

E-ISBN
978-625-7804-32-5

İNŞAAT HUKUKUNDA UZMAN ARABULUCULUK



Yazarlar: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, Arb. Av. Selda KUTLAY
Öğr. Gör. Alper BULUR, Arb. Av. Serkan ÇATALPINAR
Editörler: Arb. Av. Ayşe ÇAKICI, Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

İNŞAAT HUKUKUNDA UZMAN ARABULUCULUK

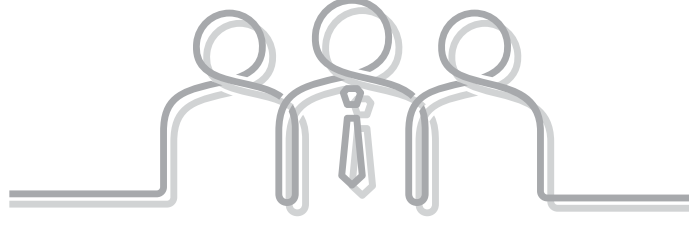
E-ISBN 978-625-7804-32-5

Yapım: Optimist Yayın Grubu San. ve Tic. Ltd. Şti.
Sertifika No.: 44998, 0 216 481 29 17-18, optimist@optimistkitap.com

Bu kitabın basım, yayım ve satış hakları Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na aittir. Bütün hakları saklıdır. İlgili kuruluştan izin almadan kitabın tümü ya da bölümleri mekanik, elektronik, fotokopi, manyetik kayıt veya başka şekillerde çoğaltılamaz, basılamaz ve dağıtılamaz.

Copyright © 2020
Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı
Adalet Bakanlığı Ek Bina Milli Müdafaa Cad. No:22 Kat: 3 No:5
Bakanlıklar Kızılay / ANKARA
Tel: 0 312 414 80 09, <http://www.adb.adalet.gov.tr/>



İNŞAAT HUKUKUNDA UZMAN ARABULUCULUK

Yazarlar

**Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, Arb. Av. Selda KUTLAY
Öğr. Gör. Alper BULUR, Arb. Av. Serkan ÇATALPINAR**

Editörler

Arb. Av. Ayşe ÇAKICI, Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL



KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirket
AUÇ	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
E.	: Esas
FAR	: Federal Tedarik Yönergesi
FIDIC	: Uluslararası Müşavirlik Mühendisleri Federasyonu (<i>Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils</i>)
GÜFHD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: Uluslararası Ticaret Odası (<i>International Chamber of Commerce</i>)
ICSID	: Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Odası (<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>)
İDM	: İdare Mahkemeleri
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
LCIA	: Londra Uluslararası Tahkim Merkezi (<i>London Court of International Arbitration</i>)
Ltd. Şti.	: Limited Şirket
M.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
OECD	: İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
S.	: Sayfa
SBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TL	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)
Vd.	: Ve devamı
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	9
ÖNSÖZ	11
1. BÖLÜM	
İNŞAAT HUKUKU, İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE HUKUKİ NİTELİKLERİ	13
I. İNŞAAT HUKUKU KAVRAMI	13
II. İNŞAAT HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÇEŞİTLERİ	15
A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri	15
B. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri	17
C. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri	18
III. İNŞAAT HUKUKUNDA KİK MEVZUATININ YERİ VE UYGULAMA	19
IV. İNŞAAT HUKUKUNDA YÜKLENİCİ – ALT YÜKLENİCİ İLİŞKİSİ VE ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİ	20
V. İNŞAAT HUKUKUNDA SÖZLEŞME TARAFLARININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	21
A. Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri	21
B. İş Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri	21
VI. İŞİN TERK EDİLMESİ YA DA TAMAMLANAMAMASI HÂLİ VE NAMA İFA	22
A. Sözleşmeden Dönme ve/veya Fesih ve Müspet/Menfi Zararlar ve Hukuki Sonuçları	22
B. Sözleşmenin Taraflarından Birinin İflasının Sürece Etkisi	23

VII. İNŞAAT HUKUKUNDA JOİNT VENTURE VE KONSORSİYUM KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMASI	23
A. Joint Venture	23
B. Konsorsiyum	32
VIII. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YARGILAMA SÜRECİ	34
A. Türk Mevzuatında İnşaat Hukuku	34
B. Sözleşme Sürecinde Taraflara Uygulanabilecek Haciz Ve Bunun Sözleşmeye Etkisi.....	34
IX. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC	35
A. Genel Olarak	35
B. FIDIC ve FIDIC Sözleşmeleri	35
C. FIDIC Sözleşmelerinde Hak Talepleri	40
D. Önemli Hak Talepleri Tipleri	41
E. Hak Talepleri Usulü	42
F. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu	44
G. Federal Tedarik Yönergesi ("FAR") Sözleşmeleri	46
H. Sözleşme Yönetimi	47

2. BÖLÜM

İNŞAAT HUKUKUNDA KARŞILAŞILABİLECEK UYUŞMAZLIKLARDA MAHKEME DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI VE BU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA UYGUNLUĞU	49
I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ	49
A. Genel Olarak	49
B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Mahkemede Gerçekleşen Yargılamaya Göre Pozitif Yönleri	51
C. Arabuluculuk Yöntemi	52
II. İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA MAHKEME DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI	53
A. Genel Olarak	53
B. İç Tahkim	53
C. Uluslararası (Milletlerarası) Tahkim	55
D. Uluslararası Tahkim Kurumları	56
E. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	64
III. İNŞAAT HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUĞUN SAĞLAYABİLECEĞİ AVANTAJLAR	66
A. İnşaat Hukukunun Arabuluculuğa Uygunluğu ve İnşaat Hukuku Bakımından Arabuluculuğun Sağlayabileceği Avantajlar	66

3. BÖLÜM

UYGULAMA VE UYGULAMA ÖRNEKLERİ	71
I. YARGI (YARGITAY/BAM/İDM) KARARLARI VE VAKALARIN İNCELENMESİ	71
II. 1999 FIDIC İLGİLİ HÜKÜMLER KAPSAMINDA VERİLEN KARARLAR	74
III. İNŞAAT HUKUKU İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIK KONULARI ÜZERİNDEN ARABULUCULUK UYGULAMALARI	76
UYGULAMA 1	76
UYGULAMA 2	77
UYGULAMA 3	78
UYGULAMA 4	80
UYGULAMA 5	81
UYGULAMA 6	83
UYGULAMA 7	84
UYGULAMA 8	85
UYGULAMA 9	86
UYGULAMA 10	88
UYGULAMA 11	89
UYGULAMA 12	90
UYGULAMA 13	91
UYGULAMA 14	92
UYGULAMA 15	93
UYGULAMA 16	94
UYGULAMA 17	94
UYGULAMA 18	95
UYGULAMA 19	96
KAYNAKÇA	97

ÖNSÖZ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, esasında öteden beri var olan, özünde uzlaşma kültürünü barındıran ve geçmişimizde de uygulanan bir sistemdir. Ahilik teşkilatı 800 yıl öncesinden başlamak üzere esnaflarımız arasında barışa katkı sağlamıştır. Ülkemizde ise 2013 yılında ihtiyari olarak uygulanmaya başlanan ve uyuşmazlıkların daha az masrafla ve daha hızlı sürede çözümlenmesini sağlayan bir alternatif uyuşmazlık yöntemi olan arabuluculuğun son yıllarda farkındalığı artmış ve kullanımı yaygınlaşmıştır.

2018 yılında öncelikle iş uyuşmazlıklarında, 2019 yılında ticari uyuşmazlıklarda ve son olarak 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı sisteminin getirilmesi ile birlikte, uyuşmazlıkların taraf iradelerine uygun olarak, kazan-kazan esasına dayalı bir biçimde çözülmesi ve mahkemelerdeki dosya yükünün azaltılmasının yanı sıra arabuluculuğun vatandaşlarımız ve iş dünyası nezdinde benimsenmesi sağlanarak ülkemizde uzlaşma kültürünün oluşturulmasına da önemli ölçüde katkı sunulmuştur.

Öte yandan; hukuk sistemimizde dava şartı arabuluculuk sisteminin yaygınlaştırılması, uyuşmazlıkların türüne göre ilgili alanlarda uzman arabulucular desteğiyle çözümlenmesini gerekli kılmıştır. Arabuluculuk uygulamasında bir karar mercii olmamakla birlikte arabulucunun görev aldığı uyuşmazlık alanında uzmanlığa sahip olması, taraflar bakımından olduğu kadar arabulucunun kendisi bakımından da faydalı olacak, özellikle tarafların tıkanıp noktada olumlu ve yapıcı bir çözüm önerisi geliştirmesine ve arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sonuçlanmasına yardımcı olacaktır.

Bu amaçla; öncelikle iş hukukunda uzman arabulucu uygulamasına geçilmiş, iş uyuşmazlıklarında görev alabilmek için söz konusu alanda gerekli eğitimleri almak arabulucular için

ön şart hâline getirilmiştir. Sonrasında ise dava şartı olan ticari arabuluculuk kapsamında uzmanlık alanları belirlemek amacıyla Bakanlığımızca “Arabuluculuk Uzmanlık Alanlarını Belirleme Komisyonu” kurulmuştur. Komisyon çalışmaları neticesinde inşaat hukuku, enerji hukuku, sigorta hukuku, spor hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi uzmanlık alanları belirlenerek; uzmanlık eğitimi almak isteyen arabulucularımıza ilgili kanun ve alt düzenlemelerle birlikte yargı kararlarına dayalı olarak arabuluculuk örneklerini içerecek şekilde çalışma materyalleri hazırlanmıştır.

Arabuluculuk ihtisas eğitimine katkı sunmak amacıyla “İnşaat Hukukunda Uzman Arabuluculuk” kitabının hazırlanmasına emek veren kıymetli akademisyenlerimize ve arabulucularımıza teşekkür eder, kitabın arabulucularımızın uzmanlaşmasına ve uzmanlaştıkları alanlarda önlerine gelen uyuşmazlıkları nitelikli bir şekilde çözmelerine katkı sunmasını temenni ederim.

Hakan ÖZTATAR
Hukuk İşleri Genel Müdürü

ÖNSÖZ

İnşaat hukuku ülkemiz uygulamasında oldukça yaygın olarak başvurulan ve birçok uyuşmazlıkla karşılaşılan alanların başında gelmektedir. Bütün sektörlerin lokomotif sektörü olarak da tabir edilen inşaat sektörünün gelişmiş olması, gerek yurtiçi gerek yurtdışı inşaat faaliyetlerinin yoğun olarak devam etmesi, Türk menşeli kişi veya şirketlerin yurtdışında da inşaat alanında aranan güvenilir yükleniciler olması bu sektöre duyulan ihtiyacı daha da arttırmaktadır.

İnşaat sektörünün önemli bir özelliği birçok farklı kişinin bir arada çalışmasını zorunlu kılması ve aynı zamanda büyük maliyetlerin söz konusu olmasıdır. Hal böyle olunca alanda yapılan faaliyetler hukuk açısından da önemli olmaktadır. Özellikle sözleşmeler hukukunun inşaat hukuku alanında ciddi kullanımı söz konusudur. Esasen inşaat yapımı veya bu yapım sürecinde akdedilen alt sözleşmeler hep bir eser sözleşmesi niteliği taşır. Ancak önemi dolayısıyla eser sözleşmesinin adeta bir alt türü olarak “inşaat sözleşmeleri” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu sözleşmelerin yapım aşaması çok önemli olduğu gibi sözleşmenin yürütümü ve ortaya çıkabilecek olası sorunların çözümü de bir o kadar önemlidir.

Alternatif çözüm yolları arasında yer alan, ancak bazı alanlar bakımından Türk Hukukunda dava şartı olarak uygulanan arabuluculuk, inşaat hukuku bakımından yaygınlaştırılması gereken ve çok faydalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Zira inşaat hukuku teknik bir alan olup uzmanlaşmayı gerektirir. Olası bir uyuşmazlıkta her iki tarafın bir araya gelip müzakere ettiği ve sonuçta kendi isteklerini yansıttığı ve bizzat bulduğu çözüm; en ideal olan ve her iki tarafı da memnun eden çözüm olacaktır. Bu nedenle inşaat hukukunda arabuluculuk uygulaması geliştirilerek arttırılmalıdır.

Bu amaçla arabulucuların inşaat hukuku uyuşmazlıklarında görev aldıklarında alanı iyi bilmeleri, taraflar bakımından olduğu kadar arabulucunun kendisi bakımından da faydalı

olacak, özellikle tarafların kilitlendiği noktada olumlu ve yapıcı bir çözüm önerisi geliştirmesine yardımcı olacaktır. Bu uzmanlığı sağlamak amacıyla hazırlanan kitap, Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal, Arb. Av. Selda Kutlay, Öğr. Gör. Alper Bulur ve Arb. Av. Serkan Çatalpınar tarafından kaleme alınmış olup, uzmanlık eğitiminde yol gösterici olacaktır. Kuşkusuz eğitimi verecek kişilerin sadece bu kitapta yer alan bilgilerle yetinmemesi, bu bilgileri temel alması, ancak kendi deneyimlerinin yanı sıra, alandaki başka kaynaklarla zenginleştirilmesi eğitimin daha verimli olmasını sağlayacaktır.

Türkiye Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından düzenlenen çalışmada yer almak ve bu kapsamda İnşaat Hukuku modülünün yazarları arasında bulunmak bizler için bir onur kaynağı olmuştur. Ülkemizde yeni gelişen bir sistemin oluşturulmasında bir tuğla da koyabilmek, bu uyumsuzluk yönteminin gelişimine katkıda bulunabilmek gelecek yıllar ve kuşaklar bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bu vesile ile çalışmalarını başlatan, ülkemizde arabuluculuğun gelişimi için yoğun çaba sarf eden ve bizleri her aşamada yüreklendiren Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan ÖZTATAR ve Arabuluculuk Daire Başkanı Sayın Umut İlhan DURMUŞOĞLU olmak üzere tüm Adalet Bakanlığı ilgili personeline teşekkür ediyoruz.

Hazırladığımız kitabımızın başta arabulucular olmak üzere, tüm okuyuculara yararlı olması dileği ile...

Ankara, 25.08.2020

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal

1. BÖLÜM

İNŞAAT HUKUKU, İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

I. İNŞAAT HUKUKU KAVRAMI

Hukukumuzda inşaat sözleşmeleri, eser (istisna) sözleşmelerinin bir türü olarak yer almaktadır. İstisna akdini, yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “*eser sözleşmesi*” olarak adlandırmaktadır¹. Eser sözleşmesi ülkemizde oldukça yaygın bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşme sayesinde günümüz toplumunda gerekli olan işbölümü gayretleri neticesinde, insanlar ihtiyaçlarını karşılayabilmek maksadıyla sözleşmenin tarafı olmak durumunda kalmaktadırlar. İnşaat sözleşmeleri de bu alana konu olan sözleşmelerdendir. 6098 sayılı TBK 470. maddesi eser sözleşmesini; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlamıştır. Öğretide eser sözleşmesi; “*iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşme*” şeklinde ifade edilmektedir².

İnşaat sözleşmesinin tanımı yapılmaya çalışılırsa; “*Müteahhidin rizikosu kendisinde olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında*

- 1 KARATAŞ, İzzet; Eser (*İnşaat Yapım*) *Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2009, s.29; KÖKSAL, Tunay / ÖZER, Serhat; İnşaat Sektörü İçin İhale ve Sözleşme Yönetimi Rehberi, Ankara 2018, s. 137.
- 2 ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s.315; ERMAN, Hasan; İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK m.365/2), İstanbul 1979, s.9; SOMER, Pervin; Roma Hukukunda İstisna Akti, İstanbul 2008, s. 12; OZANOĞLU, Hasan Seçkin; İstisna ve Özellikleri İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfadeye Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C.III, S.1-2, s.2; ÖZ, Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Eser Sözleşmesinden Dönme), İstanbul 1999, s.1.

üstlendiği bir eser sözleşmesi" olarak ifade etmek mümkündür³. İnşaat sözleşmesi de TBK m.470'e göre eser sözleşmesi olması dolayısıyla⁴ yüklenicinin bir bedel karşılığı eser meydana getirme borcu yükü altına girdiği, sadece eseri meydana getirmeye çalışmanın yeterli olmadığı, bu edimin neticeye ulaşması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile yüklenici akdedilen sözleşme gereği bu edimi yerine getirerek bir iş görme gerçekleştirmesinin yanı sıra, edimin bir netice ile sonlandırılmasını da borçlanmaktadır. Yani bu sözleşme "sonuç sorumluluğu" doğurmaktadır.

İNşaat sözleşmesinin unsurlarına baktığımızda karşımıza ilk unsur olarak; bir inşaatın meydana getirilmesi çıkmaktadır. Eser, sözleşmenin asli unsurlarından olup, yüklenicinin yapımını taahhüt ettiği ve objektif olarak belirlenmesi mümkün olan bir sonuçtur.

İNşaat sözleşmesinin ikinci unsuru; ücrettir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere yüklenici, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir ücret karşılığında yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi üstlenmiştir. Eserin meydana getirilmesinin karşılığı, sözleşmenin asli yükümlülüklerinden olan ücrettir. Bu nedenle inşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olarak nitelendirilir. İvazın kararlaştırılmamış olması hâlinde sözleşmenin vekâlet hükümleri ihtiva ettiği hususunda yaygın görüş bulunmaktadır.

Bazı durumlarda ücret; para yerine başka bir şey olarak da taraflar arasında kararlaştırılabilir. Buna, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi (kat karşılığı inşaat sözleşmesi) örnek olarak verilebilir. Bu durumda esasen karşımıza isimsiz sözleşme türlerinden biri olan ve karma sözleşme niteliğini taşıyan bir sözleşme çıkmaktadır⁵. Uygulamada özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine yaygın olarak rastlanmaktadır.

İNşaat sözleşmesinin son unsuru ise; tarafların anlaşmasıdır. Bu sebeple inşaat sözleşmesi rızai bir sözleşmedir⁶. Akdedilen sözleşmede tarafların müteahhidin meydana getireceği eser ile karşılığındaki ücret hususunda anlaşmış olmaları gereklidir. İnşaat sözleşmeleri kural olarak şekle bağlı değildir. Borçlar Kanunu'nda anılan sözleşmelerde şekil ile ilgili yasal herhangi bir yazılı veya resmi şekil şartı yoktur⁷. Bu kapsamda Kanun'un 12. maddesi uyarınca şekil serbestisi ilkesinin genel kural olarak uygulanacağı kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile inşaat sözleşmelerinin herhangi bir şekle bağlı olmayacağını söylemek mümkündür. Ancak bu tür sözleşmeleri akdederken kural olarak şekil şartı öngörülmemiş ise de ispat yükü açısından HMK'ya göre belli bir meblağı aşan, kapsamı çok geniş ve önemli olan sözleşmelerin içerik ve ilkelerinin yazılı olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

3 KAPLAN, İbrahim; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, (İNşaat Sözleşmeleri); Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 3. Baskı, s.119.

4 YAVUZ, Cevdet; *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 14.Baskı, İstanbul 2016, s. 537; KOCAAĞA, Köksal; İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s.25; SELİMOĞLU, Yaşar Engin; *İstisna (Eser) Sözleşmesi*, 4.Baskı, Ankara 2017, s.1; KURT, Leyla Müjde; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara 2012, s.68; GÜMÜŞ, Alper; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.II, İstanbul 2014, s.1.

5 KAPLAN, İbrahim; *İNşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri (İNşaat Sözleşmeleri)*, Ankara 2013, s.271.

