaşmayı etkisiz bırakacak şekilde kullanılamaz¹⁸⁴.

ICSID Sözleşmesi md. 71'e göre bir taraf devletin, sözleşmeden çekilmesi veya sözleşmenin uygulanmasını md. 70'e göre coğrafi olarak ya da m. 25(4)'e göre, yalnızca yatırım anlaşmalarına ilişkin uyuşmazlıklarda veya sadece kamulaştırmadan kaynaklanacak zararların tazmini için uygulanması gibi, konu bakımından kısıtlaması mümkündür.

3.4.2.2.2.1 İkili Yatırım Anlaşmaları

İkili yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerde hukukten korunmalarını sağlayan en yaygın enstrümandır. UNCTAD 2019 yatırım raporu verilerine göre (*World Investment Report*) 2.932 ikili yatırım anlaşması bulunmaktadır. Bu sayı, toplam yatırım anlaşmalarının yaklaşık %88'ini oluşturmaktadır¹⁸⁵. İkili yatırım anlaşmaları, sağladıkları koruma mekanizması sebebiyle, yatırımcıların, yatırım yerini seçmelerinde rol oynamakta (*treaty shopping*), anlaşmaların kapsamından faydalanma hedefiyle tasarlanmış uluslararası şirket yapılarına yol açmaktadır.

3.4.2.2.2.2 Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları

Devletlerin yabancı yatırımcıyı kendi ülkelerinde yatırım yapmaya teşvik etme motivasyonu, ikili yatırım anlaşmalarının yanı sıra, koruma mekanizmasının sadeleştirilmesi ve yeknesaklaştırması sonucuna hizmet eden çok taraflı bir yatırım anlaşmasının varlığına ihtiyaç duymaları sonucunu doğurmuştur. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) bünyesinde yürütölen çok taraflı yatırım anlaşması çalışmaları başarıya ulaşamasa da, NAFTA'nın Enerji Şartı Anlaşması gibi bölgesel serbest ticaret ve yatırım anlaşmalarının etkinlikleri ve tatbikat alanları genişlemektedir¹⁸⁶.

¹⁸⁴ CSOB v. Slovakia kararında, uyuşmazlığa konu YKTK anlaşmasına göre yatırımcı ve devletin uyuşmazlığı ICSID'e "birlikte" sunmalarının zorunlu olduğu iddia edilese de, ilgili maddenin belirsiz bir ifade içerdiğini tespit eden tahkim heyeti bu ifadeyi yatırımcının milletlerarası tahkimin korumasından mahrum bırakacak bir düzenleme şeklinde yorumlamış ve yatırımcının tek başına ICSID'e başvurma hakkının olduğunu kabul etmiştir.

¹⁸⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, s.99.

¹⁸⁶ UNCTAD: *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, Geneva, 2012, s.19.

3.4.2.2.3 Ev Sahibi Devletin İç Mevzuatı

Devletler, iç mevzuatlarında da, yabancı yatırımcılar ile aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin tahkim izni tekliflerine yer verebilmektedirler. ICSID verilerine göre, 2014 itibarı ile, tüm ICSID tahkim uygulamalarında, ev sahibi devletin iç mevzuatına dayanan tahkim izninin toplam içerisindeki payı %9,4'tür¹⁸⁷.

3.4.2.3 Uyuşmazlığın Tarafları Açısından Uygulama Alanı

ICSID tahkimine konu olabilecek bir uyuşmazlığın, bir tarafının sözleşmeye taraf olan devlet, diğer taraf olan kişinin de sözleşmeye taraf olan başka bir devletin vatandaşı olması gerekmektedir. Gerçek kişinin vatandaşlığının tespitinde, vatandaşı olduğunu ileri sürdüğü devletin hukukuna göre değerlendirme yapılacaktır. Sözleşmeye taraf olmayan bir ülkenin vatandaşının, taraf olan bir ülkede ikamet ediyor olsa dahi, ICSID tahkimine başvurma olanağı yoktur.

ICSID tahkimine başvuran taraf genellikle tüzel kişi olmaktadır. Tüzel kişinin ICSID tahkimine başvurabilmesi için uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşı olmaması ve akit bir devletin vatandaşı olması gerekmektedir. Tüzel kişinin kuruluş yeri, sicile tescil edildiği yer veya fiilen idare edildiği yer vatandaşlığın belirlenmesinde kullanılan kıstaslardır. Bazı ikili anlaşmalarda tüzel kişinin vatandaşlığının tespitine ilişkin açık hükümler yer almaktadır¹⁸⁸.

ICSID 25/2/b maddesinde, ev sahibi devletin vatandaşı bir tüzel kişi, yabancıların kontrolündeysen ve yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet, bu tüzel kişinin yabancı yatırımcı olarak değerlendirileceği konusunda anlaşmışlarsa, uyuşmazlık ICSID tahkiminde görülebilecektir¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ICSID, Caseload Statistics, 2015-1, s.10.

¹⁸⁸ Türkiye Cumhuriyeti ile İsveç Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın birinci maddesinin ikinci fıkrası bu konuda bir açıklık içermektedir.

¹⁸⁹ Türkiye ile Hollanda Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (RG 8.9.1989 – 20276) md. 8(4)'te bu yönde bir hüküm yer almaktadır.

3.4.2.3.1 Uyuşmazlığın Konusu Açısından Uygulama Alanı

ICSID tahkimine konu olacak uyuşmazlıkların yatırımdan kaynaklanması gerekmektedir. ICSID yatırım kavramını açıkça tanımlamamıştır. Yatırım kavramı hem geleneksel anlamda sermaye katılımı hem de modern yatırım şekilleri olan hizmet akitleri ve teknoloji transferleri olarak anlaşılmaktadır¹⁹⁰. Bazı ikili yatırım anlaşmaları, yatırımın açık tanımını yapmaktadır. Yatırımın varlığı için ev sahibi devlet ile kalıcı bir ekonomik bağ kurulması aranmaktadır¹⁹¹.

Sözleşmeciler devletlere, ICSID kapsamında görülmesini istemedikleri uyuşmazlıkları merkeze bildirmek suretiyle çekince koyma hakkı verilmiştir. Örneğin Türkiye, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda milli mahkemelerin münhasır yetkisi nedeniyle, uyuşmazlıkların ICSID'e götürülemeyeceği şeklinde bir çekince koymuştur.

3.4.2.4 ICSID Tahkim Prosedürü

ICSID dışındaki kurumsal ya da ad hoc tahkim yollarında, taraflar tahkim yoluna başvurabileceklerini, sözleşmeye bir tahkim şartı koyarak veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmak sureti ile kabul etmektedirler. ICSID tahkiminde, diğer tahkim usullerinden farklı olarak, tarafların tahkim yoluna başvurmak konusunda iradeleri, sözleşmenin 25. maddesinde açıklandığı gibi, merkeze yazılı ifadelerini bildirmeleri ile açıklanmış olacaktır.

ICSID'e taraf olan devletin iradesi ise, milli mevzuatında bu istikamette bir hüküm bulunması, yatırımcının vatandaşı olduğu devlet ile imzalamış olduğu ikili bir sözleşmede veya her iki devletin de taraf olduğu çok taraflı bir sözleşmede, ICSID tahkiminin kabul edilmesi ile ortaya koyulmuş sayılacaktır.

ICSID md. 26 uyarınca, akit devletler, ön koşul olarak, idari ve adli çarelerin tüketilmesini talep edebilirler. Ancak, ikili yatırım anlaşmalarında, bu yolun nadiren tercih edildiği görülmektedir. Genellikle, yatırımcının, ev sahibi devletin milli

¹⁹⁰ Nomer/Ekşi/Gelgel, s.57.

¹⁹¹ Mihaly Int Corp v. Republic of Sri Lanka (2002) ICSID Rev.142 kararında, satım sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık ICSID kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olmadığından yetkisizlik sebebiyle reddedilmiştir.

mahkemelerine başvurmasından itibaren belirli bir süre geçmesine rağmen çözüme ulaşamaması durumunda ICSID tahkimine başvurabileceği düzenlenmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için ICSID tahkimine başvuru, ICSID Genel Sekreterliği'ne yazılı olarak bildirim yoluyla yapılır. Genel Sekterlik, karşı tarafa istemin örneğini içeren bir bildirim yapacak, başvuru üzerinde yapacağı bir değerlendirme neticesinde başvuruyu kabul veya reddedecektir.

Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi durumunda, uyuşmazlığı çözecek hakem kurulu oluşturulacaktır. Hakem kurulunun oluşturulmasında taraf iradeleri esastır. Üçüncü hakemin tarafların uzlaşmasıyla belirlenememesi durumunda, md. 38 tahtında üçüncü hakem, İdari Konsey'in başkanı tarafından atanacaktır. Madde 39 tahtında; tarafların açık rızasının bulunmaması halinde, hakemlerin çoğunluğu, anlaşmazlığın tarafı olan sözleşmecî devletin vatandaşı veya anlaşmazlığın tarafı olan kişinin vatandaşı olduğu sözleşmecî devletin vatandaşı olamayacaktır.

Hakem kurulu, uyuşmazlığın çözülmesi konusunda yetki meselesini resen karara bağlayabileceği gibi, taraflardan birinin itirazı üzerine de karar verebilecektir.

Sözleşme md. 47, hakemlerin tarafları korumak için ihtiyati tedbirler tavsiye edebileceğini düzenlemektedir.

Sözleşme'nin 42. maddesi tahtında, hakemler uyuşmazlığı tarafların üzerinde anlaştığı hukuk çerçevesinde çözeceklerdir. Uygulanacak hukuk konusunda anlaşma olmaması durumunda, uyuşmazlığa taraf olan devletin hukuku ve uluslararası hukukun uygulanabilir nitelikteki kuralları uygulanacaktır.

3.4.2.5 Hakem Kararları ve İcrası

Sözleşme'nin 48. maddesi uyarınca; hakem kurulu kararlarını oy çokluğu ile verecektir. Karar yazılı olmalı ve tüm hakemler tarafından da imzalanmalıdır. 49. madde düzenlemesine göre; kararın verildiği tarihten sonraki kırkbeş gün içerisinde, hakem kurulu taraflardan birinin başvurusu üzerine, karar verilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin karar verebilir veya kararda yapılmış olan yazım, hesap ve benzeri maddi hataları düzeltebilir. Hakem kurulunun, başvuru hakkında, başvuru yapmayan tarafı da bilgilendirmesi gerekmektedir.

Kararın anlaşılması ile ilgili taraflar arasında bir uyuşmazlık olması durumunda, taraflardan birinin Genel Sekreterliğe başvurarak kararın yorumlanmasını isteyebileceği md. 50'de düzenlenmektedir.

Taraflardan biri, karar verildiği esnada bilmediği ve karara etki eden bir sebebin karar verildikten sonra ortaya çıkması durumunda, bu durumu öğrenmesinden veya bu durumun ortaya çıkmasından itibaren 90 gün içerisinde karar düzeltme talebiyle Genel Sekreterliğe başvurabilir. Ancak, bu başvuruyu yapabilmesi için, ortaya çıkan durumu kendi ihmali dışındaki sebeplerle bilmemesi şartı aranacaktır. Karar düzeltme başvurusu her durumda, karar verilmesinden itibaren en fazla 3 yıl içerisinde yapılmalıdır. (md.51)

Taraflardan biri, sözleşmenin 52. maddesinde düzenlenen;

- Heyetin usulüne uygun şekilde oluşturulmaması,
- Heyetin yetkisini açıkça aşması,
- Hakemlerden birinin rüşvet alması,
- Yargılamanın temel kurallarından sapıldığı,
- Kararın dayandığı gerekçelerin belirtilmediği,

yönündeki iptal sebeplerinden birine dayanarak, kararın geçersiz sayılmasını talep edebilir. Bu başvuru, kararın verilmesinden itibaren 120 gün içerisinde yapılmalıdır. Rüşvetin varlığı halinde ise, öğrenmeden itibaren 120 gün ve her durumda 3 yıllık zaman aşımı süreleri uygulanacaktır.

ICSID tahkimi neticesinde verilen kararlar taraflar açısından bağlayıcıdır. Sözleşmenin 54. maddesinde; üye devletler, sözleşmeye uygun olarak verilmiş karar ile bağlıdır ve kararın maddi yükümlülüklerini milli mahkemesince verilmiş bir karar gibi yerine getirecektir. Kararın icrası, icranın talep edildiği devletin hukukuna göre yapılacaktır.

4. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM

4.1 FIDIC İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan İhtilafların Tahkimle Çözümü

FIDIC şartnamesinin 1987 baskısında inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü üç aşamalı olarak düzenlenmişti. Uyuşmazlığın, 12 hafta içerisinde mühendise bildirilmesi ve karar verilmesi birinci aşamada düzenlenmekteydi. İkinci aşamada; mühendisin uyuşmazlığa ilişkin kararını kabul etmeyen tarafın, bu karardan itibaren yetmiş gün içinde uyuşmazlığın çözümü için tahkime gideceği düzenlenmekteydi. Tarafların mühendis tarafından verilen kararı kabul etmesi veya belirlenen sürede tahkime gitmemesinin neticesi olarak, mühendisin verdiği karar kesinleşmekte ve taraflar üzerinde bağlayıcı etki kazanmaktaydı. Tahkim talebinin yapılması durumunda, talepten itibaren yetmiş gün içerisinde ilk aşama olarak dostane çözüm (*amicable resolution*) yolunun işletilmesi düzenlenmişti. Son aşamada ise, dostane çözüm yolu ile uyuşmazlık çözülmemişse tahkim prosedürü işletiliyordu. Tahkim prosedürünün başlatılması, müteahhitin işi ifa etmesini durdurmak için geçerli bir sebep değildi.

1999 yılından sonra, tahkim süreci yeniden tarif edilmiş, uyuşmazlık çözüm kurulu süreci ilave edilmiş ve tahkim prosedürü öncesinde görüş bildiren mühendisin tarafsızlığı sorununun eleştiri konusu olması üzerine, mühendisin iş sahibi adına hareket ettiği düzenlenmiştir.

4.1.1 Uyuşmazlık Çözümü' ne ilişkin FIDIC Madde 20

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin süreçleri düzenleyen FIDIC madde 20'de uyuşmazlık çözümüne ilişkin dört aşama öngörülmüştür:

- a. Mühendise başvuru,
- b. Uyuşmazlık Çözüm ve Önleme Kurulu (DAAB),
- c. Dostane müzakere,
- d. Tahkim.

Mühendise başvuru dışındaki aşamalar uyuşmazlık çözümüne ilişkindir. Mühendisin rolü ise uyuşmazlık öncesinde ortaya çıkmaktadır. Mühendisin çözüm sürecinde bir rolü bulunmamaktadır.

4.1.1.1 Uyuşmazlık Çözüm ve Önleme Kurulu

1999 yılında yayınlanan FIDIC Gri Kitap md. 20.2 ve md. 5 ile, uyuşmazlık çözümünde yeni bir sistem ihdas edilmiş ve inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları giderme görevi Uyuşmazlıkları Çözüm ve Önleme Kurulu'na (DAAB) verilmiştir. DAAB, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları takip edecek, uyuşmazlık çıkmaması için çalışacak, uyuşmazlık çıkması durumunda ise, uyuşmazlığın uzlaşma yolu ile çözülmesi için taraflara yardımcı olacak, uyuşmazlığın çözülmesine yardımcı olarak bilgi ve belgeleri tespit edecek ve uyuşmazlığının çözümünde görevli hakemlerin bu bilgilere ulaşmasını kolaylaştırmak için çalışacaktır.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, sözleşmenin taraflarından ve mühendisten bağımsız bir ila üç kişiden teşekkül etmektedir. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na ödenecek ücret yüklenici ve iş sahibi tarafından paylaşılacaktır. Kurul, taraflardan birinin başvurusundan itibaren seksen dört gün içinde, gerekçeli olarak karar verir. Bağlayıcı olmayan bu karara karşı tahkim yoluna başvurma imkanı bulunmaktadır. Bu başvuruyu yapabilmenin ön şartı, kurulun kararına karşı tahkim yoluna başvuracak olan tarafın, kararın kendisine tebliğinden itibaren yirmi sekiz gün içinde karara itiraz etmesidir. İtiraz edilmediği takdirde, karar kesinleşir ve tahkime başvuru imkanı ortadan kalkar.