6 GÖKYAYLA, Emre; *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009, s.12.

7 ÖZ, Turgut; *İNşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 2006, s.17.

II. İNŞAAT HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÇEŞİTLERİ

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri” yapısı itibarıyla bir isimli sözleşme olup, isimli sözleşme türlerinden “iki tipli-karma sözleşmeler” (çifte tipli karma sözleşme) olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşmelerin bir yanında arsa sahibi olup, onun (koşullar gerçekleştiğinde) maliki olduğu taşınmazdan bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devretmesi öngörülürken, diğer yönüyle de yüklenicinin yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı olan yükümlülüklerinin sınırı belirlenir. Diğer bir ifade ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmaz mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve inşaat yapım sözleşmesini içeren iki tipli-karma bir sözleşmedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, günlük hayatımızda barınma konusunda birçok açıdan pratik bir çözüm getirmesine rağmen, sözleşmelerin yapılması aşamasından başlayarak sona ermesinden daha öteye devam eden bir yığın sorunları da beraberinde getirmiştir. Hatta uygulamada kimi zaman “kat karşılığı inşaat” şeklinde ifade edilen bu sistem, yapı bütünlüğü içinde “kat” kavramının bir ya da birden fazla bağımsız bölüm ile ortak yerleri de içerdüğinden yasal anlamda yanlış kullanıldığı ifade edilmektedir⁸.

Sözleşmenin niteliği gereği yasalarda bu konuda bir düzenleme olmadığı için ortaya çıkan sorunlara Yargıtay’ın değişik ve zaman zaman çelişkili kararlarında çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Esasen Kanunda eser sözleşmesi kapsamında yer almakla birlikte, toplum ihtiyacından doğan bu uygulamaya, Yargıtay yasal boşlukları doldurma işlevi doğrultusunda ciddi ve toplum ihtiyaçlarına uygun olarak çözüm getirmeye çalışmıştır⁹. Bu tür sözleşmelere uygulanması gereken kurallara ve içtihatlarla ilişkin tartışmalar uzun süre devam etmiş ve taraflar arasındaki hukuki bağın sona ermesi süreci bakımından geçmişe veya geleceğe etkili, sürekli ya da ani borç ilişkisi yarattığı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen, karışık muhteviyatlı, kural olarak ani edimli, ancak gerek doktrin gerek Yargıtay’ın belirttiği üzere hakkaniyetin gerektirdiği hallerde sürekli edimli, şekle bağlı bir sözleşme niteliğindedir. Sözleşmeye taraf arsa sahibinin en temel borcu arsayı müteahhide teslim etme borcudur. Bu borçla beraber arsa payının yükleniciye devir borcu da bulunmaktadır. İşin niteliği gereği arsa sahibi öncelikle arsayı müteahhide teslim etmek durumundadır. Zira arsa teslim edilmeden yüklenici edimini yerine getiremeyecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin tanımı yapılacak olursa, arsa sahibi ile müteahhidin aralarında yaptıkları bu sözleşme; “*Arsa sahibinin arsasına ait belli payları müteahhide ve üçüncü kişiye devretme, müteahhidin ise bu pay karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapmayı ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı devretme borcu altına girdiği bir sözleşmedir*” şeklinde ifade edilebilir.

8 AYDEMİR, Efrail; *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara 2009, s.27.

9 Aydemir, s.29.

Ülkemizde yaygın olarak uygulama alanı bulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin sahip olduğu arsasının belirli bir payını yükleniciye devretme borcuna karşılık, yüklenicinin de bağımsız bölüm inşa etme ve bu bağımsız bölümleri teslim etme şeklinde iki asli borcu bulunmaktadır. Yüklenici, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁰.

Bir taşınmazın mülkiyetinin yükleniciye devrinin borçlanıldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerekmektedir¹¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde düzenleme şeklinde yapılması kanun gereğidir. Sözleşme bu şekilde kurulmadığı takdirde geçersizdir. Sözleşmenin noterde düzenlenmemesi durumunda, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi istenemeyeceğinden tarafların sözleşme uyarınca talepte bulunmaları mümkün olmayıp, TBK m.61 hükümlerine dayanarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca verdiklerini geri istemeleri söz konusudur¹².

Sözleşmenin konusunu, arsa sahibinin maliki olduğu taşınmazı üzerinde inşa edilecek yapıdaki bağımsız bölümlere düşen paylarının satışı ile bağımsız bölümlerden oluşan bir müstakil çok katlı binanın yapımı teşkil etmektedir¹³.

1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Paylarından Kaynaklı Uyuşmazlıklar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin temel borcu, arsa paylarını yükleniciye devretme borcudur. Arsa paylarının yükleniciye devrini vaat etmesi ve yüklenicinin de arsa payları üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek, taraflarca kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmesi şeklinde gerçekleşen bu hukuki süreçte tam iki tarafa borç yükü tesis edilmektedir.¹⁴

Arsa sahibinin üzerine düşen borcu ifa etmesi, yüklenicinin arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek kararlaştırılan bölümleri arsa sahibine teslim etmesi suretiyle gerçekleşebileceği gibi yüklenici ve arsa sahibi, arsa sahibinin arsa paylarını devredeceği diğer bir ifade ile borcunu ifa edeceği zamanı sözleşme ile kararlaştırabilirler. Taraflar belirli bir tarih ya da inşaatın belirli bir aşamaya gelmesi durumunda bu payların devredileceğini hüküm altına alabilirler.

Uygulamada çoğunlukla bu aşamada arsa paylarından kaynaklanan uyuşmazlıklara rast gelinmektedir. Belirli bir tarih ya da inşaatın belirli bir aşamaya gelmesi konusunda sonradan anlaşmazlığa düşen taraflar çözüm bulunması için hukuki yollara başvurmaktadır.

10 Aydemir, s.31.

11 Erman, s.15 vd.; ATAMUTLU, İsmail; *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Kayseri 2012, s.17.

12 Karataş, s.38.

13 Kaplan, s.271.

14 Kaplan, (*İnşaat Sözleşmeleri*), s.271.

2. Arsa Payı Karşılığı Yapılan İnşaatlarda Bağımsız Bölüm Satın Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu ve Bu Sebeple Oluşan İhtilaflar

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişilerin dahil olduğu hukuki uyumsuzluklar da sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklar ile arsa sahibi ve yüklenici arasında yaşanan sorunlar, bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin de katılımı ile farklı boyutlara taşınmaktadır. Ana sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devri talebinin kime karşı ileri sürülebileceğinin tespitinde zaman zaman güçlükler yaşanmaktadır. Hukuki anlamda tescile zorlama davasının açılmasında tarafların kimler olacağı hususu büyük sorunlar yaratmaktadır.

Burada en temel konu yüklenicinin arsa sahibi ile yapmış olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile gerçekleştireceği eserin finansman desteğini sağlamak üzere sözleşmede kendisine devredilecek bağımsız bölümleri, üçüncü kişilere satma yoluna gitmesidir. Burada açıkça görüleceği üzere yüklenicinin bağımsız bölümleri sattığı üçüncü kişiler, arsa payı inşaat sözleşmesinin tarafı değildir. Yüklenici, kendine düşecek olan bağımsız bölümlerin maliki olmadığından, bu bağımsız bölümler üzerinde tasarrufta bulunması söz konusu olamaz. Ancak uygulamada ve öğretide kabul edildiği üzere yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bağımsız bölümleri isteme hakkını üçüncü kişilere devretmesi mümkündür. Bu husus hukuki anlamda “alacağın temlik” olarak adlandırılmaktadır.

Ancak burada dikkatten uzak tutulmaması gereken konu alacağın temlik ile yüklenicinin arsa sahibi ile arasındaki ilişkinin sona ermemesidir. Çünkü üçüncü kişinin, yükleniciden alacağın temlik yolu ile kazandığı hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi, yüklenicinin bağımsız bölümleri devir borcunu arsa sahibine karşı yerine getirmesine bağlıdır. Yüklenicinin, arsa sahibine karşı olan borcunu yerine getirmediği durumlarda, üçüncü kişinin, arsa sahibinden kendi adına bağımsız bölümlerin mülkiyetinin tescilini isteyemeyeceği ifade edilmektedir. Bu durumda arsa sahibi, yükleniciye karşı ileri sürebileceği her türlü def'i ve itirazı, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere karşı da ileri sürme hakkına sahip olmaktadır. Diğer taraftan inşaatın tamamlanıp, bağımsız bir bölümün, yüklenici veya arsa sahibinin satıcı olarak, alıcı lehine tapuda şerh vermesi nedeniyle tapu işlemleriyle ilgili hukuki bir sorun söz konusu olmamaktadır¹⁵.

B. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, yüklenicinin; sözleşmede belirlenen eseri meydana getirme ve bu suretle bağımsız bölümlerin satışına aracılık etme borçlarını üstlendiği, arsa sahibinin ise; arsası üzerinde inşa edilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı vaat ettiği ve inşa edilen bağımsız bölümlerin satılmasıyla elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşmayı borçlandığı sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesini uygulamadaki örneklerine bakarak; basit (genel) anlamıyla gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi, asgari gelir taahhüdünü içeren gelir

15 Kaplan, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 275.

paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi ve aynı paylaşım koşulu içeren gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesi olarak sınıflandırmak mümkündür.

Basit anlamıyla gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmelerinin konusu, yüklenicinin arsa sahibi tarafından kendisine teslim edilen taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler meydana getirmek suretiyle, bunların satışını üstlenerek her bir bağımsız bölüm satıldıkça, satıştan elde edilen geliri arsa sahibi ile aralarında anlaştığı şekil ve oranda paylaşmaktır.

Asgari gelir taahhüdünü içeren gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinde, yüklenici tarafından asgari bir gelir tutarı taahhüt edilmişse, bağımsız bölümlerin satışı üzerine bu gelir ister elde edilsin ister edilmesin yüklenici taahhüt ettiği asgari gelir üzerinden arsa sahibinin payını tamamlama borcu altına girmektedir. Diğer bir ifade ile yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği bu taahhüdünü, bağımsız bölümlerin tamamının satılmaması, dolayısıyla asgari gelire ulaşılamaması hâlinde, satılmayan bağımsız bölümleri satın almayı ve arsa sahibine taahhüt ettiği asgari geliri bu yolla tamamlamayı vaat etmesi şeklinde ifade edilmektedir.

Aynı paylaşım koşulu içeren gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinde ise bağımsız bölümlerin belli bir süre içinde satılmaması hâlinde, bunların aynı paylaşımına karar verilmektedir. İnşaatın devamı süresince bütün bağımsız bölümlerin satılmaması ihtimaline karşı, taraflar süreçte belirli bir noktada gelir paylaşımı yönteminden aynı paylaşımına geçiş kararı verebilirler.

Gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği, bu sözleşmelerin herhangi bir kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasından dolayı isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaktadır. İsimli sözleşmeler niteliği itibarıyla kanunla düzenlenmemiş olmasının yanı sıra tanımı ve asli edimlerinin bir hükme bağlanmamış olması gerekmektedir. İsimli sözleşmeler hukukumuzda karma sözleşmeler ve kendine özgü sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

C. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri

Hukukumuzda 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesi ve bu maddede değişiklik öngören 24.11.1994 tarih ve 4047 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan ve bu maddeye 20 Aralık 1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle getirilen ek ibare ile "Yap-İşlet-Devret Finansman Modelinin" günümüzde çok çeşitli uygulamalarına rast gelmek mümkündür.¹⁶ Köprü, otoyol, tünel, demiryolu, baraj, sulama ve içme suyu, arıtma tesisleri, kanalizasyon, maden ve işletmeciliği, haberleşme, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoparklar, sivil kullanıma ait deniz ve hava limanları vb. yatırımlar karşımıza çıkmaktadır¹⁷.

Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda gerek öğretide ve gerekse uygulamada tam bir bütünlük olmasa da en temel anlamda bu sözleşmelerin bir tür kamu

¹⁶ Kaplan, (*İnşaat Sözleşmeleri*), s. 299 vd.

¹⁷ Kaplan, (*İnşaat Sözleşmeleri*), s. 301.

hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu konusunda birleşilmektedir¹⁸. 3996 sayılı Kanun'da 4493 sayılı Kanun'un 2.fıkrası ile uygulama sözleşmelerinin "özel hukuk hükümlerine tabi olduğu öngörülmüştür" (bkz. 3996 sayılı Kanun m.5). Bu durumda uygulama sözleşmelerinin, genel borçlar hukuku ilkelerine tabi olduğu, kanun hükmü ile kayıt altına alınmıştır.

Yap-işlet-devret sözleşmeleri, yapısı itibariyle bünyesinde üç ayrı aşamayı barındırmaktadır. Bunlar;

- Görevlendirme ihalesi işlemleri ve görevlendirme kararının verilmesi,
- Kesinleşen görevlendirme kararı sonrasında, uygulama sözleşmelerinin imzalanması ve kesin teminat verilmesi ile inşaat sözleşmesinin imzalanması,
- Görevlendirme konusu tesisin işletmeye alınması ve işletilmesi aşamasıdır.

Her bir aşamada hukuki uyumsuzluklarla karşılaşılması ihtimali bulunmasına rağmen, yoğunlukla uygulama sözleşmesinin imzalanması ve inşaat sözleşmesinin imzalanmasından sonra yaşanan problemlerin üzerinde durulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

III. İNŞAAT HUKUKUNDA KİK MEVZUATININ YERİ VE UYGULAMA

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulama ve yürürlük alanlarına inşaat hukuku bakımından giren hususlar ayrı ayrı incelenmek durumundadır. Kamu İhale Kanunu'na tabi inşaat işlerinin ihale işlemlerinde, yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakılması ile bunu gösteren sözleşmenin ihale yetkilisinin onayına tabi olduğu düzenlenmektedir. Kanun'da; ihale işlem dosyasının hazırlanmasından, ihalenin ilanı ve şartlarının belirlenmesine, ihalenin hangi türde yapılacağına, ihale komisyonunun teşkili ve karar almasına, kesinleşen ihale kararlarının tebliğine, sözleşme yapılmasında isteklilerin görev ve sorumluluklarına, sözleşmenin yapılmasında idarenin görev ve sorumluluklarına ve en nihayetinde ihale sonrasında akdedilen sözleşme ile sonuç bildiriminde bulunmaya ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda; kamu inşaat sözleşmesi: Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan işlere ilişkin ihale sonunda, seçilen istekli yüklenici ile yapı sahibi idare arasında akdedilen inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Kamu inşaat sözleşmesini, yapım (inşaat) işlerinde, idare ile yüklenici arasında yapılan, yüklenicinin idareye karşı inşaat yapmayı ve teslim etmeyi, yapı sahibi idarenin inşaat bedelini ödemeyi taahhüt ettiği bir eser sözleşmesi olarak tanımlamak mümkündür.

4734 sayılı KİK hükümleri doğrultusunda iş sahibi idarelerin, özel hukuk gerçek ya da tüzel kişisi yüklenici şirketlerle yapmış oldukları inşaat sözleşmesine öncelikli olarak ihale

18 DURAN, Lütfi; *Yap-İşlet-Devret*, Prof.Dr.Muammer Aksoy'a Armağan, SBF Dergisi, C.XLVI, Ocak-Haziran 1991, No:1-2, s.155 vd.; Kaplan, (*İnşaat Sözleşmeleri*), s. 299 vd.

sözleşmeleri uygulanacaktır. Ardından sözleşmenin eki niteliğinde bulunan teknik ve idari şartnamelere başvurulacaktır. Devamında KİK ve KİSK'in emredici olmayan hükümleri, peşinden Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin özel hükümleri ile bunların kâfi gelmediği noktada Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

IV. İNŞAAT HUKUKUNDA YÜKLENİCİ – ALT YÜKLENİCİ İLİŞKİSİ VE ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİ

Yüklenici ile yapı sahibi arasında akdedilen sözleşme “asıl (inşaat) sözleşmesi”, yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedilen sözleşme ise “alt yüklenici sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Asıl inşaat sözleşmesi ile yüklenici; yapı sahibine karşı üstlendiği inşaat işlerini kendi adına ve kendi hesabına inşaatı kapsayan edimler olarak gerçekleştirmektedir. Bu edimleri başka bir inşaat sözleşmesi ile alt yükleniciye devretmesi durumunda aralarında alt yüklenici sözleşmesi kurulmuş olur. Uygulamada alt yüklenici için “taşeron” ifadesi sıklıkla kullanılmaktadır.

TBK m.470 gereğince, yapı sahibi ile asıl yüklenici arasında akdedilmiş inşaat sözleşmesinin konusu olan bir yapının tamamını veya bir kısmını asıl yüklenici ile yaptığı inşaat sözleşmesiyle yapmayı üstlenen yüklenicidir. Asıl yüklenici, alt yüklenici ile yaptığı taşeronluk sözleşmesinde iş sahibi konumundadır.

Büyük ve kapsamlı inşaat işlerinde sıklıkla karşımıza çıkan alt yüklenicilik sözleşmesi ile asıl yüklenici yapı sahibine karşı taahhüt ettiği işlerin bir kısmını veya tamamını şartlar imkân verdiği ölçüde alt yükleniciye yeniden ihale etmektedir. Ancak bu durumda bile yüklenicinin, yapı sahibine karşı üstlendiği edimler devam etmektedir. Üstlendiği bir kısım işlerin alt yükleniciye devredilmesi, asıl yüklenicinin yapı sahibine karşı olan borcunu ortadan kaldırmamaktadır. Asıl inşaat sözleşmesinin yürürlüğü aynen devam etmektedir.

Alt yüklenicinin, asıl yükleniciye karşı hangi inşaat işlerini ifa etmekle yükümlü olduğu, aralarındaki alt yüklenicilik sözleşmesi hükümlerinde açıkça belirlenmiştir. Bu sözleşme genel borçlar hukuku hükümleri gereğince sözleşme serbestisi sınırları içinde akdedilmektedir. Alt yüklenicilik sözleşmesi, kapsam ve içerik açısından, asıl yüklenici ile aralarında aksini kararlaştırmadıkları sürece asıl sözleşmeden bağımsızdır. Hukuki açıdan bu bağımsızlık, -sözleşmenin yalnızca onun taraflarını bağlayıcı olduğu- nispi ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda asıl inşaat sözleşmesindeki içerik değişikliği, alt yüklenicilik sözleşmesini prensip olarak etkilememektedir.

Uygulamada, sözleşmeler arasında hukuki bir bağ kurmak maksadıyla asıl yüklenici, alt yüklenici ile akdetmiş olduğu sözleşmeye bir takım “bağlantı hükümleri” dahil etmektedir. Örneğin; alt yüklenicilik sözleşmesinin geçerliliği, asıl sözleşmenin hukuken geçerli olarak kurulmuş olması şartına bağlı olduğu hükmü ile sağlanabilir. Alt yüklenicilik sözleşmeleri bakımından karşılaşılan uyuşmazlıkların büyük bir bölümü asıl yüklenici ile alt yüklenicinin üstlendiği edimlerin ifasında ortaya çıkan problemlerdir. Asıl yapı sahibinin talep ettiği hususların kime yöneltileceği zaman içinde çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir.

V. İNŞAAT HUKUKUNDA SÖZLEŞME TARAFLARININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri

İnşaat sözleşmesinin kurulması ile asıl yüklenici, yapı sahibine karşı üstlendiği yapıyı yapma ve sözleşmede öngörülen sürede tamamladıktan sonra yapı sahibine teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir. Asıl yüklenicinin bu borcu bir iş görme edimi niteliğindedir. İş sonrasında yapının tamamlanması ile yapının teslim borcu, iş görme borcu sonrasında ortaya çıkan maddi bir eserin zilyetliğinin ya da mülkiyetinin yapı sahibine nakline ilişkin bir "sonuç sorumluluğu" içermektedir.