Uyuşmazlık çözüm kurulları (dispute boards) çeşitli şekillerde oluşturulmaktadır¹⁹²:

- Tavsiyede (*recommendation*) bulunan uyuşmazlık çözüm kurulları,
- Karar verici uyuşmazlık çözüm kurulları (*decision maker dispute boards*),
- Daimî uyuşmazlık çözüm kurulları (*standing dispute adjudication boards*),
- *ad hoc* uyuşmazlık çözüm kurulları (*ad hoc dispute adjudication boards*),

¹⁹² Atamer/Süzel/Geisinger, s. 67.

- Hem tavsiyede bulunan hem de karar verici, karma uyuşmazlık kurulları (*combined dispute boards*).

FIDIC 2017 güncellemesinde, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, Uyuşmazlık Çözüm ve Önleme Kurulu olarak revize edilmiş ve sözleşmenin yürürlükte olduğu süre boyunca, kurulun uyuşmazlığın önlenmesine dair çalışması esasları getirilmiştir.

4.1.1.2 Yüklenicinin Talepleri

FIDIC sözleşmesinde yer alan herhangi bir düzenleme uyarınca yüklenici, süre ücret veya sözleşmeyle ilişkili sair bir talepte (claim) bulunacaksa, talebini en geç talebe konu olayın gerçekleştiğini öğrendiği veya bunu bilmesi gerektiği tarihten itibaren yirmi sekiz gün içinde mühendise bildirecektir. Mühendis, bu talebi reddedebilir. Mühendis, iş sahibinin ifa yardımcısı olduğu için, mühendisin kararı iş sahibinin kararı sayılmaktadır. Mühendisin ret kararına, yüklenici itiraz edebilir. Yüklenicinin itirazı üzerine talep (claim), uyuşmazlığa (dispute) dönüşmektedir¹⁹³.

4.1.1.3 DAAB'ın Atanması

İnşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın ortaya çıkması üzerine taraflardan biri uyuşmazlığın çözümü için DAAB'a başvurabilir. DAAB, bir veya üç kişiden oluşmaktadır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise DAAB, üç üyeden oluşacaktır. Bu durumda, taraflar birer üye seçerler ve seçilen üyelerin de görüşü alınarak DAAB'a başkanlık edecek üçüncü üye yine taraflarca seçilir. DAAB'ın taraflarca atanamaması durumunda, sözleşmede belirlenen kurum ya da kişi atamayı yapar.

4.1.1.4 DAAB Kararı

Sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için taraflardan herhangi biri yazılı olarak DAAB'a başvurabilir. Başvurunun, başkan tarafından alındığı an, başvurunun yapıldığı andır. Mühendise ve karşı tarafa gönderilecek birer suret de başvuruya eklenir. DAAB'ın 84 gün içinde veya DAAB tarafından talep edilip taraflarca onaylanan süre dahilinde kararını vermesi gerekir. DAAB kararı gerekçeli

¹⁹³ Kondev, s. 258.

olmalıdır. DAAB kararları, dostane çözüm yolu veya tahkimde aksine bir sonuç olmadığı takdirde bağlayıcıdır. Taraflarca kabul edilen DAAB kararı bağlayıcı (*binding*) ve de nihai (*final*) hale gelir¹⁹⁴.

4.1.1.5 Dostane Çözüm

Sözleşmenin taraflarından biri, DAAB kararına karşı 28 gün içinde memnuniyetsizlik bildiriminde (*dissatisfaction notification*) bulunduğu yani karara itiraz ettiği takdirde veya DAAB'ın 84 gün içinde kararını verememesi durumunda, taraflar dostane çözüm yoluna başvuracaklardır. Dostane müzakereler yoluyla 56 gün içerisinde uyuşmazlık çözümlmelidir. Dostane çözüm için yürütülen müzakere görüşmelerinden sonuç alınamaması durumunda nihai aşama olan tahkim yoluna başvurulacaktır. DAAB kararının bağlayıcı ve kesin hale gelmediği her uyuşmazlık, milletlerarası tahkim yoluyla kesin olarak karara bağlanır.

4.1.2 Tahkim Öncesi Aşamaların Tüketilmesi Zorunluluğunun İstisnaları

Tahkime başvurabilmek için, FIDIC Gri Kitap 20. maddesinde yer alan aşamaların tüketilmesinin zorunlu olup olmadığı; bu aşamalar tüketilmeden tahkime başvurma imkanının olup olmadığı tartışmalıdır. Tarafların, inşaat sözleşmesine ilişkin bir memnuniyetsizliğini mühendise bildirmesi ve mühendisin ret kararı üzerine, uyuşmazlığın DAAB'a götürülmesi, DAAB kararına karşı taraflardan birinin memnuniyetsizlik bildiriminde bulunması üzerine dostane çözüm yoluna başvurulması şeklindeki aşamaları, doktrinde hakim olan görüş¹⁹⁵, FIDIC tahkiminin başlatılabilmesinin ön şartları olarak kabul etmektedir.

Özetle; “mühendise talebin iletilmesi”, “DAAB” ve “dostane çözüm yolu” şeklinde düzenlenen üç aşama, FIDIC tahkiminden önce tüketilmesi gereken zorunlu yollardır. Bu yollar tüketilmeden tahkime gidilmesi hâlinde, hakem heyetinin, işin

¹⁹⁴Robinson, Michael D., *An Employer's and Engineer's Guide to the FIDIC Conditions of Contract*, Wiley Blackwell Publishing 2013, s. 70.

¹⁹⁵ Hök, Götz-Sebastian, *Dispute Adjudication in Civil Law Countries—Phantom or Effective Dispute Resolution Method?*, (2011) *ICLR*, s. 423-424, 426, Dyalá Jiménez Figueres, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration, 11(2003)1 *ICC Bull.*, s. 71.

esasına girmeden davayı reddetmesi gerekir. Hakem heyetinin yetkisiz olarak yargılamaya devam etmesi durumunda, verilen karar iptal edilebilir veya tenfiz edilmeyebilir¹⁹⁶.

DAAB kararının taraflara tebliğ edilmesinden itibaren 28 gün içinde karara itiraz edilmemiş ise DAAB kararı kesin ve bağlayıcı hale gelir. Taraflardan biri, kesinleşen DAAB kararına uymazsa, karşı taraf, DAAB kararına uyulmamasını tahkime götürebilir. Bu durumda 20.4 uyarınca DAAB kararı alınmasına gerek olmaksızın ve 20.5. paragrafta öngörülen dostane çözüm yoluna başvurulmadan doğrudan tahkime gidilebilir.

FIDIC sözleşmelerinin 20. maddesinin 8. paragrafına göre; DAAB'ın atanamaması veya başka bir sebeple DAAB'ın mevcut olmadığı durumlarda, ortaya çıkan uyuşmazlıklar, 20.4. paragrafta öngörülen DAAB'a ve 20.5. paragrafta öngörülen dostane çözüm yollarına başvurulmaksızın, 20.6. paragrafa dayanılarak doğrudan tahkime götürülebilir.

Önceki aşamalar tüketilmeden tahkime doğrudan başvurulması için DAAB'ın öngörülmesi, ancak DAAB'ın artık mevcut olmaması gerekir. 8. paragrafta DAAB'ın varlığının sona ermesi veya DAAB'ın başka bir şekilde sona ermesinden söz edilmiştir. Bu paragraf uyarınca DAAB'ın atanması; ancak uyuşmazlığın, DAAB'ın varlığının sona ermesi veya DAAB'ın farklı bir şekilde neticelenmesinden sonra ortaya çıkması gerekir.

4.2 Uygulamada Yaşanan Başlıca Uyuşmazlıklar

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, uyuşmazlıkların türü ve tarafları yapılan işin niteliğine paralel olarak değişmektedir. Genel olarak rastlanılan uyuşmazlıklar;

- Yüklenicinin hak edişlerinin zamanında ödenmemesi veya ödenmesi gereken tutardan az ödenmesi,
- Geçici veya kesin kabul işlemlerinin zamanında yapılmaması, sürüncemede bırakılması,

¹⁹⁶ Seppälä, *The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works*, s. 6-7.

- İnşaat sahasının yükleniciye zamanında veya hiç teslim edilmemesi, bunun karşılığında süre uzatımı verilmemesi veya gerektiği gibi verilmemesi veya süre uzatım verildiği halde gecikmeden kaynaklanan tazminatın ödenmemesi

konularına ilişkindir.

4.2.1 Uyuşmazlığa İlişkin Taraf İşlemleri

Sözleşmenin gerektiği gibi ifa edilmemesinden doğan uyuşmazlıklarda; öncelikle karşı tarafa, sözleşmenin ihlal edildiği yazılı olarak bildirilerek, kendisinden bu ihlale son verilmesi istenmelidir. Sözleşmede bu tür ihlaller için bir düzeltme süresi (*cure period*) öngörülmüşse, bu süre zarfında düzeltme talep edilmeli, aksi takdirde temerrüde düşeceği karşı tarafa ihtar edilmelidir. Sözleşmede düzeltme süresinin düzenlenmediği durumlarda, ihlalin sonlandırılması için makul bir süre verilip bu süre içinde ihlalin giderilmesini istemek gerekecektir.

İnşaat sözleşmelerinde tahkim veya mahkemeye başvurmadan ve dava başlamadan önce yerine getirilmesi gereken talep prosedürü ayrıntılı bir şekilde düzenlenmekte bu aşamalara ilişkin çeşitli belge ve kararlar bulunmaktadır¹⁹⁷.

Yüklenicinin ek süre veya ek ücret için yapacağı talebin belirli bir süre içerisinde olması gerektiği ve bu sürenin bazı standart sözleşmelerde hak düşürücü süre olarak düzenlendiği görülmektedir. Yüklenici, bildirimden sonra talebi ile ilgili detaylı bilgi ve belge sunmalıdır. Yüklenici, talebini desteklemek için danışmanlardan destek alarak bir rapor hazırlatabilir. Bu rapor, bağımsız uzman görüşünden farklıdır ve talebin gerekçelendirilmesi amacını taşır. FIDIC sözleşmelerinde, mühendis talep hakkında, içerisinde teknik görüşler ve değerlendirmeler barındıran bir karar verecektir. Mühendisin kararına katılmayan tarafın konuyu uyuşmazlığa götürmesi mümkündür. Bu sebeple, mühendisin kararı da uyuşmazlığı çözümleyecek merci tarafından bilirkişi raporu kapsamında değerlendirilmeyecektir.

¹⁹⁷ Atamer/Süzel/Geisinger, s. 67.

4.3 İnşaat Tahkiminde Bilirkişi

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuki sorunların yanında kalite, gecikme, iş miktarı, projeler ve inşaat tekniğine ilişkin birçok konunun da taraflar arasındaki çekişmenin kök nedeni olması sebebiyle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda hakemler teknik konularda bilirkişiye ihtiyaç duyabilirler.

Hakemler, bilirkişileri kendilerinin belirlediği durumlarda, dilekçe ve delillerinin dosyaya sunulmasından sonra atamayı tercih edeceklerdir. Bu sayede, bilirkişiler tarafların beyanlarını ve delilleri değerlendirerek raporlarını hazırlayabileceklerdir¹⁹⁸. Bilirkişinin hakemler tarafından atanmadığı hallerde, uzman raporunun ne zaman verileceği tarafların görüşü alınarak hakemler tarafından belirlenecektir. Milletlerarası tahkim uygulamasında kullanılan en yaygın yöntem, bilirkişi raporunun dava dilekçesi ile verilmesidir. Bu sayede, davacı dava dilekçesinden itibaren uzman raporu ile uyumlu dilekçe sunma imkânına sahip olacak, davalı da cevap dilekçesinde diğer delilleri ile birlikte tanık ve uzman raporunu sunabilecektir. Uygulamada taraflar, replik ve düplik dilekçeleri ile birlikte de ek uzman raporu sunmaktadır¹⁹⁹.

4.4 Tahkim Uygulamasında Zararın Hesaplanması

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, zarar miktarının hesaplanması oldukça güç bir konudur. Mühendisler ve avukatlar, hukuki sorunun çözümünde gecikmeden kimin sorumlu olduğu, açık talimatların iş değişikliği sayılıp sayılmayacağı, yapılan işlerin ayıplı olup olmadığı gibi konulara odaklanmaktadırlar. Hakemlerin dahi, zararın hesaplanması konusunda bir tedirginlik yaşadığı ve bu konuda karar vermenin zorluğu ifade edilmektedir²⁰⁰. 2012 yılında *Edna Sussman* tarafından yapılan bir araştırmada taraflara sorumluluğun tespit edilmesinin mi yoksa tazminat tutarının hesaplanmasının mı daha zor olduğu sorulmuş;

¹⁹⁸ Atamer/Süzel/Geisinger, 54.

¹⁹⁹ Atamer/Süzel/Geisinger, s. 54.

²⁰⁰ Jarroson, Charles, L'evaluaion de prejudice par l'arbitre", *Revue de l'arbitrage*, 2015, sayı:2, s.347-360, s.347-348.

katılımcıların % 18.7'sinden "sorumluluk", % 43.7'sinden "tazminat miktarı" ve % 37.6'sından ise "her ikisi" cevabı alınmıştır²⁰¹.

4.4.1 Zararın İspatı Hususunda Yüklenicilerin Karşılaştıkları Zorluklar

İnşaat sektöründe sıklıkla kullanılan standart sözleşme hükümlerinin amacı, taraflara hak ve yükümlülükleri hakkında yol göstermektir. Örneğin, FIDIC standart sözleşmelerinde bulunan konulara ilişkin bazı maddeler bu durumun bir göstergesidir:

- İş sahibinin ekipmanının ve bedelsiz sunduğu malzemesinin kullanımı karşılığında yüklenicinin iş sahibine ödeyeceği bedel²⁰²,
- İş sahibinin şantiye dışından sağladığı doğal malzemeler ve yıkım ya da hafriyatın kaldırılması için yüklenicinin iş sahibine ödeyeceği ücretler²⁰³,
- Şantiyeye teslim edilemeyen tesisat ve ekipman için iş sahibinin yükleniciye yapacağı ödemeler²⁰⁴,
- Sözleşmede planlanan tutarın üzerinde gerçekleşen yeni tarife ve fiyatlar²⁰⁵,
- İş değişikliği durumunda, yapılmayan getirilemeyen işlerden kaynaklanan ödemeler²⁰⁶,
- Kesin olmayan yaklaşık maliyetler²⁰⁷,
- Maliyet değişikliği sebebiyle yapılan uyarlamalar²⁰⁸,
- Yükleniciden kaynaklanan bir sebeple iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, yüklenici tarafından iş sahibine yapılacak ödemeler²⁰⁹,
- İş sahibinden kaynaklanan bir sebeple yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, iş sahibi tarafından yükleniciye yapılacak ödemeler²¹⁰,

²⁰¹Sussman, Edna, Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them, **American Review of International Arbitration**, C. 24 (2013), Sayı: 3, s. 487-514, s. 496.

²⁰² FIDIC Sarı Kitap, madde. 4.20.

²⁰³ FIDIC Sarı Kitap madde. 7.8

²⁰⁴ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 8.10; FIDIC Sarı Kitap, madde. 8.10.

²⁰⁵ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 12.3 (a).

²⁰⁶ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 12.4.

²⁰⁷ FIDIC Kırmızı Kitap. 13.5; FIDIC Sarı Kitap, madde. 13.5.

²⁰⁸ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 13.8; FIDIC Sarı Kitap, madde. 13.8.

²⁰⁹ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 15.4; FIDIC Sarı Kitap, madde. 15.4.

²¹⁰ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 16.4 (ve madde. 19.6); Sarı Kitap, madde. 16.4 (ve madde. 19.6).

- İş sahibi tarafından sözleşmenin sebepsiz sona erdirilmesi sonucunda, yükleniciye yapılacak ödemeler²¹¹.

Sorumluluklara ilişkin bu düzenlemeler vakıa bazında benzerlik göstermekte ve çözümlere ilişkin uygulama da gelişmektedir. Zararın tespiti ise, daha fazla uğraş gerektiren ve sonuca ulaştırılması daha güç bir konudur. Bunun başlıca sebepleri;

- Delillerin fazlalığı,
- İnşaat tahkiminde taleplerin genellikle yığılımlı olması,
- Taleplerin, kendine has ve teknik özelliklerinden ötürü hesaplanmalarındaki güçlüğü.