İnşaatın devamı ve çalışma borcunun yerine getirilmesi iş görme ediminin bir gereğidir. Bu nedenle sürekli edimli borç ilişkisi yaratmakla birlikte aynı zamanda inşaatın bitimi neticesinde teslim borcunun ifası yönünden ani edimli bir borç ilişkisi ortaya koymaktadır. Bu özellikleriyle inşaat sözleşmesi; sürekli ve ani edimlerden oluşan karma nitelikte bir sözleşmedir.

TBK m.470 gereğince, yüklenicinin üstlendiği asıl borç, inşaatın yapılması ve yapı sahibine teslim edilmesidir. Yüklenicinin, yapının inşası bakımından asıl borcu, onun teslimi ile tamamlanmaktadır. İnşaatın tesliminde en önemli iki husus; borcun sözleşmede kararlaştırılan zamanda ve ayıpsız olarak teslim edilmesidir. Uygulamada, yüklenicinin üstlenmiş olduğu teslim borcunu zamanında gerçekleştirememesi durumunda temerrüde düşmesi hâli sıklıkla yaşanmaktadır. Diğer taraftan inşaatın eksik ve ayıplı bir şekilde teslim edilmiş olması durumunda da TBK m.474 ve devamında yer alan ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

B. İş Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri

Hukukumuzda iş sahibinin gerçek veya tüzel kişi olması bakımından bir ayırım söz konusu değildir. Yükleniciye karşı muhatap olan taraf iş sahibidir. İş sahibi, ister gerçek kişi olsun isterse tüzel kişi statüsünde bulunsun yasalar bakımından bir ayrıcalığı bulunmamaktadır.

İş sahibinin, inşaat sözleşmesinden kaynaklanan en temel borcu sözleşme gereğince üstlenilen edimlerin para ile ölçülen değerinin yükleniciye ödenmesidir. Eser ücreti olarak da ifade edilen bu para borcunun iş sahibi tarafından ödenmesi gerekmektedir. İş sahibine inşaat bedelinin ödenmesi kanuni bir borçtur. Bu bedelin belirlenmesinde, götürü (sabit) bedelli inşaat sözleşmeleri, birim fiyatlı inşaat sözleşmeleri ve bunların bir arada değerlendirildiği karma inşaat sözleşmeleri akdedilebilir.

İş sahibinin bedel ödeme borcu yanında, taraflar aralarında özel olarak kararlaştırmış ise iş sahibi, yüklenicinin üzerine almış olduğu iş için talimat verme, kontrol etme ve denetimlerde bulunması gibi sorumlulukları da üstlenebilir. Bu durumda iş sahibi yükleniciyle birlikte sorumlu olmaktadır. Hatta sözleşme ile iş sahibine; talimat verme, kontrol etme ve denetimde bulunma sorumlulukları da yüklenmiş ise bu durum, iş sahibinin aynı zamanda

adam çalıştıran sıfatı ile yüklenicinin üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olmasına sebebiyet vermektedir.

VI. İŞİN TERK EDİLMESİ YA DA TAMAMLANAMAMASI HÂLİ VE NAMA İFA

A. Sözleşmeden Dönme ve/veya Fesih Ve Müspet/Menfi Zararlar ve Hukuki Sonuçları

TBK m.473/1 gereğince; “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” Buna göre, iş sahibi, yükleniciden inşaattaki ayıbın giderilmesini talep eder ve yüklenici de temerrüde düşerse bu maddenin kıyasen uygulanması söz konusudur.

TBK m.475/1 gereğince; eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa, sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu maddeden açıkça anlaşılacağı üzere sözleşmeden dönme kanun gereği, inşaattaki ayıpların iş sahibinin yapıyı kullanamayacağı ölçüde olmasına veya hakkaniyet gereği kendisinden kabulün beklenemeyeceği ölçüde olmasına bağlıdır. Eğer maddedeki şartlar gerçekleşmiş ise yapı sahibi inşaat sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile geriye etkili olarak sona erdirmeye kanunen yetkili kılınmıştır.

Ancak kanun koyucu aynı maddenin son cümlesinde “Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz” düzenlemesini getirmiştir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, teslim edilen yapının ayıplı olması durumunda, iş sahibinin eseri alıkoyup, ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı bulunmaktadır. İş sahibinin bu hakkı yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. 3. fıkrasında ise aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı bulunmaktadır.

Aynı madde gereğince iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. İş sahibinin uğramış olduğu zararın tazmini talebi, onun ayıba karşı tekeffülünden doğan, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi ve ayıpların giderilmesi taleplerini tamamlayan, ancak bu üç haktan herhangi birinin yerine kullanılma imkânı bulunmayan, bu hakların her biri ile birlikte ilaveten veya şartları varsa yükleniciye karşı bağımsız olarak kullanılabilen bir taleptir.

İş sahibinin tazminat isteme talebi, diğer üç talepten farklı olarak bir alacak talebidir. Bu talep de tıpkı diğer üç talep gibi ayıptan doğan bir haktır. Yenilik doğuran bir hak değildir.

Ayıp sonucu zarar ayıba karşı tekeffül kurallarına, özellikle muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesine, tekeffülü ortadan kaldıran şartların bulunmamasına, özel zamanaşımına tabi bir tazminat talebidir. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle iş sahibinin zararını tazmin etme yükümlülüğü, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüktür. TBK m.475/II gereğince bu zararın tazmini için teslim edilen yapının ayıplı olması, bu ayıptan dolayı zararın doğması ve ayıpla doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

B. Sözleşmenin Taraflarından Birinin İflasının Sürece Etkisi

Sözleşmenin taraflarından yüklenicinin iflasıyla inşaat sözleşmesi sona ermemektedir. Bu aşamada icra ve iflas kanununun borçlunun iflasına ilişkin hükümleri yer bulmaktadır. İş sahibinin iflası durumunda da inşaat sözleşmesinin sona ermesi söz konusu olmamaktadır. TBK m.98 gereğince, ifa güçsüzlüğü sebebiyle güvence talep edilebilir, verilmediği durumda inşaat sözleşmesi feshedilebilir ya da sözleşmeden dönülebilir. İflas idaresi, sözleşmenin ifasına karar verirse, yüklenici inşaat edimini yalnızca teminat karşılığı yerine getirebilir.

VII. İNŞAAT HUKUKUNDA JOİNT VENTURE VE KONSORSİYUM KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMASI

A. Joint Venture

1. Joint Venture Kavramı

Özel sektörde bir “proje” ve/veya bir işi bazı durumlarda tek bir gerçek ve/veya tüzel kişinin tek başına tamamlaması mümkün değildir bunun sebebi teknik/teknolojik bilgi ve/veya tecrübe olabileceği gibi mali de olabilir; işbu durumda “işbirliği” zorunluluğu doğar ve buna cevap veren kurumlardan biri Joint Venture’ dır.¹⁹

Doktrinde bir görüş Joint Venture’ ı: “*Hukuken ve iktisadın birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetlerin rizikolarını herbiri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri*” olarak tanımlamıştır.²⁰

Joint Venture Oxford Hukuk Sözlüğünde; “*Kaynak veya becerilerin paylaşılmasına olanak vermek amacı ile iki veya daha fazla tarafın, çoğunlukla kendilerinden bağımsız ve hissedarı oldukları bir şirket şeklinde, ticari bir saik ile meydana getirdikleri bir teşebbüstür*”²¹ şeklinde

19 BARLAS, Nami; *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 2008, s.235 vd.

20 Barlas, s. 237.

21 A Dictionary of Law (9 ed), Oxford, 2018- edited by Jonathan Law.

tanımlanmıştır. Tarihsel sürece bakıldığında, Joint Venture 19. yy Amerika'sındaki tüzel kişilerin şirket ortaklığından daha gayri resmi ancak sözleşmeden daha fazla hukuki güç ihtiva eden bir hukuki kurum arayışına cevap olarak doğmuştur.²²

Uluslararası ticaret pratiğinde Amerikan Joint Venture uygulamasının kabul gördüğünü söylemek yanlış olmaz, bu modelin gelişimi içtihat hukuku ile birlikte olmuştur ve ticaret hayatına uygun bir gelişim göstermiştir.²³

Uluslararası platformda Joint-Venture kavramı genellikle birden fazla tür sözleşmesel unsuru kapsayacak kadar geniş bir ölçüde tanımlanır. Bu tanım müşterek sahip olunan işlemler ve uzun vadeli üretim, tedarik ve transfer sözleşmelerini dahi kapsar.²⁴

Doktrinde bazı yazarlar konu ile ilgili çalışmalarında Joint Venture'in sözlük karşılığının "risk için birleşmek" ve/veya "riski müştereken üstlenmek" olduğunu belirtmiştir.²⁵

Bu tanımdan biz de Joint Venture'in en temel amaçlarından birinin riskli bir işin tamamlanması için birden fazla kişinin bir araya gelmesi olduğunu çıkarabiliriz.

Joint Venture'ı oluşturmak için imzalanması gereken sözleşmenin ilke olarak şekil şartı yoktur.²⁶ Ve aslında bir sözleşmesel ilişkiden daha fazlası olmadığı için tüzel kişiliği haiz değildir.²⁷ Joint Venture uygulamaları sadece inşaat değil; petrol ve madencilik, bankacılık, Ar-Ge ve üretim, yatırım sektörlerinde de kullanılır.²⁸ İnşaat sektöründeki uygulamada sıkça kullanılan Joint Venture aslında üçüncü kişiler açısından bir tür gruptur ve bu gruptaki müteahhitler genelde üst veya alt yapı ile ilgilenen inşaat firmalarıdır.²⁹ Zira Joint Venture'in tarafları farklı inşaat uzmanlıklarından geliyorsa kurulan yapı bir "proje ortaklığı"dır bunlar genelde "anahtar-teslim" (turnkey) sistemi ile çalışılan işlerde görülür.³⁰

Joint Venture Türk hukuk doktrininde bir görüş tarafından "müşterek iş ortaklığı"; bir görüş tarafından da tanımlamalarında "ortak girişim" olarak kullanılmıştır. Joint Venture'ı bir başka görüş ise, ortak girişim olarak tanımlamıştır. Türk Hukuk Sistemi içerisindeki yapılanmasına göre tanımlanmıştır. Ortak görüş olarak tanımlayan görüş Joint Venture'ı; "iki veya daha fazla kişi ve kuruluşun belirli bir iktisadi amaç için oluşturdukları birliktelik; genellikle adi şirket statüsündedir" şeklinde tanımlamıştır.³¹

22 SANGA, Sarath; "A Theory of Corporate Joint Ventures", California Law Review, Volume106, No 5, October 2018, p.1437-1476

23 DAYINLARLI Kemal; *Joint Venture Sözleşmesi*, Ankara 1989, s. 25.

24 CHRISTELOW, B.Dorothy; "International Joint Ventures : How Important Are They?", Colombia Journal of World Business Summer 1987, p.7.

25 TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal; "Joint Venture", Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yıl Armağanı Ankara 1988 s.149.

26 Tekinalp / Tekinalp; s.155.

27 Dayınlarlı, s. 27.

28 Dayınlarlı, s. 31-36.

29 KAPLAN, İbrahim; *İnşaat Sektöründe Joint venture Müşterek İş Ortaklıkları (Joint Venture)*, Ankara 2007, s.42.

30 Kaplan, *(Joint Venture)*, s.42.

31 YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 571.

İçtihadada bakıldığında ise Yargıtay'ın 1995 yılında verdiği bir kararda Joint Venture kurumunun Türkçe karşılığını müşterek iş ortaklığı kabul ettiğini görebiliriz.³² Ancak Yargıtay daha sonraki kararlarında ortak girişim kalıbını kabul etmiştir.³³

2. Joint Venture Unsurları

Doktrinde bir görüşe göre Joint Venture'ın ilk ve değişmez unsuru sözleşmeye dayanmasıdır.³⁴ Aynı görüş bir Joint Venture'ın varlığından bahsedebilmek için Joint Venture'ın taraflarının girişimin kârına ve zararına ortak olmalarının da gerekli olduğunu savunmaktadır.³⁵

Bir diğer görüş de Joint Venture'ı oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin Joint Venture'ın borçları ile alakalı olarak müteselsilen sorumlu olduklarını ve dahi bu borçlardan tüm malvarlıkları ile sorumlu olduklarını belirtmiştir.³⁶

Ayrıca Joint Venture'ı oluşturan kişilerin çıkarlarının ortak olması da asli bir unsur olarak doktrinde karşımıza çıkmaktadır.³⁷

Bir diğer koşul ise Joint Venture girişiminin ortaklaşa yönetimidir.³⁸

Ayrıca Joint Venture'ı oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, Joint Venture kurulmasını gerekli kılan iş veya saik için türü ne olursa olsun bir katkıda bulunmaları da Joint Venture'ın özelliklerinden ve unsurlarından birisidir.³⁹

Son olarak ise doktrinde Joint Venture'ın süre sınırı olduğu hususu da belirtilmiştir.⁴⁰

Bir görüşe göre Joint Venture'ın hem unsuru hem de ayırt edici özelliği Joint Venture'ı oluşturan gerçek ve/veya tüzel kişilerin hukuken ve mali olarak bağımsızlıklarını korumalarıdır.⁴¹

Doktrindeki bazı yazarların görüşüne göre "tek iş" unsuru Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde tarih sürecinde Joint Venture ile Partnership kurumlarını birbirinden ayırmayı basitleştirmektedir. Aynı görüşe göre her ne kadar sürekli bir faaliyet gösteren Joint Venture'lar olsa da bu durum Joint Venture kurumunun tanımlanmasında da işe yarayan "tek iş" unsurunun varlığını etkilemez.⁴²

Lakin Doktrindeki aksi görüşe göre uygulamada Joint Venture'ın tek bir işin tamamlanması veya sürekli olması gibi durumlarla karşılaşılabilmektedir ve "tek iş" Joint Venture'ın hukuken oluşması için asli bir unsur değil sıkça karşılaşılan bir "özelliktir."⁴³

32 Yargıtay, 13. HD., 20.10.1995, 95/7761 E., 95/8331 K.: "Müşterek iş ortaklığı (joint venture), iki veya daha fazla sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin belli bir sektörde hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek için oluşturdukları bir teşebbüs ve ortaklıktır"

33 Yargıtay 15.HD, 23.06.2005, 2005/32111 E., 2005/3782 K.; 11. HD 07.07.2005, 2005/10494 E., 2005/7310 K.

34 Dayınlarlı, s.27.

35 Dayınlarlı, s.27.

36 Tekinalp / Tekinalp, s.153.

37 Tekinalp / Tekinalp, s.154.

38 Dayınlarlı, s.27.

39 Tekinalp / Tekinalp, s.155.

40 Dayınlarlı, s.27.

41 Barlas, s. 239.

42 Tekinalp / Tekinalp, s.151.

43 Barlas, s. 239.

3. Joint Venture'da Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Bu konudaki bir görüşe göre; Joint Venture'ı oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin asli olarak iki temel yükümlülüğü vardır. Bunlar; -genellikle parasal olsa da farklı türlerde de olabilen- pay koyma yükümlülüğü ve diğer sözleşme tarafları ile işbirliği yapma yükümlülüğüdür.⁴⁴

Aynı kabul, bu kişi veya kişilerin haklarını ise kısaca; “kararlara katılma hakkı, yönetim ve temsil hakkı, denetime katılma hakkı, tasfiye bakiyesine iştirak hakkı ve kara iştirak hakkı” olarak sıralamıştır.⁴⁵

4. Joint Venture'ın Benzer Hukuki Kurumlar ile Farkları

Gerek uluslararası gerek ulusal hukukta ve ticaret pratiğinde tüzel veya gerçek kişilerin bir araya gelerek oluşturduğu tek hukuki kurum Joint Venture değildir. Joint Venture kavramını daha iyi anlamak için diğer kurumlar ile farklarını tartışmak, doktrinde sıkça kullanılan bir yöntemdir.⁴⁶

a) Fusion

Bu konudaki ilk görüşe göre farklılıkları incelenmesi gereken kurumlardan biri Türk Ticaret Kanunu'nda da öngörülen şirket birleşmeleridir (Fusion).⁴⁷

Bu görüşün tanımlamasına, hem de Türk Ticaret Kanunu'na bakıldığında kısaca bu hukuki kurumun ya “yeni kuruluş” olarak ya da “katılma” olarak iki ayrı yöntem ile gerçekleştiği söyleyebiliriz.⁴⁸

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta Joint Venture uygulamasından farklı olarak Fusion hangi yöntem ile gerçekleşirse gerçekleşsin birleşen tüzel kişiler tasfiyeye uğramadan tüzel kişi sıfatlarını kaybederler.⁴⁹ Zira Joint Venture'ı oluşturan taraflardan biri veya birkaçı eğer bir tüzel kişi ise de Joint Venture tamamen bağımsız bir girişimdir ve tarafların tüzel kişi olma özelliklerini etkilemez.⁵⁰

b) Holding

Genel kanının aksine Holdingler sadece Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirket hükümlerince kurulan bir yapı değildir aynı zamanda adi şirket vasfı da taşıyabilir.⁵¹ İncelenen konu gereği Joint Venture kurumu ile karşılaştırılacağından adi şirket şeklinde örgütlenen holdinglere bakmak daha faydalı olacaktır. Bu tür Holdingi basitçe ve daha somut şekilde

44 Dayınlarlı, s.65 vd.

45 Dayınlarlı, s.67.

46 Kaplan, (Joint Venture), s.36.

47 Bknz Türk Ticaret Kanunu m. 134 – 158.

48 Kaplan, (Joint Venture), s.36

49 Kaplan, (Joint Venture), s.36.

50 Kaplan, (Joint Venture), s.36.

51 Kaplan, (Joint Venture), s.37.

tanımlamak gerekirse; iktisadi bir birliktelik arz eden ancak hukuki açıdan bağımsız ve ortak yönetime bağlı bir ticari girişimdir.⁵²

Doktrindeki bir kabule göre hukuki açıdan bağımlılık taşımaması Joint Venture ile ortak özellik olsa da Holdingin tek elden yönetim koşulu aralarındaki en önemli farktır.⁵³

c) Kartel

Uygulamada Joint Venture ile karıştırılabilecek bir diğer kurum ise Karteldir. Kartel ile Joint Venture 'ın ortak noktası hem hukuken hem de mali açıdan bağımsız birden fazla tarafın birlikte hareket etmesidir. Ancak aralarındaki temel fark Joint Venture'ı oluşturan tarafların amacı bir ticari faaliyeti birlikte tamamlamakken Karteli oluşturan tarafların amacı belirli bir pazardaki değişkenler üzerinde kontrol sağlamak ve o pazarda kontrol sahibi olmaktır.⁵⁴

5. Joint Venture Türleri

Joint Venture kurumu doktrinde birden fazla ayrıma tabidir.⁵⁵

Joint Venture kurumunun ülkemizdeki inşaat sektöründeki uygulamasına bakıldığında en temelde yapılması gereken ayırım tipik / a-tipik ayırımıdır. Tipik sıfatını haiz Joint Venture türüne aynı zamanda gerçek ve/veya açık da denir. Bunun nedeni, üçüncü kişilerin görebileceği somut bir organizasyon olması Joint Venture'ı gerçek, üçüncü kişilerin Joint Venture'ı oluşturan tarafları biliyor olması Joint Venture'ı açık kılar.⁵⁶

Açık Joint Venture'ın yasal dayanağı TBK 620 ve devamı maddeleridir zira bu bir adi ortaklıktır, tüzel kişiliği haiz değildir. Ancak Sosyal Sigortalar ve Kurumlar Vergisi Kanunlarından muaf değillerdir.⁵⁷

A-tipik Joint Venture bir taraftan "*hakiki olmayan inşaat konsorsiyumu, imalat ortaklığı, gizli ortaklık, alt katılımlı müşterek ortaklık*" şeklinde dört farklı türde incelenmiştir.⁵⁸

Ancak detaya girmeden kısaca belirtmek gerekirse; yukarıda bahsedilen tipik Joint Venture türü ile aynı şekilde ilk iki a-tipik Joint Venture adi ortaklık şeklinde örgütlenirken, son iki tür Joint Venture TBK'nin adi ortaklık maddelerine tabi kabul edilir ancak tipik Joint Venture'ın yukarıda bahsedilen açık ve gerçeklik unsurlarını taşımazlar.⁵⁹

Bu ayırım haricinde Joint Venture'ın türlerine bakıldığında; doktrindeki bir görüşe göre Joint Venture "sözleşmeye dayalı Joint Venture" ve "sermayeye dayalı Joint Venture" olarak ikiye ayrılır. Bir diğer görüşe göre ise Kurumlar Vergisi Kanunu'nda düzenlenen "iş ortaklığı" Joint Venture'ın özel bir alt türüdür. Ve bu tür için bir yazılılık şartı öngörülmüştür.⁶⁰

52 Kaplan, (*Joint Venture*), s.37.

53 Kaplan, (*Joint Venture*), s.37.

54 Kaplan, (*Joint Venture*), s.38.

55 Çakır, Çelebi F.B; "*Joint Venture'ın Hukuki Niteliği*", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: 2017/2, s. 101.