4.4.1.1 Delillerin Fazlalığı

İnşaat tahkimi çok sayıda teknik doküman, sözleşme ve ekleri, görüşme ve toplantı tutanağı, yazışmalar, test sonucu, çizim ve hesaplama içerdiğinden, zararın hesaplanmasına ilişkin delillerin miktarı özellikle fiili zararlara ilişkin talepler korkutucu boyutlara ulaşabilmektedir. Mahrum kalınan kâr, kaçırılan fırsat gibi taleplerde ise bu zorlukla daha az karşılaşılır. Söz gelimi, inşaat süresinin uzaması sonucu yapılacak talepler, gecikme sebebiyle meydana gelen, aşağıdaki ilave maliyetlerin karşılanmasını hedeflerler:

- Ekipmanların kira, bakım ve işletim masrafları,
- İş gücü masrafları (proje yönetimi, teknik, işçiler),
- Şantiyede binalarının kirası, elektrik, su, güvenlik vb. masrafları,
- Sigorta primleri,
- Banka teminatlarının finansman maliyetleri,
- Şirket merkezinin projeye ilintili genel yönetim giderleri.

Bu konudaki delillerin uygulamada on binlerce sayfadan oluştuğu görülmektedir. Bu büyüklük, değerlendirmeyi güçleştirmekte ve hata riskini de artırmaktadır.

²¹¹ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 19.6; FIDIC Sarı Kitap, madde. 19.6.

4.4.1.2 Taleplerin Fazlalığı

İnşaat tahkiminde genellikle, bir davada birden fazla bağımsız talep söz konusu olur ve bu uyuşmazlıkların her birinin çözümü adeta bir tahkim yargılamasıdır. Örneğin, aynı davada iş değişikliklerinden, işin aksamasından, ücreti ödenmemiş işlerden kaynaklanan taleplerle sıkça karşılaşilmektedir. Çok sayıda talebin olması iş yükünü artırmaktadır. Taleplerin fazlalığı, taleplerin yönetilmesini zorlaştırdığı gibi taleplerin çakışması riski de mevcut olacaktır.

İş değişikliği sebebiyle ortaya çıkan masraflar, performans kaybı ve işlerin tekrar planlanmasının yaratacağı ilave masraflardır. Hakemlerin, talepleri kontrol ederek aynı konudan kaynaklanan mükerrer tazminat taleplerinin olmadığından emin olması gerekir.

4.4.1.3 İspat Zorluğu

Zararın tespit edilerek zarar miktarlarının hesaplanmasına ilişkin yöntemlerin gelişme göstermesi neticesinde, tahkimdeki ispat standardı, ceza hukukuna yaklaşmakta ve yargıyı ikna etmeye yeter derecede standardından şüpheye yer bırakmayacak ölçüye yaklaşma eğilimi göstermektedir²¹². Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, ispat standardı, esasa uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Birçok hukuk sisteminde, zarar miktarının kesin olarak kanıtlanmasının mümkün olmadığı hâllerde, hâkimlerin ve hakemlerin tazminat hakkında karar verirken takdir yetkisine sahip oldukları görülmektedir²¹³. Türk Hukuku'nda da TBK md. 50/2'nin, "Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler." düzenlemesi tahtında, "olasılıklar dengesi ışığında" hâkimin ispat standardına ilişkin takdir hakkı bulunmaktadır.

²¹² Cushman/Carter/Gorman/Coppi, **Proving and Pricing Construction Claims**, 3. Bası, Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, New York 2001, s. 55 vd.

²¹³ Bkz. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42(2) maddesi; Türk Borçlar Kanunu'nun 50/2. maddesi; İtalyan Medeni Kanunu'nun 1226. maddesi.

Tahkime konu talep miktarlarının oldukça yüksek tutarlar olması sebebiyle, verilecek kararın şüpheden uzak olmasını hedefleyen bu yaklaşımın bu yönüyle makul kabul edilebileceği açıktır. Ancak, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklardaki ispat standardından tamamen uzaklaşılması da işin ruhuna aykırı olacaktır.

Tazminatın amacı, sözleşmede taahhüt edilen edimin gerektiği gibi ifa edilmesi durumunda ihlale uğrayan tarafın içinde bulunacağı ekonomik durum ile, edimin gerektiği gibi ifa edilmemesi sebebi ile ortaya çıkan ekonomik durum arasındaki farkın dengelenmesidir. İhlal ortaya çıktıktan sonra, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi halindeki durumu ortaya koymak, varsayımsal bir yaklaşımı gerektirmektedir. Örneğin, ihlale uğrayan tarafın ihlal sebebiyle bir masrafa katlandığı bir durumda, masraf miktarını ispatlamak kolay olmakla birlikte, masrafın makul ölçüler içerisinde olduğunu ve yapılan ihlalin etkilerini bertaraf edecek nitelikte olduğunu ispatlamak güç olacaktır.

Somut delillerle ispatlanmayan bir talebin kabul edilmesi mümkün değildir, ancak her talebin kesin şekilde ispatlanmasını beklemek de de gerçekçi değildir. Bu sebeple, hukuk sistemlerince genel olarak benimsenen yöntem²¹⁴; zararın kesin olarak belirlenemediği durumlarda zararın mevcudiyeti ve yaklaşık tutarı tespit edilebildiğinde, hakemlerin karar verme konusunda takdir yetkisini kullanmalarıdır. Takdir yetkisi kullanılarak karar verilen alanlarda da kesin delille ispat aranmayacaktır.

Öte yandan, takdir yetkisinin varlığını kabul etme ihtiyacının yanında, zarar miktarını kesin delillerle ispatlama imkanı varken, bu metodun kullanılmadan, bir tutara hükmedilmesi de amacını aşan bir yorum olacaktır. Bu dengeyi belirlerken ve uygularken özenli davranmak gerekecektir.

Uygulamada, yapıları itibarı ile, zarar miktarının hesaplanması zor olan bazı durumlar aşağıda sayılmıştır.

²¹⁴ Bkz. TBK md. 50/2: “Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”.

4.4.1.3.1 Hızlandırma Talepleri

- İşin, sözleşmede belirlenen teslim tarihinden önce bitirilmesi konusunda yükleniciye talimat verilmesi,
- Süre uzatımının iş sahibi tarafından, tamamen veya kısmen kabul edilmemesi gibi durumlar ortaya çıktığında, süre uzatımına neden olacak olayın yüklenicinin eyleminden kaynaklanmamış olması halinde²¹⁵, yüklenicinin işi zamanında bitirebilmesi için ek maliyetlerin kendisine ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ek maliyetler, sağlanacak işin zamanında bitirilebilmesi için sağlanacak ilave iş gücü ve teçhizatın temininde kullanılacaktır²¹⁶.

Yüklenici kendi inisiyatifi ile, işi sözleşmede düzenlenen bitirme süresinden önce bitirirse ilave maliyetleri talep etmesi mümkün değildir. İşin zamanında bitirilmesi için gerekli özen ve çabanın gösterilmesi yüklenicinin sorumluluğundadır.

İşin hızlandırılmasının talep edildiği durumlarda dahi, ilave maliyetin hesaplanması konusunda belirsiz noktalar bulunmaktadır. Zira, projenin başında yapılan zaman planlamasının, ne kadar gerçekçi olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bunun yanında, işi hızlandırmak için talep edilen ilave maliyetlerin, talep edilen sonuç ile ne derece ilişkili olduğunun tespiti de diğer bir konudur. Öte yandan, işin kararlaştırılan sürede bitirilmesi için, yüklenicinin gerekli özeni ve çabayı gösterip göstermediği, yapılan ilave maliyet sebebi ile beklenmeyen bir kar elde edip etmediği, yapılan harcamaların sektör standartları kapsamında makul olup olmadığı konuları da çözümlenmesi gereken sorunlar olarak ortaya çıkabilmektedir.

4.4.1.3.2 İşin Aksamasından Doğan Talepler

“İşin aksaması”, yüklenicinin işin başında planladığı faaliyet ve iş planına müdahale edilmesi neticesinde ortaya çıkan verim kaybı ve maliyet artışını

²¹⁵ Köksal/Güneri, s.152.

²¹⁶ Cushman/Carter/Gorman/Coppi, s. 97 vd.; **Society of Construction Law (SCL) Delay and Disruption Protocol**, Ekim 2002, Bölüm 1.18.

anlatmaktadır. İşin aksaması, her durumda, yapılan müdahalelerin bir sonucu olmayabilir. Aşağıda sayılan sebepler, genellikle işin aksamasına neden olurlar:

- İş sahibinin geç kabulleri veya geciktirici talimatları,
- Uygunsuz süreç adımlarında verilen değişiklik talimatları,
- İş planında olmayan bir işin yapılması veya farklı yüklenicilerinin farklı süreçleri yürüttüğü işlerde, diğer bir yüklenicinin işinin gecikmesinin yarattığı zincirleme etki,
- Şantiyenin malzeme lojistiği açısından uygun olmaması,
- Ekipman ve malzemenin teslimatı için uygunsuz olması.

Yüklenici, iş sahibinin eylemlerinin sonucu olarak ortaya çıkan veya iş sahibinin sözleşmede tanımlanmış etki alanında ortaya çıkan gecikmeler sebebi ile oluşacak ek maliyetleri iş sahibinden talep edebilir²¹⁷.

İşin aksamasından kaynaklı taleplerin karşılanmasında çözümlenmesi gereken sorunlar, işin başında, iş gücü, çalışanların yetkinlikleri, kullanılacak malzemenin nitelik ve nicelik olarak uygun olması ve yüklenicinin, gerekli teçhizatı sevk ve idare etmesi için ihtiyaç duyduğu uygun lojistik altyapıya sahip olup olmadığıdır. Öte yandan, ihalenin başında, maliyetlerin doğru hesaplanıp hesaplanmadığı da tespit edilmelidir. Zira, işin planlama aşamasında, kaynak hesabının gerçeğe uygun yapılması ve operasyonun da makul verim ile yönetilmesi yüklenicinin sorumluluk alanındadır. Kendi sorumluluk alanında kalan süreçlerin aksaması sebebiyle, iş sahibinin tazminat ödemek zorunda kalması adil değildir.

Sorumluluğun belirlenmesinde, görev alacak hesap uzmanlarının, yüklenici tarafından kurulan, kullanılan kaynakla ortaya çıkan sonuç arasındaki nedensellik bağının isabetli olup olmadığını denetlemesi gerekmektedir. Öyle bir kurgunun yapıldığı durumlarda dahi her bir süreçte sonuca etki eden çok sayıda girdi bulunması

²¹⁷ Cushman/Carter/Gorman/Coppi, s. 67.

sebebiyle, nedensellik bağının şüpheyeye yer bırakmayacak bir şekilde ortaya koyulması mümkün olmayacaktır.

Zararın hesaplanması konusunda ise, hakem kurulları genellikle, “*measured mile*” metodu olarak ifade edilen yöntemi benimsemektedir. *Measured mile* yöntemi, aksaklıktan etkilenmemiş benzer bir süreçle aksaklığa uğramış bir sürecin analiz edilerek, iki durum arasındaki verimliliğin karşılaştırılması ile, planlamadaki başarısızlık ve verimsizliğin hesaba etkisinin bertaraf edilmesidir.

Kanaatimizce, bu yöntemin kullanılması, planlanan ile gerçekleşenin karşılaştırılması ve ilave maliyetlerin tespit edilmesi yöntemine göre daha gelişmiş ve isabetli bir yöntemdir.

Ancak gerek davaları hazırlayan avukatların gerekse karar üreten hakemlerin, mutlak bir hesap ortaya koyulmasının çok da mümkün olmadığı, varılacak sonucun akıl yürütme metodunun en iyi şekilde kullanılmasına dayandırılmasının makul olacağını kabul etmeleri isabetli olacaktır.

4.4.1.3.3 Kâr Kaybına Yönelik Talepler

FIDIC standart sözleşmelerinde, iş sahibinin kusuruna dayanarak sözleşmenin yüklenici tarafından sona erdirmesi durumunda, yüklenicinin tazminata hak kazanacağı düzenlenmektedir²¹⁸.

Yüklenicinin kar oranının yüzde olarak belirlendiği sözleşmelerde, kar kaybına ilişkin tazminatı hesaplamak daha kolay olacaktır. Bu durumda, zarar miktarının ispatlanması gerekmez de bir zararın varlığını ispatlamak gerekecektir. Bu hususu ispatlarken yüklenicinin tüm maliyet fiyat hesaplarını ortaya koyması ve yaptığı fiyatlamanın makul olduğunu ispatlaması gerekecektir.

²¹⁸ FIDIC Kırmızı Kitap, madde. 16.4(c); FIDIC Sarı Kitap, madde 16.4(c).

4.4.1.3.4 Yüklenicinin Merkezi Genel Giderlere İlişkin Talepleri

İnşaat uyuşmazlıklarında, yüklenicinin genel yönetim giderlerinin talep konusu olup olamayacağı ve isabetli bir şekilde hesaplanıp hesaplanamayacakları tartışmalıdır²¹⁹. Yüklenicinin genel yönetim giderlerinin genel yönetim giderlerinin gerçekten uyuşmazlık konusu projeye tahsis edilmiş olup olmadığının belirlenemeyeceği en çok eleştirilen husustur. Bu konuda getirilen diğer bir eleştiri, belirlenmesi için bilirkişi incelemesine tabi tutulacak muhasebe kayıtlarının gerektiği gibi tutulup tutulmadığının belirlenemeyeceği ve yüklenicinin merkezinin bulunduğu yer vergi mevzuatının, yönetim giderlerinin muhasebeleştirilmesine etki edebileceğidir.

Kanaatimizce, özellikle uluslararası uyuşmazlıklara konu olan projeleri yürüten yükleniciler, sadece şantiye yapılanmasından oluşmamakta, şirket merkezinde, aynı anda birçok projeyi koordine edecek, kaynaklar arası eş güdüm sağlayacak, lojistik derinliği, iş güvenliğini, kaliteyi yönetecek ekipler çalıştırmaktadırlar. Bu çalışanların ücret ve sosyal giderleri ile, proje için harcanan reklam ve pazarlama giderleri, mali ve hukuki danışmanlık gibi giderler de şantiye bazında tutulabildiği gibi, merkezi yönetim esasına göre de yönetilebilmektedir. Merkezi olarak yönetilen tüm giderlerin, bütçe yaklaşımı ile projeler arasında dağıtıldığı bir gerçektir. Ayrıca, yüklenicinin proje süresi uzadığında, kâr sabit kalırken, merkezi genel giderlerin projeye yükü artacaktır. Bu nedenle; aradaki farkın tazmin edilmesine yönelik olarak, yüklenicinin proje ile irtibatlandırabildiği merkezi genel giderleri talep edebilmesi gerekmektedir.

ABD mahkemeleri bu zararın kesin bir şekilde ispat edilemeyeceğini düşünmektedir²²⁰. Bu nedenle, mahkemelerin ve hakemlerin talepleri makul şekilde değerlendirebilmeleri için bazı formüller geliştirilmiştir.

²¹⁹ Atamer, Yeşim/ Baş Süzel, Ece/ Geisinger, Elliott, s.140.

²²⁰ Schwartzkopf, William / McNamara, John J., **Calculating Construction Damages**, 2nd edition, Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, New York 2001 ve 2016-1 **Cumulative Supplement**, s. 131.

Bu kapsamdaki ilk formül, “Hudson formülü” olarak isimlendirilen hesaplamadır. Bu formüle göre:

$$\frac{\text{Merkezi Genel Giderler + Kâr}}{100} \times \frac{\text{Sözleşme Bedeli}}{\text{Toplam Gün}^{221}} \times \text{Gecikilen Günlerin Sayısı}$$

Merkezi genel giderler ve kâr, ihale teklifinde yazılı oranlara dayanarak tespit edilir.

Bu konudaki diğer bir formül olan “Emden formülü”, benzer hesap yöntemini kullanır²²². Aralarındaki fark ise şudur; bu formülde ana merkezi genel giderler ve kâr, teklifteki oranlarla değil, ticari defterlere dayanarak, oluşan gerçek değerlerle belirlenir²²³.

Bu amaçla oluşan algoritmaların tamamının, varsayımsal içeriklere sahip olduğu değerlendirilerek, ortaya çıkan somut olayın kendine özgü şartları çerçevesinde bir hesap yöntemini benimsemek isabetli olacaktır.