56 Kaplan, (*Joint Venture*), s.42.

57 Kaplan, (*Joint Venture*), s.42.

58 Kaplan, (*Joint Venture*), s.42.

59 Kaplan, (*Joint Venture*), s.42-44.

60 Barlas, s.238 vd; Tekinalp / Tekinalp, s. 157 vd.

“Sermayeye dayalı Joint Venture” doktrinde bazı yazarlar tarafından “*ortakların, bir ortaklık kurarak sermayesine katıldıkları müşterek teşebbüslerdir*” şeklinde tanımlanmıştır.⁶¹

Sözleşmeye dayalı Joint Venture’da Joint Venture’in kurulmasının altında yatan iş-proje veya saik ne ise ona ulaşılması için her sözleşme tarafının “katılma payı” ifasında bulunması yeterlidir.⁶² Doktrinde bir görüş uygulamadan verdiği örnekte bir Joint Venture’da taraflardan her birinin mali açıdan katılmak zorunda olmadığını; personel, bilgi-tecrübe ya da mekân sağlamanın da pay olarak sayıldığını belirtmiştir.⁶³ Bu kabule göre her ne kadar sözleşmeye dayalı Joint Venture çoğunlukla proje temelli olsa da bunda bile “tek iş” bir unsur olarak görülemez.⁶⁴ Sözleşmeye dayalı Joint Venture hukuki nitelendirme açısından bir adi ortaklıktır ve TBK’deki adi ortaklık hükümleri açıkça uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁵

“Sözleşmeye dayalı Joint Venture”ı diğer türden ayıran en temel özellik sözleşme ile teşkil edilmesi değil, bu taraflar arasındaki sözleşmenin tek başına yeterli olması ve kurulan Joint Venture’in adi ortaklık statüsünü haiz olmasından dolayı tüzel kişiliği olmamasıdır.⁶⁶

Bu tür Joint Venture’larda kurucuların sözleşmeye imzasından sonra yapmaları gereken şey yalnızca “katılma payı” ödemektir.⁶⁷

“Sermayeye dayalı Joint Venture” sisteminde sözleşmenin imzalanmasından sonra tarafların sermaye tahsis etmesi gereklidir.⁶⁸

“Sermayeye dayalı Joint Venture’in temel farkı taraflar arasında imzalanan sözleşme sayesinde ortaya çıkan adi ortaklık haricinde aynı tarafların bir ortaklık daha meydana getirmesi ve buna sermaye tahsisi yapmasıdır.⁶⁹

Sözleşmeye dayalı Joint Venture, tüzel kişiliği haiz olmamakla birlikte bir organizasyon olmadan da var olabilir.⁷⁰

Sermayeye dayalı Joint Venture uygulamada genellikle ticari şirket şeklinde teşekkül ettiği için tüzel kişiliğe sahiptir; uygulamada Anonim veya Limited şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁷¹

Sermayeye dayalı Joint Venture, bir görüşün nitelendirmesine göre “esas” türdür ve gerçek hayatta sıkça karşılaşılan modeldir.⁷² Bu türde taraflar temel sözleşmeyi (Joint Venture sözleşmesi) imzaladıktan ve adi ortaklık (Joint Venture) meydana getirdikten sonra genellikle bir şirket ana sözleşmesi akdederek bir ticari şirket - tüzel kişiliği haiz - meydana getirirler.⁷³

61 Tekinalp / Tekinalp, s.166.

62 Barlas, s.243.

63 Barlas, s.243.

64 Barlas, s.244.

65 Barlas, s.244.

66 Kocaağa, s. 39; Tekinalp / Tekinalp, s.155.

67 Kocaağa, s. 40.

68 Kocaağa, s. 40.

69 Kocaağa, s. 40.

70 Tekinalp / Tekinalp, s.156.

71 Tekinalp / Tekinalp, s.156 vd.

72 Barlas, s.245.

73 Barlas, s.245-246.

İş ortaklığı da Joint Venture türlerinden biridir. Bir kabule göre; *“Birbirinden ekonomik ve hukuksal yönden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir yapı işinin ifasını iş sahibine karşı her biri işin tamamından sorumlu olmak üzere üstlenerek gerçekleştirmek amacıyla bir sözleşme bağı çerçevesinde biraraya gelmeleriyle oluşan ilişki, iş ortaklığı olarak adlandırılmaktadır.”*⁷⁴

İş ortaklığını oluşturan taraflar işveren karşısında işin tümünden, yapı konsorsiyumunu oluşturan taraflar ise salt kendi paylarına düşen işlerden sorumludurlar.⁷⁵

Doktrindeki iki görüşe göre iş ortaklığı sözleşmeye dayalı Joint Venture’in bir türüdür.⁷⁶ Bu görüşte belirtildiği üzere Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. ve 2.(7) maddelerinde ve Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 2.(5) Maddesinde öngörülen iş ortaklığı tanımı ve hükümleri Türk Hukuk Sisteminde Joint Venture düzenlenmesi olarak gözükmese de aslında sadece onun bir alt türüdür ve dahi doktrindeki iş ortaklığı kavramından da farklı unsurlar içermektedir.⁷⁷

Bu görüşe göre hukuki nitelendirmede sözleşmeye dayalı Joint Venture ile sermayeye dayalı Joint Venture’ı farklı değerlendirmek gerekmektedir; zira sözleşmeye dayalı Joint Venture’ı oluşturan temel sözleşme TBK’ye göre adi ortaklık sözleşmesi, ortaya çıkan kurum ise adi ortaklıktır.⁷⁸

Sermayeye dayalı Joint Venture’da ise ilk aşama olan temel sözleşme doktrinde tartışmalı olsa da bizim de katıldığımız görüşe göre bu da adi ortaklık sözleşmesidir.⁷⁹

Türk Hukuk Sisteminde vergi ile ilgili mevzuatta kendine düzenleme alanı bulan “iş ortaklığı” da adi bir ortaklıktır.⁸⁰

6. İnşaat Sektöründe Joint Venture Uygulaması

Joint Venture inşaat sektöründe kural olarak birden fazla ihtisas ve inşaat türü gerektiren, maliyeti fazla olan ve iş hacmi fazla olan inşaat projelerinde kullanılır. Bunun sebebi üstlenicilerin yukarıda bahsedilen tür işlerde işverenin ihtiyacı olan ve tamamlanması gereken birden fazla edimi yerine getirebilmesidir. Gerçekten de tek bir inşaat işi için; proje çizimi, ruhsat alımı, üst ve alt yapı inşaatlarının tamamlanması gibi birden fazla edimi ticari hayatın gerçeklerine uygun olarak birden fazla şirket yapmak zorunda kalmaktadır.⁸¹

İnşaat sektöründe de genel tanıma uygun şekilde işverenin isteklerini birlikte tamamlamak amacı ile bağımsız müteahhitler tarafından bir Joint Venture meydana getirilir.⁸²

Yani daha somut anlatmak gerekirse “işveren” genellikle bir ihale açar ve birden fazla inşaat firması anahtar teslim yönetimi ile bu projeyi gerçekleştirmek için bir Joint Venture

74 Barlas, s.251.

75 Barlas, s.251.

76 Barlas, s.253.; Tekinalp / Tekinalp, s. 157 - 158.

77 Barlas, s.252-253.

78 Barlas, s.255.

79 Barlas, s.256.; Kaplan, (*Joint Venture*), s.29.

80 Tekinalp / Tekinalp, s. 157.

81 Kaplan, (*Joint Venture*), s.45.

82 Kaplan, (*Joint Venture*), s.45.

oluşturur. İnşaat sektöründe tüm bu anlatılan sürecin gerçekleşmesi için genel olarak; inşaat firmaları arasında bir “temel sözleşme” imzalanır daha sonra bu sözleşme esas alınarak adi ortaklık statüsünde bir Joint Venture organizasyonu meydana gelir ve işveren ile bir “inşaat sözleşmesi imzalanır.”⁸³

7. Joint Venture’da Yönetim ve Temsil

Joint Venture doktrindeki ortak görüşe göre ilke olarak bir adi ortaklıktır ve TBK’nin adi ortaklığa ilişkin hükümleri uygulanır.⁸⁴

Daha somut bir şekilde bahsetmek gerekirse Joint Venture tarafları iki tüzel veya gerçek kişi ise bunlar kendi aralarında yönetim, teknik işler ve mali işleri kendi aralarında bölebilir ve kendi sorumluluklarına uygun işleri yapabilirler. Lakin Joint Venture’ı oluşturan tarafların sayısı ikiden de fazla ise bir “inşaat komisyonu” oluşturulur ve bir ticari şirket organı gibi hareket eder ayrıca taraflardan biri “pilot firma” olarak atanıp kabaca idare ve organizasyondan sorumlu olur.⁸⁵

Kanuna bakıldığında asli kural Joint Venture’ı oluşturan tüm tarafların yönetim yetkisini kullanabilmesidir. Lakin eskiden beri süregelen ilke; temel sözleşmenin değiştirilmesi haricinde tüm iç işlerde yetkili organın inşaat komisyonu olmasıdır. Ancak uygulamada özellikle inşaat sektöründe bu komisyon yönetici gibi değil denetleyici gibi hareket etmektedir.⁸⁶

Pilot firma; sözleşmeye ve inşaat komisyonunun verdiği kararlara aykırı olmamakla birlikte Joint Venture’ın idaresinin yanına dışa karşı temsil ile de yetkilidir.⁸⁷

Doktrinde bir görüş, adi ortaklık ve/veya Joint Venture için yönetimin tanımını; “*Şirket gayesinin takibi ve gerçekleştirilmesine yönelik olarak şirket için yapılan her türlü faaliyet geniş anlamda yönetim olarak adlandırılır*” şeklinde yapmıştır.⁸⁸ Bu kabulün yönetim tanımı üçüncü kişilerle olmayan şirket ile ilgili her türlü işlemi kapsar.⁸⁹ Gerçekten de bu görüş-*üçüncü kişiler ile yapılan hukuki işlemleri*- temsil olarak nitelendirmektedir.⁹⁰

Türk Borçlar Kanunu’nun 625-638. maddeleri arasında adi ortaklık için temsil ve yönetim düzenlenmiştir. Joint Venture sözleşme temelli bir hukuki kurum olduğu için yönetim ve temsile ilişkin olarak adi ortaklığa ilişkin TBK düzenlemeleri tali niteliktedir ve asli kural- lar taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenir.⁹¹

83 Kaplan, (*Joint Venture*), s.45.

84 Tekinalp / Tekinalp, s. 157.

85 Kaplan, (*Joint Venture*), s.45-47.

86 Kaplan, (*Joint Venture*), s.65.

87 Kaplan, (*Joint Venture*), s.66-67.

88 Kaplan, (*Joint Venture*), s.47.

89 Kaplan, (*Joint Venture*), s.47.

90 Kaplan, (*Joint Venture*), s.47.

91 Kaplan, (*Joint Venture*), s.64.

8. Joint Venture'da Sona Erme

Yukarıda da bahsedildiği üzere Joint Venture ilke olarak bir adi ortaklıktır. İşbu sebeple öncelikle TBK'nin adi ortaklığın sona ermesine ilişkin hükümlerine bakılması gerekmektedir. TBK'nin 639. maddesinde belirtilen sebepler;

- “1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.
2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.
3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.
4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.
5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.
6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.
7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.”

Ayrıca 640. maddede de süresi belli olamayan adi ortaklıkların 6 ay önceden fesih bildiri şartı ile sona ereceği öngörülmüştür.

Tüm haller kanunda çok açık şekilde düzenlenmiş gibi gözükse de pratikte düşünülmesi gereken bazı noktalar olduğu doktrinde tartışılmaktadır. Zira bir kabule göre işin tamamlanmasından dolayı sona ermesinde dikkat edilmesi ve yapılan sözleşmelerde açıkça belirtilmesi gereken nokta; sona erme için yapının garanti süresinin dolmasının beklenip beklenmeyeceğidir.⁹² Uygulamada da görülen şekilde Joint Venture'ın işin tesliminden sonra varlığını sürdürmesi ticaret hayatının gerekliliklerine uygun değildir. Bizim katıldığımız görüş ise sona erme tarihi olarak işverence yapılacak kesin kabul tarihinin belirlenmesidir.

9. Türk Borçlar Kanunu'nun Joint Venture Uygulaması

Nihayetinde Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığa ilişkin hükümleri sözleşmeye dayalı Joint Venture ile sermayeye dayalı Joint Venture'ın ilk bölümü - taraflar arasında imzalanan temel sözleşme- için uygulanır. Sermayeye dayalı Joint Venture'ın ikinci kısmında yani ticari şirket kurulması bölümünde ise TTK hükümleri ve ana sözleşme uygulanacaktır.⁹³

Daha önce de belirtildiği üzere; TBK'deki hükümler eğer emredici nitelikte değilse temel sözleşmeyi tamamlayıcı olarak uygulanır.⁹⁴ Ancak dikkat edilmesi gereken belli noktalar

92 Kaplan, (*Joint Venture*), s.101.

93 Barlas, s.259.

94 Barlas, s.259.

da vardır. Yine daha önce belirtildiği gibi adi ortaklıklarda uygulanan “katılma payı” Joint Venture’da da söz konusu olduğu doktrinde ve uygulamada kabul görmüş olduğu hâlde; bir görüş bu verilen payların elbirliği ile mülkiyet olmayacağını, devreden gerçek veya tüzel kişinin malik olmaya devam edeceğini söylerken, bir görüş⁹⁵ aksi kanaattedir. Ancak eğer Joint Venture işlerin icrasında bir satın aldığı ya da kazandığı taşınır, taşınmaz mallar tüm ortaklar elbirliği ile malik olur.⁹⁶

B. Konsorsiyum

Bir kabule göre Konsorsiyum: “*Kişilerin belirli bir işi veya işler dizisini birlikte gerçekleştirmek amacıyla biraraya gelmeleri ve bunlardan herbirinin diğerlerinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu üstlenmesi durumunda olur*”.⁹⁷

Diğer bir görüş ise; inşaat sektöründe konsorsiyum adı verilen şirketlerin birlikte hareketinin çok yaygın olduğunu vurgular ve bu şirketlerin hangi işle iştigal edeceğinin ama aynı zamanda teslim edilecek proje ile ilgili müteselsil bir sorumlulukta olduklarının bilincinde olduğu bir girişim olduğunu belirtmiştir.⁹⁸

Konsorsiyum da Joint Venture gibi sözleşmeye dayalı bir ilişkidir ve konsorsiyum sözleşmesinin Joint Venture ile benzer şekilde şekil şartı yoktur, zira hukukumuzda açık bir düzenleme yoktur.⁹⁹ Konsorsiyumun tarafları arasındaki bu sözleşmesel ilişkiyi BK temel alır.¹⁰⁰

Konsorsiyumun hukuki niteliği de Joint Venture gibi adi ortaklıktır.¹⁰¹ Bir görüşün yaptığı ayrıma göre Joint Venture ile konsorsiyum arasındaki en önemli farklardan biri konsorsiyumun ayrı tekil bir ticari faaliyet için uygulanmasıdır; oysa ki Joint Venture genel bir amaç için kurulabilir.¹⁰² Ayrıca doktrindeki bir kabule göre aralarındaki en temel fark Joint Venture’ı oluşturan tarafların müteselsil sorumluluğu varken konsorsiyumu oluşturan tarafların böyle bir sorumluluk içinde olmamasıdır.¹⁰³

Yukarıda da bahsi geçen bir kararında Yargıtay 13. H.D.’si joint Venture ile Konsorsiyum arasındaki farkları gözetmeksizin ortak muamele etmiştir.¹⁰⁴

Danıştay 4. Dairesi ise 2000/3414 E 2000/4998 K sayılı kararında Joint Venture ile Konsorsiyumun farklarını doğru şekilde gözetmiştir.

Bir diğer ayrım ise Joint Venture kural olarak bir “organizasyon” gerekliliği gösterirken Konsorsiyumda böyle bir gereklilik yoktur.¹⁰⁵

95 Dayınlarlı , s.323.

96 Tekinalp / Tekinalp, s.155.

97 BARLAS, Nami; *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri (Adi Ortaklık)*, İstanbul 2008, s. 174.

98 Dayınlarlı , s.33 Ayrıca Bknz ; Tandoğan Haluk; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1987.

99 TURAN, Şahin; “*Konsorsiyum Sözleşmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, s. 454.

100 Turan, s 454.

101 Kaplan, (*Joint Venture*), s.37.

102 Kaplan, (*Joint Venture*), s.37.

103 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 239.

104 Yargıtay, 13. HD., 20.10.1995, 95/7761 E., 95/8331 K.: “...müşterek iş ortaklığı kurulduğu, davanın bu konsorsiyum hükümlerine dayandırıldığı...”

105 Kaplan, (*Joint Venture*), s.39.

Konsorsiyum ile Joint Venture' ı ayıran özelliklerden biri konsorsiyumu oluşturan tarafların "bir araya gelme" zorunluluğunun ve dahi "organizasyon" zorunluluğunun olmamasıdır.¹⁰⁶ Bunun dışında aynı görüş "geçici ortaklık" özelliğinin de Joint Venture ile temel ayrımlardan biri olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁷

Doktrinde de üzerinde anlaşıldığı üzere Konsorsiyumun ilk unsuru Joint Venture gibi bir sözleşmedir. Ancak burada doktrinde bir kabulün ileri sürdüğü sözleşmenin taraflarının sadece tüzel kişiler olabileceği görüşünün¹⁰⁸ yanında bir diğer kabule göre Joint Venture'da olduğu gibi gerçek kişiler de taraf olabilir.¹⁰⁹

Konsorsiyum'un oluşturulmasının saiki ilke olarak bir veya birden fazla işin tamamlanmasına yöneliktir yani Joint Venture uygulamalarında görüldüğü gibi ilke olarak süreklilik özelliği yoktur.¹¹⁰

Konsorsiyumun idare ve temsil yetkisi ilke olarak tek bir ortağa bırakılır.¹¹¹

Bir görüşe göre Konsorsiyumlar her işin icrası ve alanına göre farklı bir tür olabilir ama bunları farklı türler olarak değerlendirmek doğru olmamakla birlikte doktrinde kalıplaşmış birkaç tür vardır; bunlardan bizim konumuzla ilgili olanı "Yapı Konsorsiyumu"dur.¹¹²

Doktrinindeki başka bir tanıma göre; "*İki veya daha çok gerçek veya tüzel kişiden her birinin, belli bir işi yapmak amacı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmektir.*"¹¹³

Yapı Konsorsiyumları iş ortaklığından da farklıdır.¹¹⁴ Ancak bu görüş, bu konuyu ele alırken Konsorsiyum ve iş ortaklığının farkını belirtmiş ama ikisini de Türk Hukukundaki sözleşmeye dayalı Joint Venture'ın bir alt dalı olarak ele almıştır.¹¹⁵

Konsorsiyumlar da doktrinindeki ortak kanaate göre adi ortaklık niteliğindedir, ancak müteselsil sorumluluğun ve elbirliği ile mülkiyetin olmaması özellikleri Konsorsiyumları adi ortaklıktan farklı kılar ve TBK'nin buna ilişkin maddeleri uygulanamaz.¹¹⁶ Yine de Joint Venture'da olduğu gibi emredici hükümlerinden sonra sözleşme daha sonra TBK'nin adi ortaklığa ilişkin maddeleri tamamlayıcı olarak uygulanır.¹¹⁷

106 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 221.

107 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 221.

108 Kaplan, (*Joint Venture*), s.37.

109 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 222.

110 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 222.

111 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 223.

112 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 226-231.

113 Tekinalp / Tekinalp; "*Joint Venture*", Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yıl Armağanı Ankara 1988, s.162.

114 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 231.

115 Tekinalp / Tekinalp, (*Joint Venture*), s.157-162

116 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s. 232-234.

117 Barlas, (*Adi Ortaklık*), s.232-234.

VIII. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YARGILAMA SÜRECİ

A. Türk Mevzuatında İnşaat Hukuku

İnşaat hukuku Türk Hukuk Sisteminde bağımsız bir dal olarak düzenlenmemiş, Türk Borçlar Kanunu'nun 470-486. maddeleri arasında düzenlenen istisna akdi bölümü altında öngörülmüştür. Bu maddeler arasında inşaat uygulamaları ile alakalı birkaç fıkra bulmak mümkün olsa dahi inşaat hukukunun aslen ayrı bir dal olarak Türk Hukuk Sisteminde bulunmadığı, TBK temeline dayandığı söylenebilir.¹¹⁸

İnşaat Sözleşmesi tanımı mevzuatımızda yoktur. Ancak doktrinde inşaat sözleşmesi taraflardan birinin bir yapının inşasını yapma borcu altına girdiği diğer tarafın bunun karşılığında bedel ödeme borcunun olduğu eser sözleşmesinin bir alt türü olarak tanımlanmıştır.¹¹⁹

B. Sözleşme Sürecinde Taraplara Uygulanabilecek Haciz ve Bunun Sözleşmeye Etkisi

Türkiye'de yerleşik uygulaması Adi Ortaklık şeklinde gerçekleşen iş ortaklıklarının kendi iç bünyelerinde ya da üçüncü şahıslarla olan ilişkileri nedeni ile pek çok hukuki ihtilaf meydana gelebilmektedir. Bu hukuki ihtilaflardan olan ortaklık yapısına haciz uygulanması arabuluculuk kurumunun en rahat uygulanabileceği alanlardan birisidir.

Adi ortaklığın borcundan dolayı ortaklığa ait hak ediş doğrudan haczedilemez. Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında takip yapılması hâlinde, adi ortaklığın üçüncü kişiden olan istihkakına haciz konulamayacağı olgusu yargı kararları ile açıklık kazanmıştır. Borçlar Kanunu gereği; ortakların ortaklığa ait bütün kazançları aralarında taksim etmekle yükümlü oldukları; aksine bir anlaşma olmadıkça her ortağın, kâr ve zarardan hissesinin eşit olacağı; ortaklardan birinin tasfiyedeki hissesine haciz konulabileceği belirtilmiştir.

Yasal düzenleme gereği, adi ortaklık yapısında, ortağın kişisel alacaklıları borçlu ortağın şirketteki kâr payını veya adi ortaklığın tasfiye edilmesi hâlinde borçluya isabet edecek tasfiye payını haczettirebilecektir. Ancak ortaklığa ait kazanç; ortaklar arasında taksim edilmiş ve tasfiye edilerek tasfiye payı belirlenmemiş ise, bu aşamada, adi ortaklığın yaptığı işin karşılığında üçüncü kişiden alacağına haciz konulamamaktadır. YHGK. 14.12.2005 T. 2005/13-700 E. 2005/715 K.

Ortaklık tasfiye payına haciz konulması durumunda; taraflar arasında imza edilmiş sözleşmenin özel maddeleri gündeme gelecektir. Adi Ortaklığın tarafları arasında imza altına alınan ortaklık sözleşmesinde taraflardan birinin tasfiye payına haciz uygulanması durumdaki hâl için özel bir hüküm yer almakta ise bu hükmün işletilmesi söz konusu olabilecektir. (Adi ortaklığın tasfiye edilmesi, hakların devri vs. gibi)

118 KOSTAKOĞLU, Cengiz; *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 2000, s.807 vd.

119 KOCAAĞA, Köksal; *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2014, s.27.

Taraflar arasında imza edilen Adi Ortaklık ana sözleşmesinde özel bir hüküm yer alması hâlinde; yasal düzenleme ve yerleşik yargı kararları gereği ortaklığın kurulma amacının gerçekleşmesi ve ortaklığın sona ermesi maddeleri uygulanarak tasfiye işleminin gerçekleşmesinden sonra ortaklardan birine uygulanan haczin ortaklık yapısına ve / veya diğer ortağın zararına sebebiyet vermesi hâli söz konusu ise diğer ortağın yasal düzenlemeden doğan haklarını kullanması durumu söz konusu olabilecektir.

IX. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE FIDIC

A. Genel Olarak

İnşaat sektörü, yarattığı katma değer ve istihdam olanaklarıyla ülke ekonomisi için ayrı bir öneme sahiptir. Büyük ölçüde ulusal sermayeye dayanan sektörün birçok meslek dalını kapsaması nedeniyle istihdam kapasitesi çok yüksektir. Son yıllarda giderek artan hacimde uluslararası taahhüt üstlenen Türk yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü, kalkınma ve rekabet gücünün artırılması açısından önemli bir potansiyel barındırmaktadır. Bu uluslararası taahhütlere temel teşkil eden husus, uluslararası inşaat sektöründe meydana gelen sözleşme ilişkileridir.

Uluslararası inşaat sektöründe taraf ilişkileri, yüklenici ve iş sahibi arasında şekillenmektedir. İş sahibi, inşaatı ısmarlayan kimsedir. Yüklenici ise ısmarlanan inşaatı yapmayı yüklenen kişidir.¹²⁰ İnşaat sözleşmeleri, niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler ile iş sahibi belirli bir miktar para ödemeyi, buna karşılık müteahhit de bir yapı eseri (inşaat) meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi borçlanır. Bu sözleşmelerin uluslararası nitelik kazanması, sözleşmenin taraflarının farklı devlet tabiiyetine veya farklı ülkelerde ikametgâha veya mutat meskene sahip olmasına veya sözleşme konusu şeyin, hizmetin ya da ödemelerin bir ülkenin sınırlarını aşmış olmasına bağlıdır¹²¹.

B. FIDIC ve FIDIC Sözleşmeleri

Uluslararası inşaat sektöründe, genelde yabancı müteahhitler sözleşme konusu eseri farklı bir ülke sınırları içerisinde inşa ve teslim etmeyi borçlanmaktadır. Ne var ki, iş sahipleri yabancı ülke devletleri olduklarından, yabancı bir ülkede büyük ölçekli bir taahhüt altına girecek olan yükleniciler kendilerini büyük bir risk altında hissetmektedirler. Dolayısıyla, zaman içerisinde her devletin ve müteahhitlerin saygı duyacağı uluslararası tip sözleşmelerin ve bu sözleşmelere dayalı bir geleneğin gelişmesi, zayıf durumda bulunan müteahhitler için bir zaruret olmuştur.

¹²⁰ Kaplan, (*İnşaat Sözleşmeleri*), s. 301.

¹²¹ KÖKSAL, Tunay; *Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2013, s. 409-450.

1913'te Dünya Fuarı Sergileri için bağımsız uzman danışman arayışının bir sonucu olarak, bir dizi danışman mühendis, küresel bir Federasyon oluşturma olasılığını tartışmak üzere bir araya gelmiştir. Uluslararası tip sözleşmeler geliştirerek yeknesaklık ve küresellik sağlamak amacı doğrultusunda kurulan FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils), çeşitli sözleşme tiplerinin oluşumuna öncülük etmiştir. FIDIC, 1913 yılında Avrupa merkezli olarak kurulan ve amacı küresel ölçekte bir müşavir mühendisler birliği oluşturmak olan¹²² bir kuruluştur. FIDIC'in kuruluş ilkeleri: Kalite, bütünlük ve sürdürülebilirlik olarak karşımıza çıkmaktadır. FIDIC'in oluşturduğu standart sözleşme tipleri (**FIDIC Sözleşmeleri**), uluslararası inşaat şirketlerinin imzaladıkları inşaat sözleşmelerinin temelini oluşturmaktadır. FIDIC Sözleşmelerinin amacı, herhangi bir firma bir inşaat üstlendiğinde, o projede mevcut idarenin karşısında müteahhitlerin kendilerini zayıf hissetmelerinin önüne geçerek riski her iki tarafa dağıtmak ve dünya çapında bir standart sağlamaktır. Günümüzde gerek Dünya Bankası gerekse diğer kredi kuruluşlarının, finansmanını sağladıkları işlerde FIDIC şartlarının uygulanmasını istemeleri dolayısıyla birçok ülkedeki uluslararası ihaleler FIDIC Sözleşmelerine göre yapılmaktadır.

FIDIC Sözleşmeleri, uluslararası inşaat hukuku arenasında bir standart sağladığından ve risk dağılımını sağlayarak sözleşme tarafları arasında bir güven ilişkisi de yarattığından FIDIC şartları, ülkelerin iç hukuk sistemlerinde de benimsenmiştir. Türk Hukuku özelinde ele alındığında gerek Yargıtay, gerek Kamu İhale Kurulu, gerek Sayıştay; uyuşmazlık konusuna göre vermiş oldukları kararları yeri geldiğinde FIDIC şartlarına dayandırabilmektedirler. Nitekim inşaat hukuku, pek çok teknik bilgi gerektiren bir alan olduğundan yerel mahkemelerin yetki ve profesyonellik sınırlarını aşmakta, bu konuda uzmanlaşmış profesyonellerin yardımına ihtiyaç duyulmaktadır. Yargıtay'ca verilen bir karara göre: *"Bu durumda mahkemece yeniden oluşturulacak konusunda uzman inşaat, jeoloji, makine, elektrik ve harita mühendisi ile alet operatörü ve FIDIC sözleşmeleri konusunda uzman hukukçudan oluşturulacak bilirkişiler kurulundan... (bilgi alınarak) ...değerlendirilmek suretiyle asil ve birleşen davaların sonuçlandırılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur."*¹²³ Görülmektedir ki FIDIC şartnameleri ülkelerin iç hukuk sistemlerinde de kabul ve değer görmekte, yargılama süreçlerinde bu alanda uzmanlaşmış kişilerin yardımına ihtiyaç duyulabilmektedir.

FIDIC Sözleşmelerinde ilişki, tıpkı diğer inşaat sözleşmelerindeki gibi aslen iş sahibi ve müteahhit arasında kurulmakta olsa da bu ilişkide FIDIC Sözleşmelerine özgü olan husus, müşavir/mühendis mekanizmasının, nispeten bağımsızlığı, tarafsızlığı ve gücüdür. Müşavir/mühendis, hem genel olarak proje akışını denetlemekte, hem de iş sahibi ve müteahhit arasında sözleşmeye ilişkin olarak çıkabilecek potansiyel uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır. Şayet taraflar ileri sürülen hak talepleri ile bağlantılı olarak müşavir/mühendisin verdiği karardan hoşnut kalmazlarsa, bu kararlara itirazlarını "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu" adı verilen,

122 HÖK, Götz Sebastian; *Uluslararası İnşaat Hukuku- FIDIC Red Book 1999 Hakkında Açıklamalar*, Çev. Gökhan Erbaş. Ankara: Adalet Yayınevi, s.2 vd.

123 Yargıtay Kararı - 15. HD., E. 2011/1790 K. 2011/3715 T. 23.06.2011

hızlı karar alan ve FIDIC Sözleşmelerine özgü bir kurula taşıyabilmektedirler. Belli bir süre içerisinde bu kurulca verilen karara taraflardan birisi tarafından itiraz edilmezse kurul kararı kesin ve bağlayıcı hale gelmektedir. Bu durumda ortaya çıkan karardan memnun olunmadığı yahut karara uyulmadığı¹²⁴ takdirde tarafların tahkime başvurma yolu da açıktır.

Hak talepleri, sözleşme yapılırken öngörülemeyecek bir durumun daha sonradan ortaya çıkması sonucunda gündeme gelmektedir. Hak talepleri, yöneldikleri amaç açısından yüklenicinin proje tamamlama süresinin uzatılması veya yükleniciye ilave ücret ödenmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. İş sahibinin de yer yer hak talebinde bulunma olanağı var ise de uygulamada büyük çoğunlukla hak talepleri müteahhitlerce yapılmaktadır. Bu kapsamda FIDIC Sözleşmelerinin yüklenicinin bu hak talebini sunması adına yüklediği usulü yükümlülükler, hak talebinin kabul edilebilirliği açısından son derece kritiktir.

Yüklenicinin hak taleplerini sunarken uymakla yükümlü olduğu hususlar, FIDIC Sözleşmelerinin 20. maddesinde düzenlenmiştir. FIDIC Sözleşmeleri talep yönetimi hükümleri uyarınca hak talebinde bulunan müteahhit, kendisinin tamamlama süresini uzatmaya ya da ilave ücret almaya hakkı olduğunu düşünüyorsa bu durumu mühendise (daha az kullanılan bazı FIDIC sözleşme tiplerinde bu talepler doğrudan iş sahibine yöneltilmektedir) bildirmeli ve bu talebine dayanak olan olay ya da durumu belirtmelidir. Bir diğer deyişle, hak talebinde bulunan yüklenicinin hak talebine konu olayı bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bildirim, mümkün olan en kısa sürede ve her hâlde yüklenicinin olaydan ya da durumdan haberdar olduğu ya da olması gereken andan itibaren en geç 28 gün içerisinde yapılmış olmalıdır. Eğer bildirim yükümlülüğü ihmal edilirse bu durumda tamamlama süresi uzatılmaz ve müteahhidin ilave ücret isteme hakkı düşer. Eş söyleyişle iş sahibi, bu taleple ilgili tüm yükümlülüklerinden kurtulur. Nitekim ICC Hakem Heyeti'ne göre de bildirim yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlarda talepler tamamen geçerliliğini yitirmektedir. Yüklenicinin ilgili hak talepleri hakkında daha önce mühendise bildirimde bulunmamış ve bu hususu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na taşımamış olması, tahkim aşamasına gelindiğinde, hakem heyeti uyarınca söz konusu taleplerin reddi sebebidir¹²⁵.

Türk Hukuku açısından tartışmalı olan bu konu (hak düşürücü sürelerin tarafların anlaşmasıyla azaltılamayacağı prensibi), Yargıtay'a taşınan çeşitli FIDIC sözleşmesi uyuşmazlıklarında incelenmiş ve Yargıtay, FIDIC'deki 20. maddeden doğan sürelerin sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirmiş ve dolayısıyla bu uygulamayı teyit etmiştir. Söz konusu karar uyarınca: *"(FIDIC) inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımının da muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle davacının süresinde sözleşmeye uygun talepte bulunmaması ve belgelendirilmemesi nedeniyle süre uzatımı taleplerinin mühendis firmaca reddedilmesinde sözleşmeye aykırı bir tutum ve davranış yoktur. Davacının davadaki alacak talepleri süre uzatımına hak*

124 ATAMER, Yeşim. M. / Baş Süzel, Ece / Geisinger, Elliott; *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul 216, s.59 vd.

125 ICC Final Award in Case 16765

kazanmasına bağlı olup, ortada davacıya verilmesi gereken süre olmadığına göre davanın tümüyle reddi yerine kabulü doğru olmamıştır."¹²⁶ Görülmektedir ki süre uzatım talepleri ile ilgili olarak taleplerin zamanında yapılması önem arz etmektedir ve FIDIC Sözleşmeleri uyarınca talepte bulunulmaması hâlinde mühendisin bu talepleri reddedebileceği Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir.

FIDIC Sözleşmelerinde en sık karşılaşılan hak talebi türü süre uzatım talebidir. İlgili projenin başlangıcında taraflarca öngörülen bitiş tarihinin yükleniciye atfedilemeyecek sebeplerle yakalanamaması hâlinde, müteahhit süre uzatımı adına bir hak talebinde bulunmaktadır.

Süre uzatımı talebine hak veren temel sebepler, proje kapsamında bir iş değişikliği olması ve iş sahibi veya onun genel organizasyonuna atfedilebilen bir gecikme, mâni ya da engellemenin olması durumlarıdır. Yine olağanüstü uygunsuz iklim koşulları, salgın hastalık yahut benzer sebeplerle de süre uzatımları gündeme gelebilmektedir.

Bu yönde en çok rastlanan süre uzatımı sebebi, iş değişikliği halleridir. FIDIC Sözleşmelerinin 13. maddelerinde düzenlenen iş değişiklikleri, tıpkı proje tamamlandıktan sonra meydana gelen tasarım değişiklikleri gibi sözleşmenin başında gündemde olmayan hususların daha sonradan gündeme gelmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İş değişikliği, mühendisin (bazı FIDIC Sözleşmelerinde iş sahibinin) kendi kendine karar verebileceği bir husus olduğu gibi, yüklenicinin teklifi üzerine mühendisin (yine bazı FIDIC Sözleşmelerinde iş sahibinin) onayı doğrultusunda da söz konusu olabilir. Doğal olarak, yer yer ilave maliyet yer yer de süre etkileri olan bu iş değişiklikleri, müteahhit nezdinde hak taleplerinin doğumuna sebebiyet vermektedir.

Kuruluşundan beri farklı yıllarda farklı sözleşme tipleri yayınlayan FIDIC, küresel çapta en yaygın olarak kullanılan sözleşme tiplerini 1999 yılında yayınlamış, sözleşmeleri farklı renk kitaplarda toplamıştır. 2017 yılında bu kitaplar revize edilerek güncellenmiş olmakla beraber günümüzde 2017 yılından önce yapılan inşaat sözleşmeleri için çok büyük çoğunlukla 1999 FIDIC Sözleşmeleri kaynak teşkil etmekte ve dolayısıyla daha yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. FIDIC, güncellenmenin ardındaki temel felsefenin ve temel amacın, projelerin daha başarılı ve daha az uyuşmazlığa konu olmasını sağlamak için gereken netliği, şeffaflığı ve kesinliği sağlamak olduğunu açıklamıştır. Güncelleme, aynı zamanda kullanıcılar tarafından son 18 yılda 1999 FIDIC'in kullanımından kaynaklanan sorunları gündeme getirmekte ve mevcut uluslararası en iyi uygulamayı yansıtmaktadır. Bu nedenle 2017 FIDIC'in ana teması, uyuşmazlıkların önlenmesine verilen vurgunun artmasıdır. FIDIC'in bunu ele almayı seçmesinin yolu; iş sahibi, müteahhit ve mühendisten bekleneni adım adım ortaya koyarak sözleşme hükümlerinin çoğunu daha açıklayıcı hale getirmek olmuştur.¹²⁷ Dolayısıyla revizyon sonrasında meydana gelen değişiklikler gerek uzunluk gerekse etki açısından oldukça kapsamlıdır.