4.5 Uyuşmazlıkların Önlenmesine İlişkin Yaklaşımlar

4.5.1 Adil Risk Yönetimi

İnşaat sözleşmelerinde, özellikle zorluk seviyesi yüksek projelerde, uyuşmazlıklar genellikle, projenin başından sonuna kadar takip edilecek süreçlerinin kusursuz bir şekilde analiz edilip, süreçlere bağlanabilecek risklerin tespit edilememesi veya tespit edilen risklere ilişkin riski alan tarafın riske karşı dayanıklılığının değerlendirilmemesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Adil risk dağılımına sahip bir sözleşme; inşaat sözleşmelerinin kurulması aşamasında, ortaya

²²¹ Sözleşmede düzenlenen işin başlangıcıyla bitmesi gereken tarih arasındaki gün sayısı.

²²² Bu konuda kullanılan diğer hesaplama yöntemleri olan, Eichlay formülü, Carteret Yöntemi, Allegheny Yöntemi gibi formüller için bkz. Atamer, Yeşim/ Baş Süzel, Ece/ Geisinger, Elliott, s.140

²²³ Schwartzkopf/McNamara, s. 150.

çıkabilecek risklerin belirlenerek, riski en iyi şekilde yönetebilecek ve minimize edebilecek yetkinliğe sahip tarafa yükleyen sözleşmedir²²⁴.

4.5.2 Muhtemel Uyuşmazlıkların Etkin Yönetimi

2017 değişiklikleri ile DAAB, sözleşmenin başından sonuna kadar faaliyet gösteren ve uyuşmazlığın ortaya çıkmaması için çalışan bir danışma organı olarak da rol alabilme kabiliyetine kavuşmuştur. Uygulamada; uyuşmazlıkların kök sebeplerinin, planla gerçekleşen arasındaki uyumsuzluk olduğu ve tarafların genellikle süreçlerdeki aksaklıklar neticesinde uyuşmazlık yaşadıkları görülmektedir. Bu nedenle, planlamanın, tüm süreçlere vakıf ve alanında ehil uzman işi veya kurumlarca tasarlanması, risklerin doğru şekilde analiz edilmesi ve iş başladıktan sonra da plana uygunluk açısından denetlenmesinin, uyuşmazlıkları azaltacağı ve dolayısı ile iş verimini yükselteceği düşünülmektedir.

²²⁴ Atamer, Yeşim/ Baş Süzel, Ece/ Geisinger, Elliott, s.140.

SONUÇ

İnşaat yapımı, sadece ülkemizde değil, tüm dünyada lokomotif sektörlerden biri olmaya devam etmektedir. Dünya nüfusunun organik büyüme eğilimi devam ettiği sürece de barınma ve üretim ihtiyaçlarının karşılanmasına paralel olarak, bu durumun devam edeceği öngörülmektedir. Bu gelişmeye paralel olarak, yüksek ekonomik değer taşıyan her sektörde olduğu gibi, araştırma geliştirme yatırımlarının neticesinde, operasyonun da sürekli devinim ve gelişim içerisinde olduğu da bir gerçektir. Her geçen on yılda, bir öncekine göre çok daha sağlam, büyük ve teknolojik yapıların, çok daha az zaman ve para ile yapılabildiği kolayca gözlemlenmektedir. İnşaat sektörünün yarattığı büyük ekonominin cazibesi, sektörün oyuncuları arasında, gelişime ayak uydurabilme ve pastadan daha büyük pay alabilme konusunda çetin bir yarış yaratmaktadır.

Günümüzde, hukukun ekonomi ile paralel hareket ettiği, pozitif hukukun ekonomik gelişmeleri düzenleme amacıyla geliştiği bir gerçektir. İnşaat sektörünün büyük oyuncuları, sadece makine parklarını, iş yapış şekil ve süreçlerini çağa uydurmakla kalmayıp, hukuk düzleminde de yarışmacı bir kadro ile çalışmak zorundadırlar. Zira, gelişime olanak veren büyük projeleri finanse eden uluslararası yapılar ve özellikle yatırım fonları, paralarını ve zamanlarını harcayacakları projelerin hukuki anlamda da güven vadetmelerini beklemekte ve aramaktadırlar. Projelerin uygulanması sırasında çıkan uyuşmazlıkların, hızlı ve öngörülebilir şekilde çözümlenmesi de hukuki güvenliğin önemli bir unsuru olarak değerlendirilmektedir.

İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi usulü, özellikle yatırımcı yapıların, hukuk güvenliği ihtiyacının bir uzantısı olarak hızla gelişmektedir. Bir ülkede yatırım yapılabilme kabiliyeti değerlendirilirken, ülkenin taraf olduğu BIT (*bilateral investment treaty*) üzerinden değerlendirme yapılmaktadır.

Bu sebeple gerek ülkemizdeki yabancı yatırımların artması gerekse firmalarımızın uluslararası projelerde yer alabilmeleri açısından, hukukçulara düşen ödev, tahkim usulünün yaygınlaştırılması, uluslararası tahkimde kullanılan usul ve esasa ilişkin kaynakların benimsenmesi ve geliştirilmesi için çalışılması olmalıdır.

Bu çalışmada, uluslararası bir inşaat sözleşmesinde uyuşmazlık yaşanması durumunda, yapılacak çözümlemeye ilişkin anahtar kavramlar üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bütünsel bir yaklaşımla, konunun hangi metotla ele alınacağına ilişkin bir rehber olması hedeflenmiştir. Oysa ki, özellikle sabit ve somut bir mevzuattan beslenmeyen ve içtihadî olarak gelişen bu içerikte, konunun derinlemesine anlaşılması ve ileri derecede rehber bir çalışma olması için, daha fazla somut olay çözümlemesi yapılması gerektiği açıktır. Ancak, somut olay çözümlemelerinde değinilecek kavramların her biri bir tez konusu oluşturacak kadar derin ve tartışmalıdır. Bu sebeple de vakıa analizi kapsamında sınırlı içerikle yetinilmesi tercih edilmiştir.

Çalışmanın hazırlanması sırasında, uyuşmazlıkların etkin çözümü kadar uyuşmazlıkların önlenmesi konusunun da önem kazanmakta olduğu anlaşılmıştır. Bu alanda çalışma yapan hukukçuların uyuşmazlık önleme yöntemlerinin geliştirilmesi ve sistematik bir şekilde ele alınması konusuna ağırlık vermesi gerektiği, uygulamada yaşanan deneyimlerle de desteklenmektedir. Risk dağılımı iyi analiz edilmiş, tarafların yetkinlikleri ve yeterlilikleri kapsamında değerlendirilmiş ve doğru şekilde tasarlanmış süreçlerden oluşan sözleşmeler, işin yönetimini kolaylaştıracak, uyuşmazlıkları engelleyecek, uyuşmazlık ortaya çıktığında da hızlı ve adil şekilde çözümlenmesini sağlayacaktır.

Öte yandan, çalışmanın içerisinde de değinilen analitik ve standartlaşmaya yönelik hesap yöntemlerinin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde kullanılması eğilimi uluslararası tahkimde isabetli bir şekilde muhafaza edilmektedir. İç Hukukumuzda da konuya ilişkin davalarda, kanun metnindeki tanımların mekanik şekilde kullanılmasından ziyade, işin mühendisliğine ve ekonomik girdilerine paralel süreçlerin anlamlandırılarak pratiğe hizmet eden formüller ve yöntemler geliştirilmesi, uyuşmazlıkların çözümü konusunda daha etkin sonuçlar getirecektir.

KAYNAKÇA

Acar, Hakan, FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Kırmızı Kitap (1999), Ankara 2015.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2007.

Atamer, Yeşim M./ Baş Süzel, Ece / Geisinger, Elliot, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2015.

Atamulu, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.

Ayan, Serkan (2008), İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, İstanbul, Seçkin.

Aydın, Yakın, FIDIC Sözleşmeleri, www.academi.edu/179783/E-dergi-FIDIC-sozlesmeleri-9-32.

Aybay, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul 1995.

Ayoğlu, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Baker, Ellis / Mellors, Ben / Chalmers, Anthony, Scott /Lavers, FIDIC Contracts:Law and Practice, London, 2009.

Battrick, Paul/Duggan, Phil, The Rainbow Suite, The 1999 FIDIC suite fidic.org/sites/default/files/FIDIC-rainbow-suite-2012.pdf.