126 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2000/4429 K. 2001/1032; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2001/5595, K. 2002/3931

127 The construction & energy law specialists. n.d. *"The Second Edition of the FIDIC Rainbow Suite has arrived."* Fenwick Elliott. https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/jg_-_second_edition_of_fidic_rainbow_suite_for_fe_site.pdf. (Erişim Tarihi: 27 Eylül 2019)

İçerik olarak bakıldığında FIDIC Sözleşmeleri iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım sözleşmede yer alan genel şartlara ilişkindir. İkinci kısım ise her bir projede yapılacak işlerin niteliği göz önüne alınarak düzenlenen özel şartlardır. Genel şartların aynen uygulanmasına yönelik bir zorunluluk bulunmamaktadır ve taraflar, genel şartlarda yer alan hükümleri özel şartlar altında değiştirmekte, kaldırmakta veya ilaveler yapmakta serbesttirler. Bununla beraber FIDIC Sözleşmelerinde yer alan genel şartların bütünüyle değiştirilmesi ortaya bambaşka bir sözleşme tipinin çıkmasına neden olur ki bu da FIDIC Sözleşmelerinin tercih edilmesine sebep olan özelliklerini ortadan kaldırır. Bu doğrultuda taraflar genellikle genel şartların önemli bir bölümünü muhafaza etmekte, yalnız somut olaydaki proje bazında önem arz eden bazı hükümleri sözleşmeye derç etmekle yetinmektedirler.

FIDIC tarafından geliştirilen altı sözleşme tipi bulunmaktadır. Bu sözleşme tipleri, Kırmızı Kitap, Sarı Kitap, Gümüş Kitap, Yeşil Kitap, Altın Kitap ve Beyaz Kitap olarak anılmaktadır. Farklı sözleşme tipleri, farklı ihtiyaçlara cevap vermekte, farklı projelere yönelmektedir. Aşağıdaki kısımda FIDIC Sözleşmelerinin en sık kullanılan tiplerine yer verilmiştir.

1. Kırmızı Kitap (Red Book)

Kırmızı Kitap, sektörde FIDIC Sözleşmelerinin en yaygın rastlanan tiplerinden biri olup, temelde tasarımı iş sahibince yapılan projelerin meydana getirilmesi amacına yöneliktir. Kırmızı Kitap'a konu işlerde müteahhit, iş sahibinin verdiği tasarıma bağlı olarak onun istediği eseri meydana getirmektedir. Bu kapsamda ilgili projelerde yer yer "*Yüklenici tarafından planlanmış bazı unsurlar yer alabilir.*"¹²⁸ ise de, bu kitabın uygulamalarında temel kural işveren tasarımının esas alınması, müteahhidin de projeyi buna göre imal etmesidir.

2. Sarı Kitap (Yellow Book)

Sarı Kitap, en az Kırmızı Kitap kadar tercih edilen bir FIDIC Sözleşmesi tipidir. Sarı Kitap, temelde "*Elektrik tesislerinin ve/veya mekanik tesislerin hazırlanması ve bunun yanında inşaat işlerinin veya mühendislik işlerinin planlanması ve icrası için tavsiye edilmektedir.*"¹²⁹.

Bu kapsamda, Kırmızı Kitap kapsamındaki işlerden farklı olarak bir proje planı yoktur; ancak iş sahibi tarafından belirlenmiş spesifikasyonlar mevcuttur ve tasarım müteahhit tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla müteahhit, projeyi bu spesifikasyonlar çerçevesinde yapmaktadır ve buna bağlı olarak yüklenicinin payına düşen risk miktarı Kırmızı Kitap kapsamındaki işlere kıyasla daha yüksek olmaktadır.

3. Gümüş Kitap (Silver Book)

Gümüş Kitap kapsamına giren işler şu şekilde tanımlanabilir: "*Bu sözleşme türü (i) nihai bedelin ve zamanın kesinliğinin bir üst derecesini gerektiren ve (ii) Müteahhidin, projenin planlanması ve yürütülmesi konusunda, İşverenin küçük bir katkısının yanında tüm*

128 FIDIC, Kırmızı Kitap 1999.

129 FIDIC, Sarı Kitap 1999.

sorumluluğunu üstlendiği” işlerde tercih edilir, özellikle “*Anahtar teslimi esasına dayanan işletim tesisinin ya da bir güç kaynağı tesisinin, bir fabrikanın ya da benzer bir atölyenin ya da bir yer altı projesinin ya da inşaat projesinin başka bir türünün hazırlanması için uygun olabilir.*”¹³⁰ Gümüş Kitap, iş sahibinin hiçbir tasarım vermeden doğrudan projeyi ve planlamasını yükleniciye bıraktığı işler için kullanılan tip sözleşmelere ilişkin şartların bulunduğu kitaptır. Yükleniciden anahtar teslim bir biçimde ısmarlanan bu işlerde yüklenici, planlama işini ve fiyat güvencesi riskini üstlenmektedir; zira iş sahibi işle ilgili çok genel kapsamdaki detaylar dışında bir detay vermemekte, yalnızca hedefi söylemektedir. Bu noktada bütün problemlerden müteahhit sorumlu olmakta ve hiçbir şey iş sahibine yıkılamamaktadır, dolayısıyla yüklenicinin geniş bir hak talebi alanı bulunmamaktadır.

4. Yeşil Kitap (Green Book)

Yeşil Kitap, ihale bedeli 500.000 Amerikan dolarını geçmeyen küçük girişimler için hazırlanmış olup, “*Nispi olarak küçük sermaye değeri olan inşaat veya mühendislik işleri için tavsiye edilmektedir.*”¹³¹. Yeşil Kitap’ın “*İşin türüne ve durumuna göre bu form büyük değerdeki, özellikle nispeten basit ya da müteselsil işler ya da kısa süreli işler için uygun*” olabileceği değerlendirilmektedir. Yeşil Kitap’ta da çoğunlukla tasarım iş sahibince temin edilmektedir.

Sonuç olarak; inşaat sektörünün farklı yatırımlar içerisinde payının giderek artması dolayısıyla FIDIC Sözleşmeleri gerek yatırımcılar gerekse finansman sağlayan kuruluşlar tarafından çoğunlukla talep edilmekte ve kullanımları gün geçtikçe daha da yaygınlaşmaktadır; zira FIDIC Sözleşmeleri ile taraflar arası risk dağılımı ve dünya çapında bir standart sağlanmaktadır.

5. Altın Kitap (Gold Book)

Altın Kitap; tasarım, yapım ve işletme sözleşmelerinden oluşan bir genel prensipler bütünüdür ve içerik olarak Gümüş Kitap’ın benzeridir. Büyük sermaye ihtiyacı olan yatırım projeleri için uzun işletme süreleri göz önüne alınarak hazırlanmıştır.

6. Beyaz Kitap (White Book)

Beyaz Kitap, İşveren – Mühendis Hizmet Model Sözleşmesi’ne vücut vermektedir. İşveren ve Mühendisler arasındaki hizmet anlaşmaları bakımından kaynak nitelik taşımaktadır.

C. FIDIC Sözleşmelerinde Hak Talepleri

FIDIC Sözleşmeleri, bir eser sözleşmesinin başlangıcından bitişine kadar meydana gelebilecek uyuşmazlıkları zamanında çözümleyebilmek ve ilgili projelerin kesintisiz ve sağlıklı bir biçimde gidişatını sağlayabilmek adına çeşitli düzenlemeler öngörmektedir. Meydana

130 FIDIC, Gümüş Kitap 1999.

131 FIDIC, Kırmızı Kitap 1999.

gelen her uyuşmazlık, bir hak talebine vücut verebilmekte, bu hak talepleri öncelikle FIDIC Sözleşmelerinin karakteristik bir özelliğini oluşturan mühendis¹³² tarafından çözümlenmektedir. Uyuşmazlığın mühendisçe çözümlenme biçiminden memnun kalmayan bir taraf, konuyu öncelikle Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na, sonra da uluslararası tahkim mercilerine taşıyabilmektedir.

2017 FIDIC Sözleşmelerinin 20. maddesinde yer alan hak talepleri: "İş Sahibi'nin Ayıp Bildirim Süresini Uzatma" ve "Sözleşme Bedelinde Eksiltme" talepleri, "Yüklenicinin Tamamlama Süresini Uzatma ve Sözleşme Bedelinde Artış Talepleri" ile "Sözleşme Kapsamında Kalan Diğer Her Türü Talep" olmak üzere üç ana başlık altında düzenlenmektedir.

D. Önemli Hak Talepleri Tipleri

Her ne kadar hak talepleri iş sahibi ve yüklenici talepleri olarak ayrı kategorilerde düzenlenmiş olsalar da FIDIC Sözleşmelerinde hak talepleri büyük çoğunlukla yüklenici kaynaklı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda en sık karşılaşılan talep türü Tamamlama Süresini Uzatma talepleridir. Bilindiği üzere her inşaat işinin taraflarca önceden kararlaştırılmış bir başlangıç ve bitiş tarihi bulunmaktadır. FIDIC kapsamında bu süre Tamamlama Süresi olarak adlandırılmakta ve yüklenici normal şartlar altında işi bu süre içerisinde tamamlamakla yükümlü kılınmakta, aksi takdirde yüklenici ceza-i şarta maruz kalmaktadır. Ancak tamamlama süresi, her zaman yükleniciye atfedilebilir olmayan sebeplerden dolayı yakalanamayabilir. İşte FIDIC Sözleşmeleri bu ihtimali göz önüne alarak tamamlama süresinin yakalanamaması ve bunun yükleniciden kaynaklanmaması hâlini ayrıca hüküm altına almıştır. Bir iş değişikliği olması, sürenin uzatılmasına izin veren ve yükleniciden kaynaklanmayan bir gecikme sebebi, olağanüstü uygunsuz iklim koşulları, salgın hastalık ya da idari işlemler nedeniyle personelden ya da mallardan yararlanma imkânının önceden öngörülemeyen bir şekilde kısıtlanması ya da iş sahibi, iş sahibinin personeli ya da iş sahibinin şantiyedeki diğer taşeronlarınca sebebiyet verilen ya da bu kişilere atfedilebilir olan bir gecikme, mâni ya da engellenmenin olması durumunda yüklenici, tamamlama süresini uzatım talep etme hakkına sahiptir. Yüklenici, bu yönde bir hakkı olduğunu düşünüyorsa, bu konuda mühendise süresinde bir bildirimde bulunmalıdır. Tamamlama süresini uzatım hakkında karar verirken mühendis, önceki kararları dikkate almalıdır. Toplam tamamlama süresi uzatılabilir; ancak kısaltılamaz.

Yukarıda sözü edilen tamamlama süresini uzatım taleplerinin en tipik örneği; iş değişikliği halleridir. İş değişikliği, bir çeşit hak talebi türü olmakla birlikte hak talepleri daha geniş bir konsept teşkil etmektedir.

Hak talebinden daha dar bir konsept olan iş değişikliği talepleri, tıpkı tasarım tamamlandıktan sonra meydana gelen tasarım değişiklikleri gibi sözleşmenin başında gündemde olmayan hususların daha sonradan bir teklif olarak ileri sürülmesi şeklinde ortaya

132 Bu başlık altında mühendise yapılan yollamalar, "Gümüş Kitap" gibi mühendisin yer almadığı, onun görevlerini bizzat iş sahibinin üstlendiği hallerde, iş sahibine yapılmış gibi anlaşılmalıdır.

çıkabilmektedir. İş değişikliği, mühendisin kendi kendine karar verebileceği bir husus olduğu gibi, yüklenicinin teklifi üzerine mühendisin onayı doğrultusunda da söz konusu olabilir. 2017 FIDIC Sarı Kitap madde 13.1 uyarınca, İş değişikliği sürecinin mühendis tarafından başlatılması hâlinde, yüklenici teklif edilen iş değişikliği ile bağlıdır. Bu bağlılığın istisnaları; değişikliğin işe ilişkin şartnameye göre öngörülemez olması, yüklenicinin değişikliği ifa edebilmek için gerekli malları tedarik edememesi, değişikliğin yüklenicinin iş sağlığı ve güvenliği ile çevreye dair yükümlülüklerine uyum sağlamasını olumsuz bir biçimde etkileyecek olması, teminatlara dair takvim üzerinde olumsuz bir etki doğuracak olması, yüklenicinin işleri, işlerin yöneldiği amaca uygun bir biçimde ifa etmesini engelleyebilecek nitelikte olmasıdır. Ancak bu tahdidi hallerde yüklenici, öne sürülen iş değişikliği talebine karşı çıkabilir. Buna rağmen mühendis, yüklenicinin bu itirazları ile bağlı olmayıp, itirazın sunulması üzerine verilen talimatın yerine getirilmesini talep edebilir. Bu durumda müteahhitin başvurabileceği mekanizma Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na, buradan çıkacak sonuca göre ise tahkime başvuru olacaktır.

İş değişikliklerinde önemli olan nokta bu değişikliklerin yalnızca mühendis onayı ile yapılabilir oluşudur. Mühendis bir teklif talep ettiği takdirde yüklenici buna mümkün olan en kısa sürede yazılı cevap vermek durumundadır. Bu durumda yüklenici; 28 gün içerisinde yapılması öngörülen tasarım ve / veya yapılacak işin tanımı ve yürütülmesi için bir program vermek durumunda olduğu gibi programın tamamlanma zamanına göre programda yapılması gereken herhangi bir değişiklik önerisini ve sözleşme fiyatına uyum önerisini de sunmakla yükümlüdür. Mühendis bunun üzerine İş değişikliğinin zamansal ve parasal etkilerini hüküm altına alan bir saptama yapacaktır. Yüklenici ise bu süre zarfında hiçbir işi geciktirmemekle yükümlüdür.

E. Hak Talepleri Usulü

İş sahibinin, ayıp bildirim süresini uzatma ve sözleşme bedelinde eksiltme talepleri, yüklenicinin tamamlama süresini uzatma ve sözleşme bedelinde artış taleplerinin varlığı hâlinde duruma göre işveren veya yüklenici talebine dayanak teşkil eden durumu, bu durumun farkına vardığı veya farkına varması gereken tarihten itibaren 28 gün içerisinde mühendise bildirmelidir. Bu 28 günlük süre, hak düşürücü bir niteliğe sahip olması dolayısıyla ayrıca önemlidir. Zira ilgili tarafın bahsi geçen 28 günlük süre içerisinde kendisine düşen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, onun ilgili durumla bağlantılı olan tüm haklarını kaybetmesine yol açmaktadır. Bu durum Yargıtay kararları ile de teyit edilmiştir.¹³³

Bu bildirim gönderilmesi üzerine mühendis, bildirim süresi içerisinde yapılmadığı düşüncesinde ise ilk olarak talep sahibine bildirim süresinde yapılmadığına ilişkin bir yanıt vermekle yükümlüdür. 2017 FIDIC Sarı Kitap madde 20.2.2 uyarınca, mühendisin bu yanıtı verme süresi 14 günle kısıtlanmış olup, mühendisin süresi içerisinde böyle bir yanıt

¹³³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2000/4429 K. 2001/1032; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2001/5595, K. 2002/3931.

vermemesi hâlinde yapılan bildirim usulüne uygun addedilmektedir. Usulüne uygunluk karinesinin aksi bir düşüncede olan taraf, bu düşüncelerini bilahare dile getirme hakkına sahiptir. Aynı şekilde, mühendisten 14 gün içerisinde bildirim süresinde yapılmadığına dair bir yanıt alan taraf da bu tespite katılmama sebeplerini daha sonra açıklama hakkını haizdir.

Bu ilk bildirimden sonra ilgili taraf bildirim konu hak talebini somutlaştıran detaylı talebini göndermekle mükelleftir. Bu mükellefiyet, 2017 FIDIC uyarınca, talebe dayanak teşkil eden durumun farkına varıldığı veya farkına varılması gereken tarihten itibaren kural olarak 84 gün şeklinde düzenlenmiştir. Bu süre ilgili tarafın talebinin mühendisçe onaylanması hâlinde uzatılabilir.

İlgili tarafın detaylı hak talebini bu 84 günlük süre içerisinde göndermemesi hâlinde, talep geçersiz sayılacak ve mühendisçe bu geçersizlik 84 günlük sürenin sona ermesini takip eden 14 gün içerisinde ilgili tarafa bildirilecektir.¹³⁴ Mühendisin bu bildirim yapmaması hâlinde, aynı yukarıdaki durumda olduğu gibi, talep geçerli addedilecektir. Geçerlilik karinesinin aksi bir düşüncede olan taraf, yine bu düşüncelerini bilahare dile getirme hakkına sahiptir. Aynı hak 14 gün içerisinde talebinin geçersiz addedildiğine dair bir yanıt alan taraf için de geçerlidir.

Daha sonra mühendis, talebin niteliğine göre işveren talepleri açısından ayıp bildirim süresini uzatmaya veya uzatmamaya; sözleşme bedelini eksiltmeye veya eksiltmemeye, yüklenicinin tamamlama süresini uzatmaya veya uzatmamaya ve nihayet sözleşme bedelini artırmaya veya artırmamaya karar verecektir. Mühendisin bu kararı "Saptama" olarak adlandırılmaktadır.

Mühendis bu saptamayı yaparken taraflara eşit davranmalı ve iş sahibinin temsilcisi gibi hareket etmemelidir.¹³⁵ Mühendis bu kapsamda herhangi bir saptama yapmadan önce taraflara danışmalı ve onları uzlaşmaya sevk etmelidir. Bu usulü zorunluluğa uyulmaması, saptamanın Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından iptal edilmesine sebep olabilecektir. Ancak bu suretle bir anlaşmaya varılması mümkün olmaz ise mühendis konuya ilişkin saptamasını yapacak ve uyuşmazlığı çözümlenecektir. Mühendis bu saptamasını taraflarca anlaşmaya varılmamasını takip eden 42 gün içerisinde yapmak zorundadır. Aksi takdirde hak talebi reddedilmiş kabul edilecektir.

Yapılan saptamadan memnun kalmayan taraf, bu memnuniyetsizliğini sebepleriyle birlikte saptamanın yayınlanmasını takip eden 28 gün içerisinde bir Tatminsizlik Bildirimi vasıtasıyla karşı tarafa bildirecek ve bu suretle uyuşmazlığı Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na intikal ettirebilecektir.

Mühendis tarafından yapılan saptama, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nca veya tahkim merciince kaldırılmadığı yahut bu saptamaya karşı süresi içerisinde bir tatminsizlik bildiriminde bulunulmadığı müddetçe geçerli addedilecektir.

134 FIDIC Kitapları'nın 2017 versiyonu, 84 günlük detaylı hak talebi süresini, FIDIC Kitapları'nın 1999 versiyonundan farklı olarak hak düşürücü süre şeklinde düzenlemiştir.

135 Mühendis konumunda İşveren Temsilcisi'nin bulunduğu Gümüş Kitap'ta bu tarafsız davranma yükümlülüğünden söz edilmemektedir.

Taleplerle ilgili olarak 2017 FIDIC Sözleşmeleri uyarınca getirilen yeniliklere paralel olarak iş sahibinin de bildirimde bulunma yükümlülüğü, yükleniciler tarafından memnuniyetle karşılanmaktadır. Zira artık iş sahibinin iddialarına açık uçlu bir yol bırakılmamaktadır. Mühendis belirli bir süre içinde cevap vermeye mecbur olduğundan artık cevapsız ve beklemedeki sorunların varlığına izin verilmemektedir. 2017 FIDIC Sözleşmeleri'nin hak talebi düzenlemelerine ilişkin bir diğer önemli nokta; mühendisin anlaşma ve karar verme konusundaki güçlü rolüdür. Çünkü mühendis, anlaşmazlıkların ihtilaf hâline gelmesini önlemektedir ve taleplerin usulüne uygunluğunu belirlemede ilk başvuru kaynağıdır.¹³⁶

F. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu

2017 FIDIC Sarı Kitap madde 21.1, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yapısı ve örgütlenişini anlatmaktadır. Buna göre Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun üyeleri, tarafların ortak iradeleri doğrultusunda atanır. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, uygun niteliklere sahip bir ya da üç üyeden oluşur. Ancak kural olarak eğer uyuşmazlık kapsamında özel bir sayı belirtilmemiş ve taraflar da bu konuda anlaşmamışsa, Kurul üç üyeden oluşmalıdır. Şayet Uyuşmazlık Çözüm Kurulu üç üyeden oluşacaksa, her bir taraf diğer tarafla anlaşmaya varması için bir üye seçmelidir. Taraflar hem bu iki üye hususunda istişare etmeli, hem de Kurul Başkanı olacak üçüncü üyenin kim olacağı hususunda anlaşmalıdır. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, taraflar ve bir kurul üyesi yahut üç kurul üyesinin Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Anlaşması'nı imzaladıkları tarihte kurulmuş sayılacaktır. Bu üyelerin ücretlendirilme esasları, taraflarca Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Anlaşması'nın şartları oluşturulurken ortak bir şekilde belirlenmelidir. Her bir taraf, bu ücretlendirmenin yarısını ödemek ile mükelleftir. Madde 21.2 uyarınca eğer taraflar, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu üyelerini seçme hususunda yine aynı maddede sayılan sebepler nedeniyle başarılı olamazlarsa, taraflardan her birinin ya da tarafların talebi ve/veya onayı doğrultusunda, sözleşmede belirlenen atamaya yetkili resmi kişi ya da kurum tarafından atama gerçekleştirilecektir.

2017 FIDIC Sarı Kitap madde 21.3, uyuşmazlıkları engellemeye yönelik prosedürü işlemede ve bu kapsamda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu hakkında aydınlatmalara yer vermektedir. Buna göre taraflar anlaşmaları takdirde, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'ndan sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkabilecek herhangi bir husus ya da anlaşmazlık hakkında destek sağlamasını ya da gayri resmi olarak müzakere ederek uyuşmazlığı çözmeyi talep edebilirler. Şayet Uyuşmazlık Çözüm Kurulu böyle bir hususun yahut anlaşmazlığın farkına varırsa, tarafları bu şekilde ortak bir talepte bulunmaları için davet edebilir.

Madde 21.4, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun karar alma mekanizmasını düzenlemektedir. Şayet taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, bu durumda her iki taraf da uyuşmazlığı sonlandırmak üzere Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurabilir. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararını, uyuşmazlığın intikal ettiği tarihten itibaren 84 gün içerisinde yahut Kurul tarafından taraflara bildirilen ve taraflarca onaylanan süre içerisinde vermelidir. İşbu karar taraflara

136 ZOPPI'S, Eugenio; *DAAB and Dispute Resolution Under the 2017 FIDIC Forms of Contract*, Londra 2018.

yazılı olarak verilirken bir kopyası da mühendise verilmeli ve bu fıkra uyarınca verildiği belirtilmelidir. Verilen karar, taraflar için bağlayıcıdır. Belirtmek gerekir ki Uyuşmazlık Çözüm Kurulu süreci tahkim süreci değildir ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu hakem olarak hareket edemez ve bu durum açıkça hüküm altına alınmıştır.

Şayet taraflardan biri Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nca verilen karardan memnun olmazsa, diğer tarafa bir **Tatminsizlik Bildirimi** yaparak kurula ve mühendise bu bildirim bir kopyasını verebilir. 2017 FIDIC Sarı Kitap uyarınca söz konusu bildirimde, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararına karşı yapılan bir Tatminsizlik Bildirimi olduğu açıkça belirtilmeli ve uyuşmazlık konusu ile tatminsizlik sebepleri açıkça ifade edilmelidir. Öte yandan "Açıkça belirtmek" ifadesi, ICC Hakem Heyeti'ne göre nedenlerin tek tek sıralanması şeklinde anlaşılmalıdır; bildirim anlaşılır ve kafa karışıklığına yol açmayacak şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir. Bu noktada ICC Hakem Heyeti, "açıkça belirtmek" ifadesini geniş bir şekilde yorumlamak suretiyle Tatminsizlik Bildirimleri'nin geçerli sayılmasının önünü açmak istemiştir. Nitekim, 2013 yılında ICC Hakem Heyeti'nce verilen bir kararda Tatminsizlik Bildirimi'nde bulunan taraf uyuşmazlık konusu olan hususları tek tek listelemiş olmasına rağmen tatminsizlik nedenlerine tek tek yer vermemiştir. Bu noktada ICC Hakem Heyeti, tatminsizlik nedenlerinin tek tek belirtilmemiş olmasının söz konusu bildirim geçersizliğine yol açmayacağını belirtmiş, bildirim "açıkça tanımlanmış veya en azından açıkça tanımlanabilir" olmasının ve bildirimde bulunan tarafın uyuşmazlık konusu iddiaları tanımlamasının yeterli olduğunu vurgulamıştır.¹³⁷

Tatminsizlik Bildirimi, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararının verildiği tarihten itibaren 28 gün içerisinde yapılmalıdır. Eğer Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, uyuşmazlığa ilişkin kararı daha önce belirtilen süre içerisinde vermezse, herhangi bir taraf, bu sürenin sona ermesinden sonraki 28 gün içerisinde diğer tarafa bir Tatminsizlik Bildirimi'nde bulunabilir.

Eğer 28 günlük süre içerisinde herhangi bir taraf Tatminsizlik Bildirimi'nde bulunmuşsa, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararı kesinleşir ve her iki taraf için de bağlayıcı olur.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararının yalnızca bir kısmından memnun olmayan taraf, memnun olmadığı kısmı Tatminsizlik Bildirimi'nde açıkça belirtmelidir. Bu kısım/kısımlar ve kararın bu kısımlardan etkilenen veya bu kısımlara dayanan diğer bölümleri, kararın geri kalanından ayrılabilir sayılır ve bu durumda kararın geri kalan kısmı bu konuda Tatminsizlik Bildirimi'nde bulunulmamış gibi kesinleşir ve her iki taraf için de bağlayıcı sayılır.

Yukarıda belirtilen şekilde bir Tatminsizlik Bildirimi'nin varlığı hâlinde taraflar, uyuşmazlığı Tahkim'e yöneltmeden önce dostane bir şekilde uyuşmazlığı çözmeye çalışacaklardır. Bununla birlikte taraflarca aksi öngörülmemişse, taraflar dostane bir şekilde çözmeye çalışmamış olsalar bile Tatminsizlik Bildirimi'nde bulunulduğu günden sonraki yirmi sekizinci (28.) günde veya sonrasında tahkimi başlatılabilir.

Şayet uyuşmazlıkla ilgili dostane bir çözüm üretilmemişse ve aksi belirtilen herhangi bir durum söz konusu değilse, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararı (eğer varsa) , nihayet uluslararası Tahkim ile nihai ve bağlayıcı hale getirilecektir. Her iki tarafça aksi kararlaştırılmadıkça,

137 ICC Final Award in Case 18320

anlaşmazlık ICC Tahkim Kuralları'na göre ve bu kurallar uyarınca atanmış bir ya da üç hakemce çözümlenecektir.

Hakemler; herhangi bir sertifikayı, tespiti (nihai ve bağlayıcı bir tespit dışında), mühendis talimatını, fikrini veya değerlendirmesini ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun herhangi bir kararını (nihai ve bağlayıcı olanlar hariç) açmaya, incelemeye ve revize etmeye tam yetkilidir. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun herhangi bir kararı, tahkimde delil olarak kabul edilebilir. İşlerin tamamlanmasından önce veya sonra Tahkim başlatılabilir. Tarafların, mühendisin ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yükümlülükleri, işlerin ilerlemesi sırasında yürütülen herhangi bir Tahkim nedeniyle değiştirilemez.

Bir tarafın Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun herhangi bir kararına uymadığı durumlarda; bağlayıcı veya nihai ve bağlayıcı olup olmadığına göre, diğer taraf, sahip olabileceği herhangi bir başka hakka halel getirmeksizin, bu uyumsuzluğu kendisini doğrudan tahkime yöneltebilir.

G. Federal Tedarik Yönergesi ("FAR") Sözleşmeleri

Federal Tedarik Yönergesi (FAR), Federal Tedarik Yönergesi Sistemi'nde Amerika Birleşik Devletleri'nde devlet ihaleleriyle ilgili temel kurallar bütünüdür. FAR Sistemi, Amerika Birleşik Devletleri federal hükümetinin yürütme organının satın alma sürecini yönetir. Bu sistemin amacı, "satın alma için yeknesak politikalar ve prosedürler" sağlamaktır. Bu işlem üç aşamadan oluşmaktadır:

- İhtiyaç belirlenmesi ve satın alma planlaması,
- İhale kazanarıyla sözleşme yapılması,
- Sözleşme yönetimi.

FAR Sistemi, devlet personelinin bu süreci gerçekleştirmedeki faaliyetlerini düzenler. Neredeyse tüm federal hükümet yürütme organlarının FAR'a uyması zorunlu olmakla birlikte, bazı yürütme organlarının bu hususta muafiyeti söz konusudur. Bu gibi muafiyet durumlarında organlar kendi özel tedarik kurallarını ilan etmektedirler. FAR Sistemi'nin geri kalanı, çoğunlukla, FAR'ı desteklemek üzere Amerika Birleşik Devletleri federal hükümetinin yürütme organları tarafından yayınlanan düzenlemeler kümesinden oluşur.

FAR Sistemi'nin öngördüğü yeknesak hükümler, ilgili tedarik sürecine ilişkin ihalenin kazanarıyla yapılacak olan sözleşmenin içerisine, ihtiyaca göre, derç edilir. Amerika Birleşik Devletleri'nin iş sahibi olduğu yapım projelerindeki eser sözleşmeleri bu şekilde oluşturulur. İlgili yükleniciler, sözleşmeye derç edilmiş bulunan hükümler ile bağlı olurlar. Dolayısıyla inşaat işlerinde ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ne iş yapan Türk müteahhitlerin yine Türk taşeronları ile yaptıkları sözleşmelerde FAR hükümleri ve FAR hükümleri baz alınarak oluşturulan FAR Sözleşmeleri'ne sıklıkla rastlanabilmektedir.

H. Sözleşme Yönetimi

FIDIC ve FAR gibi kapsamlı sözleşmeler hem önemli yatırımların tezahürü olmaları hem de bu önemlerinden ötürü etraflı hükümler öngörmeleri sebebiyle ilgili ilişkinin taraflarınca doğru bir şekilde uygulanmalıdır. Aynı husus farklı isim altında olsa da özellikle FIDIC Sözleşmeleri temel alınarak yapılan pek çok diğer eser sözleşmesi için de geçerlidir. Bu minvalde, örneğin müteahhitin FIDIC Sözleşmeleri kapsamındaki bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması onu bildirim konu olay ile ilgili olarak tüm süre ve para haklarından mahrum bırakmaktadır. Son derece teknik bir ekspertiz gerektiren bu yatırımların tabi oldukları kapsamlı sözleşme hükümlerinin kendileri için öngördüğü bu gibi yükümlülüklere aykırı davranmayarak haklarını korumak isteyen müteahhitlerin, sözleşme yönetimi konusunda dikkatli olmaları gerekmektedir.

Sözleşme yönetimi süreci, doğrudan sahanın içinde olan kimselerce yapılabileceği gibi, müteahhit personelinin aktaracağı bilgi akışına istinaden sahada olmayan uzmanlarca da yürütülebilir. Proje müdürünün altında yer alan sözleşme yöneticisi, proje finansmanı ile tüm ihale ve sözleşme dokümanlarına hâkim olan kimsedir. Sözleşme yöneticisi, müteahhidin çoğunlukla projenin yapım süreçleriyle alakadar olması dolayısıyla sözleşmesel yükümlülükler konusunda herhangi bir bilgisi bulunmayan teknik elemanları doğru yönlendirmeli, müteahhit haklarının korunması konusunda proaktif önlemlerin alınmasını sağlamalıdır.

Sözleşme yönetimi, mevcuttaki sözleşmenin etraflıca incelenerek alınması gereken aksiyonların harfiyen listelenmesi ve gerekli raporlama sistemlerinin geliştirilmesi ile başlamaktadır. Bu listeleme, ilgili müteahhit personeline anlatılmalı, personelden müteahhit haklarını tehlikeye sokabilecek durumlarla ilgili olarak dikkatli davranması istenmelidir. Zira personelin sözleşme yönetimini doğru ve zamanında bilgilendirmesi, sözleşme yönetiminin gerekli aksiyonu sözleşmeye uygun bir biçimde alabilmesi açısından hayati önem arz eder, zira sahada olan personel sahaya nispeten uzak olan sözleşme departmanını doğru ve zamanında bilgilendirmediğinde, sözleşme ile öngörülmüş hak düşürücü sürelerin ve prosedürlerin atlanması söz konusu olabilir. Başlangıçta genellikle bildirimden ibaret olan bu aksiyon, daha sonra detaylı bir hak talebi karakterini kazanmaktadır.

Bunun dışında sözleşme yönetimi, proje yürürlük süresi içerisinde meydana gelen iş değişikliği süreçlerini özenle yönetmeli, taraflar arasındaki yazışmalara sürekli olarak hakim olmalı, ortaya çıkabilecek hak taleplerini tanımlamalı, onlara ilişkin süreçleri yürütmeli ve müteahhidin kendi önüne konulan takvim ile uyumlu bir şekilde hareket ettiğinden emin olmalıdır.

İyi bir sözleşme yönetimi, özellikle proje kapsamında zayıf taraf olan müteahhit haklarının korunması açısından son derece önemlidir. Aksi takdirde müteahhit açısından mevcut olan riskler katlanarak artmakta, bu minvalde özellikle haklı talepler sözleşmenin usulü yükümlülüklerine uyulmamış olması sebebiyle karşı tarafa kabul ettirilememekte ve proje kapsamı açısından büyük bir külfet yaratan iş değişiklikleri süreçlerinde gereken süresel ve parasal karşılıklar alınamamaktadır. Bu denli geniş çaplı eser sözleşmelerine konu işlerde tarafların haklarının korunması, ancak itinalı bir sözleşme yönetimi ve bu yönetimin ekip içerisinde yarattığı koordinasyon ile mümkün olabilmektedir.

Türkiye’de faaliyet gösteren müteahhitlerin sözleşme yönetimini salt mühendislerle yürütmeye çalıştığı sıklıkla görülmektedir. Mühendislerin sözleşme departmanında yer alması elzem olduğu kadar hukukçuların da mutlaka birim amiri olsun ya da salt sözleşme yöneticisi olsun, sözleşme departmanlarında yer alması, ileriki aşamada çıkacak olası uyuşmazlıklara peşinen bir hazırlık oluşturması açısından çok büyük önem taşımaktadır.

2. BÖLÜM

İNŞAAT HUKUKUNDA KARŞILAŞILABİLECEK UYUŞMAZLIKLARDA MAHKEME DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI VE BU UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA UYGUNLUĞU

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. Genel Olarak

Uyuşmazlık, “hak” olarak hukuk düzenince korunan menfaat dengesinin bozulması veya mevcut bir menfaatin ihlali şeklinde ortaya çıkmaktadır. Toplum düzeninin ayakta kalabilmesi ve sosyal barışın korunması için söz konusu dengenin tekrar kurulması gerekmektedir. Bu denge, farklı uyuşmazlık çözüm yolları ile tekrar kurulabilir. Uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması, temel olarak devlete ait bir işlevdir. Bunun yanında, uyuşmazlık yaşayan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı türlü yollarla çözüme ulaştırabilirler. Bu yollar, tarafların süreç içerisindeki etkinliği, üçüncü kişilerin süreç boyunca üstlendiği işlev, varılan anlaşmanın hukuki niteliği ve sürecin ne kadar resmiyet taşıdığı gibi bazı ölçütlerle birbirlerinden ayrılırlar.

Uyuşmazlığı sonlandırmak ve dengeyi yeniden tesis etmek için gerek halk gerekse hukukçular arasında ilk düşünülen çözüm yöntemi yargı organlarına başvurmaktır. Halbuki yargı organlarına başvuru yolu tek yol olmadığı gibi, aslında en son başvurulması gereken

yoldur. Yargı organlarına başvuru yoluyla uyuşmazlık çözümü ekonomik, sosyal ve psikolojik yönden oldukça yüksek maliyetlidir.

Bir uyuşmazlıkta, ideal olan, tarafların karşılıklı olarak iletişim kurmaları ve anlaşmaya vararak uyuşmazlığı neticelendirmeleridir. Bununla birlikte, bu neticenin her zaman ortaya çıkabileceğini düşünmek optimist bir bakış açısı olur. Tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra bir araya gelebilmesi ve masada kalmayı becerebilmeleri, daha ziyade psikolojik sebeplerle oldukça zordur. Eğer yargılama yoluyla uyuşmazlığın çözümü isteniyorsa ya tahkim yolu ya da devlet yargısı tercih edilebilecektir. Her iki yolda da yargılama olacak, tarafların rolü ve etkinliği yargılama başladıktan sonra azalacaktır. Taraflar, çoğu kez gerçek çıkar ve menfaatlerinden uzaklaşacaklar; bu nedenle, aralarındaki uyuşmazlık daha da derinleşecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında uyuşmazlığı ortaya çıkaran taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı neticelendirebilmekte ve çözüme katkı sunabilmektedirler. Arabuluculuk yönteminde de sağlıklı iletişimin ve çözüm sürecinde daha etkin olabilmenin taraflar üzerinde yarattığı pozitif sonuçlar aynı potada eritilmektedir. Bir üçüncü kişinin katkısıyla; ancak, yine tarafların karar verme yetkisiyle uyuşmazlık sonlandırılabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemleri, öncelikle Anglo-Sakson hukuk sistemi ni esas alan ve uygulayan ülkelerde kullanılmaya başlanmıştır. Bu yöntemlerin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tarihi gelişim süreci, 1960'lı yılların başında başlamıştır. Bununla birlikte, bu alanda yaşanan esas gelişim hareketleri, 1980'li yıllarda meydana gelmiştir. İngiltere'deki geçmişi ise daha yenidir ve özellikle son 40 yılda İngiltere'de de önemli ilerleme kaydetmiştir.¹³⁸ Kıta Avrupası ülkelerinde ise, küreselleşmenin de etkisiyle, 2000'li yıllardan sonra hızla gelişim göstermeye ve uygulanmaya başlanmıştır.¹³⁹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili genel bir tanım yapmak gerekirse; “bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür” denilebilir.¹⁴⁰ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının diğer karakteristik özellikleri, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunulması ve uzlaşma sağlanamaması hâlinde yargıya başvuru imkânının korunuyor olmasıdır.¹⁴¹

138 ILDIR, Gülgün; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s.31.

139 TANRIVER, Süha; *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim (2006), Ankara 2007, s. 1.

140 Benzer tanımlar için bkz. İldir, s. 30; YILDIRIM, Mehmet Kâmil; *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s.349-350.