Bernardini, Piero: “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause” Ed. By. Albert J. Van den Berg, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, London, Kluwer Law International, 1999.

Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.

Blessing, Marc: “Arbitrability of Intellectual Property Disputes” Arbitration International, Vol. 12(2), 1996.

Born, Gary B.; International Commercial Arbitration, C. 2, Kluwer Law International, the Netherlands, 2009.

Born, Gary: International Arbitration: Law and Practice (2nd edition), London, Kluwer Law International, 2015.

Brekoulakis, Stavros L., "Chapter 6 - Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori" Ed.by Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (s. 99-120), London: Kluwer Law International, 2009.

Bunni, Nael G., *The FIDIC Forms of Contract Third Edition*, Oxford 2005.

Buz, Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998.

Büyükçelik, Hasan Hüseyin, *FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils)'in Hukuki Yapısı ve FIDIC Bünyesinde Öngörülen Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 13. Bası*, İstanbul, Beta, 2014.

Çetin, Sümeyra, *Borçlu Temerrüdünün Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Charles, Jarroson, "L'evaluaion de prejudice par l'arbitre", *Revue de l'arbitrage*, 2015

Cushman/Carter/Gorman/Coppi, *Proving and Pricing Construction Claims*, 3. Bası, Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, New York 2001.

Dayınlarlı, Kemal, *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Sözkesen Matbaası, 2012.

Dyalá, Jiménez Figueres, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration*, 11(2003), 1 ICC Bull.

Edna, Sussman, *Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them*, *American Review of International Arbitration*, C. 24 (2013), Sayı: 3.

Eken, Can, *Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı*, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.

Ekşi, Nuray, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 2. bası, İstanbul, 2015.

Ekşi, Nuray, "Kanunlar İhtilâfı Alanında 'Incorporation'", (1999-2000) 1-2 MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 275 (Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation).

Eren, Fikret, *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri*, İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381.

Eren, Fikret, *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri*, İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.

Ergezen, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Ergüne S. Mehmet, Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.39.

Erdem, H. Ercüment, Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul, 2008.

Erdem, H. Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2017.

Erman, Hasan İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979.

Feyza Eker Ayhan, Zeynep. Rekabet Hukuku Uyuşmazlıklarının Uluslararası Tahkim Yoluyla Çözümü, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2018, s.43.

Gaillard, Emmanuel / Savage, John, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.

Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.

Götz-Sebastian Hök, “Dispute Adjudication in Civil Law Countries–Phantom or Effective Dispute Resolution Method?”, (2011) ICLR, s. 423-424, 426.

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

Havutçu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

Hanoatiau, Bernard: “The Law Applicable to Arbitrability” Singapore Academy of Law Journal Vol. (26), 2014.

Holtzmann/ Neuhaus, Joseph, a Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Law.

Homayoon Arfazadeh, “Arbitrability Under the New York Convention: The Lex Fori Revisited” Arbitration International, Vol. 17(1), 2001.

Jarrosion, Charles, L’evaluation de prejudice par l’arbitre”, Revue de l’arbitrage, 2015, sayı:2.

Karadaş, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2013.

Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2., İstanbul, 2002.

Karayağcın, Yaşar, “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü”, BATIDER, Cilt: 19, Sayı: 3, Haziran 1998.

Kaplan, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013.

Kennedy, Frank, M., “EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions for EPC Turnkey Projects (The Silver Book)” (2000) 17I CLR 504, at 513 Gordon Smith.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.

Kocaağa, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s.139.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2010.

Koldaş, Buket, FIDIC Kapsamında Uyuşmazlıkları Çözümü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2008.

Kondev, Dimitar Hristoforov, Is Dispute Adjudication under FIDIC Contracts for Major Works Indeed a Precondition to Arbitration, 2014, ICLR.

Kostakoğlu, Cengiz, İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2015.

Köksal, Tunay/Müminoğlu Güneri, Müjde, FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2019.

Köksal, Tunay, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2009.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, İstanbul: Demir, 2001, s. 5875.

Landolt, Philip, Modernized EC Competition Law in International Arbitration, London, Kluwer Law International, 2006.

Lew, Julian D. M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.

Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 13. Bası, İstanbul 2005.

Nomer ,Ergin/ Ekşi, Nuray/ Gelgel, Günseli Öztekin, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, İstanbul, 2017.

Oğuz, Arzu, Lex Mercatoria,Ankara, 2004.

Oğuzman, M. Kemal. / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C I, İstanbul, 2014.

Önen, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975.

Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, İstanbul, 1989.

Öz, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Özdemir Kocasakal, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası özel Hukuk Bülteni, Cilt 30, No.1-2, 2010, s.71.

Pekcanitez, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 2017, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 2593.

Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

Reisoğlu, Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961.

Robinson, Michael D., An Employer's and Engineer's Guide to the FIDIC Conditions of Contract, Wiley Blackwell Publishing 2013.

Schwartz, Eric A.: "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC" ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, Vol. 9(1), 1994.

Schwartzkopf, William / McNamara, John J., Calculating Construction Damages, 2nd edition, Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, New York 2001 ve 2016-1 Cumulative Supplement.

Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Dönmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

Seppälä, Christopher R., "The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works", (2005) ICLR, s. 6-7.

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1976.

Serozan Rona, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:3 (İfa, İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme), 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Sharannavar, Deepak, Suspensions and Termination of Constructions Contracts in UAE Insight of FIDIC and UAE Civil Code, Germany Sarrbrücken, 2013.

Smith, Gordon, The FIDIC EPC Conditions of Contract (the "Silver Book")- The Criticisms.

Sözen, Zeynep, FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi, İstanbul 2015.

Sungurbey, İsmet, Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi, Medeni Hukuk Sorunları, C.IV, İstanbul, 1980.

Şahin, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012.

Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.

Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2010.

Tekinay Sulhi S./Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atila, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 7. Baskı, 1993.

Töre, Nazlı, FIDIC Sözleşmelerinin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri, Ankara, 2011.

Türegün, Necip, FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü- Ortak Seminer, Ankara 1996.

Uluslan, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984.

Ünal, İrfan, FIDIC açısından İnşaat Sözleşme Koşullarının Tarihçesi Gelişimi ve Karayolları İhalelerinde Önemi, Karayolu.3 Ulusal Kongresi 25-27 Kasım 2014 KGM Halil Rıfat Paşa Konferans Salonu Ankara.
http://www.kuk2014.org/sunumlar/09_OTURUM_7/04_A_Irfan_UNAL.pdf.

Ürem, Müge, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2017.

Varady, Tibor / Barcelo III, John J. / Von Mehren Arthur (ed.), International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective. United States: West, 2009.

William, F. Fox, International Commercial Agreements, 3rd edition, Hague 1998.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan, 2014.

Online Kaynaklar

www.kazanci.com.

www.fidic.org.

<https://uncitral.un.org>.

www.bailii.org.

www.iccwbo.org.

ÖZGEÇMİŞ

1978 yılında İstanbul'da doğan Bahadır Aydos, Hüseyin Avni Sözen Anadolu Lisesi'nden 1996 yılında mezun olduktan sonra, lisans eğitimini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlamış ve 2002 yılında mezun olmuştur.

Yüksek Lisans derslerini 2015 yılında tamamlamıştır. Halen İstanbul Barosu'na kayıtlı, serbest avukat olarak çalışmaktadır.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı :Bahadır Aydos
Tez Başlığı :Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümlemesi
Savunma Tarihi : 23 / 12 / 2019
Danışmanı :Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik

JÜRİ ÜYELERİ

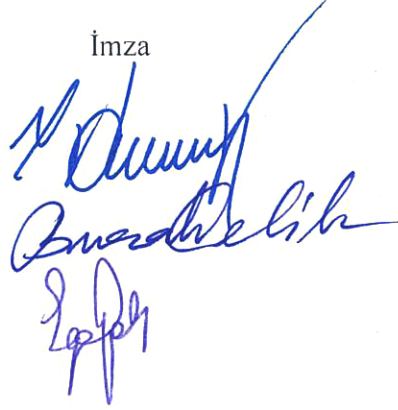
Unvanı, Adı Soyadı

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

Dr. Öğr. Üyesi Ege GÖKTUNA

İmza



Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Enstitü Müdürü