141 BULUR, Alper; *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 4, s.31; Tanrıver, s.2.

B. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Mahkemede Gerçekleşen Yargılamaya Göre Pozitif Yönleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargısal sistemin yerine geçen veya yargısal sistemle rekabet eden çözümler süreci değildir. Bu yöntemlerin esas amacı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden neticelendirilmesini sağlamaktır. Bu yöntemler ile çözüm sürecine taraflar da dahil olmakta, kendi iradeleriyle anlaşarak menfaatlerini dengelemekte ve haklarına kavuşmaktadırlar. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bu yönüyle, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda devletin vatandaşlarına sunduğu bir seçenektir.

Uyuşmazlık yaşayan taraflar, yargısal yollara veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak konusunda tam bir özgürlüğe sahiptir. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif bir çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, devletin mutlak yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili bir kayıt, diğer tarafa herhangi bir itiraz hakkı vermez.¹⁴² Bununla birlikte, tarafların, devlet mahkemelerinde görülen “yargılama” yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemini tercih etmeleri, kendilerine birtakım faydalar sağlayabilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mahkemede gerçekleşen “yargılama”ya göre pozitif yönlerini değerlendirmek gerekirse:

- Uyuşmazlıklar daha az giderle ve daha seri bir şekilde çözüme kavuşturulur,
- Uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğu için, taraflar arasındaki ilişkiler zarar görmeden gelecekte de devam edebilir,
- Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılırlar ve özellikle sonucun elde edilmesinde egemendirler,
- Her iki tarafın da tatmin edilmesini amaçlayan (kazan-kazan) bir anlayış egemendir,
- Tarafların haklılığından ziyade, aralarındaki menfaatler dengesinin tekrar kurulması gözetilir; bir başka ifadeyle, geçmiş değil geleceği gözetilen bir anlayış hakimdir,
- Uyuşmazlık konusu uzman kişilerce incelenebilir ve değerlendirilebilir,
- Daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olması dolayısıyla daha yaratıcı çözümler ortaya konulabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sınırlı değildir. Ülkelerin kendi sosyolojik gerçeklerine uygun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Bununla birlikte, arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en başarılı ve yaygın olarak uygulanan yöntemdir.¹⁴³

142 İldır, s.48; Tanrıver, s.3.

143 Yıldırım, s.349.

C. Arabuluculuk Yöntemi

Arabuluculuk, uyuşmazlık yaşayan tarafları bir araya getiren; konuşmalarını, müzakere etmelerini, birbirlerini anlamalarını ve bu sayede “kendi çözümlerini üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kuran; uzman, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen, dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri saklı kalmak üzere, ihtiyari olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez.¹⁴⁴ Arabulucu, yapılandırılmış bir süreçte iletişim tekniklerinden de yararlanarak taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve aralarındaki diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve devamlılığına katkı sağlar. Arabulucu taraflara etkin bir iletişim ve müzakere ortamı yaratarak, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere, kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vererek neticelendirmeyi değil, tarafların yeniden iletişim kurmalarına, müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşmaya varmalarına olanak sağlayan ortamı oluşturmayı hedefler. Arabulucu, haklıyı veya haksızı ortaya çıkarmaya veya belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların menfaatlerinin en uygun şekilde dengelemesini öngören bir anlaşma zemininin sağlanmasına çaba sarf ederek, uyuşmazlığın neticelenmesine çalışır.¹⁴⁵

Arabulucu, tarafların üzerinde hemfikir olabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu payda üzerinde anlaşmaya varmalarına yönelik olarak çaba gösterir. Taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara dayatamaz ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Tarafları kendi aralarında iletişim kurmaları ve birbirlerine ait çıkar ve menfaatleri, ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut olaya göre işleyebilecek değişik çözüm seçeneklerini üretip, değerlendirmeleri sağlanır. Sürecin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.

Uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflardan birisinin sunmuş olduğu somut bir önerinin, arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesi, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa dayatmak şeklinde yorumlanamaz.

Arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri, “iradilik” ve “eşitlik” ilkeleridir. Bu ilkeler, arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümünün niteliğinden kaynaklanmaktadır. Devlet yargısı dışında arabuluculuğa başvurmak, süreci yürütmek ve neticelendirmek bakımından iradilik, yöntemin başarılı olmasını sağlamaktadır. Sürecin başarılı olması, tarafların bu yola başvururken ve süreci yürütürken eşit olmalarına ve bunu hissetmelerine bağlıdır. Diğer ilkeler, “bizzat hazır bulunma”, “taraf hakimiyeti” ve “gizlilik” olarak sayılabilir.

144 Yıldırım, s.349.

145 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Madde Gereklere m. 2.

II. İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA MAHKEME DIŞI ÇÖZÜM YOLLARI

A. Genel Olarak

Yüksek yatırım ve uzun süre gerektiren inşaat işlerinden doğan uyuşmazlıklar, taraflar arasında önemli problemlere yol açabilmektedir. İnşaat işlerinin teknik boyutlarından ötürü bu uyuşmazlıkların sağlıklı bir biçimde çözülmesi, ilgili endüstri standartlarına hâkim kişilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte inşaat uyuşmazlıklarının hızlı çözülmesi de devam eden maliyetli projelerin sürdürülebilirlikleri açısından önem arz etmektedir. Yine yukarıda da açıklandığı üzere uluslararası inşaat işlerinde müteahhitlerin ilgili eseri meydana getirmeyi taahhüt ettikleri ülke yargısına tabi olma ihtimali, potansiyel yatırımların önünü kesmektedir. İşte bu sebeple inşaat uyuşmazlıklarında taraflar tahkim yolunu geçerli kılarak zorlu, yorucu ve uzun süren mahkeme süreçlerinden kaçınmayı tercih etmektedir. Tahkim yolu ile uyuşmazlıklar daha hızlı sonuçlandırılmaktadır. Aynı zamanda kararlar tarafların seçeceği sektöre hâkim kişilerce verildiği için tatmin edici ve adil çözümlerin bulunması da mümkün olmaktadır. Tahkim kararları, ulusal ve uluslararası boyuttaki bağlayıcılıkları nedeniyle de uyuşmazlıkların bir an önce sona erdirilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Tahkim yolunun tercihi, inşaat işlerinde tarafların tasarrufunda olmakla, ilgili sözleşmelerin sonuna kısa bir hüküm derç edilmesi suretiyle mümkün olabilmektedir. Ülkemizde ve dünyada seçilebilir tahkim sistemi, projenin yerel veya uluslararası niteliğine göre değişebilmektedir.

B. İç Tahkim

Ulusal Tahkim o ülkenin kendi milli hukuk sistemi gözetilerek o ülke yasalarına göre kabul edilen tahkim türüdür. Başka bir ifadeyle “*Ulusal hukuk düzenlemeleri içinde bulunan ve uygulama alanı ülkesel olan tahkim türüne iç tahkim denir.*”¹⁴⁶. İç Tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (“**HMK**”) 407 ila 444. maddelerinde düzenlenmiştir.

HMK’nın “*Bu ... hükümler ... Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*” hükmü dolayısıyla İç Tahkim, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulanabilmektedir. Yabancılık unsuru Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun (“**MTK**”) 2. maddesinde düzenlenmiş olup, genel anlamda tarafların Türkiye Cumhuriyeti tabiiyeti altında bulunup bulunmaması ile ilgilidir.

Tahkim yargılamasına gidilmesi için taraflar arasında imzalanmış bir tahkim sözleşmesi bulunması gerekir. HMK 412. maddede tahkim sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem*

146 DOST, Süleyman; *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, s.7.

kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.” Eğer taraflar arasında tahkim sözleşmesi yoksa, mahkemelere ait olan yargı yetkisi tahkim kuruluna verilemez. Buna ek olarak, tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması şartı vardır. Bu sözleşme Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olarak yapılır.¹⁴⁷ Bu nedenle iradelerin açık ve birbirine uygun şekilde olması gerekir. Aksi takdirde, mahkemelerde bulunan yargı yetkisi tahkim kuruluna devredilmemiş sayılır ve Türk mahkemeleri yetkili kabul edilir. Tahkim sözleşmesinin yazılı olmasının yanında tahkim iradesinin de açık ve kesin olması gerekir.

Tahkim iradesinin açık ve kesin olması, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili merci olarak hakem heyetinin belirlenmiş olması şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, davada kararlaştırılan tahkim şartında 30 gün içinde bu yolla (tahkim) anlaşma sağlanamaması hâlinde ihtilafların hallinde İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı belirtildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyetinin kabul edilmediği, mahkemede de dava açma yetkisi verildiği, dolayısıyla tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması sebebiyle tahkim şartının geçersiz olduğuna karar verilmiştir.¹⁴⁸

Tahkim sözleşmesi bağımsız bir sözleşme ile yapılabileceği gibi, ana sözleşmenin içerisinde bir tahkim şartı olarak da düzenlenebilir. Bununla birlikte tahkim sözleşmesi, ana sözleşmenin içerisine madde olarak eklenmiş olsa dahi ayrı bir sözleşme olma özelliğini sürdürür. Ayrı bir sözleşme olması nedeniyle de tahkim sözleşmesi ve ana sözleşmenin geçerlilikleri birbirinden bağımsızdır. Buna ayrılabilirlik ilkesi denir.

Tahkim sözleşmesinin geçerli olmasının bir diğer şartı da uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasıdır. Tahkime elverişlilik, yasaların tahkime konu edilecek uyuşmazlığı “tahkime konu olamaz” kılmamış olması anlamına gelir. Bu doğrultuda örneğin taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yolu öngörülemez. Aynı şekilde, boşanma, miras, iflas ve iş hukuku gibi kamu düzeninden sayılan hususlarda da taraflar tahkim yoluna başvuramazlar.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin olması, tarafların bu sözleşmeyle bağlı olduğu ve uyuşmazlığın hakem kurulunda çözüleceğini gösterir. Bu hâlde uyuşmazlığın giderilmesi için genel mahkemelere değil, hakem kuruluna başvurulması gerekir. Genel mahkemelere başvurulması durumunda tahkim ilk itirazı yapılarak davanın reddi sağlanır ve uyuşmazlık yine tahkime götürülür.

Kural olarak iç tahkimde uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hakemlerin seçimi taraflara bırakılmıştır. Bununla birlikte tarafların hakemler üzerinde anlaşamaması hâlinde mahkemeye yapılacak bir başvuru ile mahkemece hakem tayini sağlanabilir. Hakem sayısı taraflarca belirlenebilir olmakla birlikte, burada dikkat edilmesi gereken zaruri husus hakem sayısının tek sayı olmasıdır.¹⁴⁹ Çift sayı olarak hakem sayısı belirlenemez.

Hakemler tarafsız ve bağımsız olmalıdır. Eğer bir hakemin tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedeleyecek bir durum söz konusu ise, ilgili hakem, tahkim yargılamasına başlamadan evvel bunu taraflara bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde aynı hâkim gibi hakemler de reddedilebilir.

147 KARADAŞ, İzzet; *Ulusal (İç) Tahkim*, Ankara 2013, s.40.

148 Yargıtay Kararı - 15. HD., E. 2015/2198 K. 2015/2758 T. 22.05.2015

149 KORAL, Rabi; *İç Hukukumuzda Tahkim*, s.1058.

Yargılama sırasında yapılan masraflar için taraflardan avans yatırılması istenerek tarafların yaptığı masraflar buradan karşılanır. Yargılama giderleri, haksız olan tarafa yüklenir.

C. Uluslararası (Milletlerarası) Tahkim

İç Tahkimden farklı olarak Uluslararası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ("MTK") düzenlenmekte olup, temel olarak yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Buna göre Milletlerarası (dış) Tahkim 4686 sayılı MTK' ye, İç Tahkim ise 6100 sayılı HMK' ye tabi olacak ve uluslararası ticari uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkim, yerli uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkimden farklı hükümlere tabi tutulmuş olacaktır.¹⁵⁰ 2001 yılında yürürlüğe giren MTK' nın amacı Milletlerarası Tahkim'e ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Tahkimin ulusal veya uluslararası nitelikte olması, esasen hakem kararlarının tanıma ve tenfiz aşamasında büyük önem arz etmektedir.

MTK' nın taslak çalışmaları 1997 yılında Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünce başlatılmış, çalışmalar UNCITRAL model kanunu ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun Milletlerarası Tahkim'e ilişkin hükümlerinden esinlenerek tamamlanmıştır.¹⁵¹

MTK' nın uygulama alanına yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar veyahut hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar girmektedir. MTK, istisnaen uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımadığı ve/veya tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği hallerde de anlaşma hâlinde uygulama alanı bulabilmektedir.¹⁵²

"Yabancılık unsuru" kavramını oldukça geniş yorumlayan MTK sayesinde, Türk Hukuku'nda ilk kez bir kanun hükmü ile yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu düzenlemeden önce "yabancılık unsuru" kavramı için hukukçular değişik tanımlamalar yapmışlardır. Yapılan bu tanımlamaların ortak özellikleri dikkate alındığında "yabancılık unsuru" kavramı "*Bir hukuki ilişki veya olayı birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsur*" olarak tanımlanabilir.¹⁵³

MTK madde 2'ye göre temel olarak "*Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması*" ile "*Tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen tahkim yerinden*" veya "*b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden*" farklı "*bir devlette bulunması*" hallerinde yabancılık unsurunun mevcut olduğu düzenlenmektedir. İstisnaen de "*Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından*

150 AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2007, s. 48.

151 KALPSÜZ Turgut; *Tahkim Anlaşması*, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2002, s. 1029.

152 TUNCAY, A. Can; *Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı (Arbitration Rules in Turkish Legal System)*. In *International Conference on Eurasian Economies*, 2013, p. 17-18.

153 AKINCI, s. 52

en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması” veya “Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi” yabancılik unsurunu mevcut kılmaktadır.

MTK kapsamındaki Milletlerarası Tahkim’de de taraflar, hakemlerin tayininde serbesttirler. Tahkim anlaşması ile hakem sayısını belirleme hakkına sahip olan taraflar, hakem sayısını tek sayı olarak belirlemelidirler.

Tahkim usulünün belirlenmesinde taraflar, uygulanacak kuralları serbestçe kararlaştırabilecekleri gibi, herhangi bir kurumun tahkim kurallarına veya kanuna da atıfta bulunabilirler. Bu kapsamda, aşağıda etraflıca anlatılacak ICC gibi önemli kurumların kuralları, taraflar arasındaki tahkim usulüne uygulanabilir.

Hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir olup, bu davayı açabilmek için gereken şartlar da esastan ziyade usule ilişkindir. Bu doğrultuda iptal nedenleri, mahkemece re’sen göz önüne alınan nedenler ve taraflarca öne sürülen nedenler olmak üzere ikiye ayrılır. Bu kapsamda re’sen gözetilen nedenler, karara konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması (ör. miras, boşanma) ve verilen kararın kamu düzenine aykırı olması (hâkimin takdir yetkisinde olup, kesin sınırları bulunmamaktadır) hususlarıdır. Bu iki şarttan biri sağlanmıyorsa verilen hakem kararı iptal edilir. Öte yandan taraflarca öne sürülen ve mahkemece re’sen gözetilmeyen nedenler ise, MTK’nin 15. maddesi uyarınca, tahkim anlaşmasının geçersiz olması, hakemlerin belirtilen tahkim usulüne uymaması, hakemlerin yetkisiz olması, kararın tahkim süresi içinde verilmemesi (MTK’ya tabi tahkim yargılamalarında bu süre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren 1 yıldır), hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamını aşması, yargılamada tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemiş olması hususlarıdır.

Hakem kararının icrasını durduran iptal davaları, hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu olup, bu kapsamda hiçbir suretle esasa ilişkin bir sebeple verilen hakem kararının iptali istenemez.¹⁵⁴ Bir başka deyişle iptal davasına bakan mahkeme, yukarıda anlatılan sınırlı sebepler dışında hatalı bir karar verildiği iddiasıyla kararı istinaf / temyiz mahkemesi gibi inceleyip hükümsüz kılamaz.

D. Uluslararası Tahkim Kurumları

1. ICC Tahkimi

International Chamber of Commerce (“ICC”), yani Türkçe ismiyle Milletlerarası Ticaret Odası, 1919 yılında Paris’te kurulmuş, dünyanın en büyük ticari organizasyonlarından birisidir. 130’dan fazla ülkede temsil edilen yüzlerce üyesi olmakla birlikte ICC, her sektöre ilişkin çeşitli komiteler ve uzmanlardan oluşan evrensel boyutta bir iş ağına sahiptir. Bu

¹⁵⁴ Yargıtay 15. HD. 15.11.2007 t. 2007/7216.

sayede ICC hem üyelerini onları etkileyebilecek herhangi bir konuda bilgilendirebilirken hem de Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ticaret Örgütü ile sürekli koordinasyon içerisinde çalışmaktadır.

Küresel çapta ICC, yapılan tahkim sözleşmeleri ile taraflarca uyuşmazlığın çözüm yeri olarak belirlenebilmektedir. Öyle ki, 2018 yılında ICC nezdinde görülen uyuşmazlıkların toplam parasal değeri 36 milyar Amerikan Doları civarındadır.¹⁵⁵ Kendine has ICC Tahkim Kuralları ile ICC, tahkim yargılamalarında dünya çapında standart belirleyici bir rol oynamaktadır. ICC'nin taraflara verdiği güven, tahkim müessesesinin doğuşundan itibaren tahkim yargılamalarını başarıyla yürütmüş olmasından kaynaklanmaktadır.

a) ICC Organları

ICC'nin dört adet idari kurulu vardır. Bunlardan Dünya Konseyi, ICC'nin üst düzey idari organı olmakla birlikte bu Konsey ulusal komite temsilcilerinden oluşmaktadır. Başkan ve Başkan Yardımcısı iki yılda bir Dünya Konseyi tarafından seçilmektedir.

Yönetim Kurulu ise ICC için politika ve strateji geliştirilmesinden sorumludur. Yönetim Kurulu da Dünya Konseyi tarafından seçilmekle birlikte otuz adet iş adamından oluşmaktadır. Yönetim Kurulu aynı zamanda belirlenen bu politika ve stratejilerin uygulanmasından da sorumludur.

Uluslararası Sekretarya ise belirlenen çalışma takviminin hayata geçirilmesinden ve hükümetler arası organizasyonlar ile yapılacak koordinasyonlardan sorumlu olan ICC'nin operasyonel organıdır. Sekretaryanın yöneticisi konumunda olan Genel Sekreter ise yine Dünya Konseyi tarafından seçilmektedir.

Finansal Komite ise tüm finansal hususlar açısından Yönetim Kurulu ile birlikte çalışmaktadır. Bu komite, Yönetim Kurulu adına bütçeyi hazırlamak, ICC faaliyetlerinin finansal etkilerini incelemek ve buna yönelik düzenli rapor sunmak, aynı zamanda tüm harcamaları ve gelir akışlarını kontrol etmek hususlarında yetkilidir.

b) ICC Milletlerarası Tahkim Divanı ("Divan")

Divan, ICC'nin uluslararası ticaret uyuşmazlıklarını çözmek için kullandığı ana kurumdur. 1923 yılında milletlerarası ticaret ile uğraşan şirketler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek amacıyla kurulmuştur. Dünyadaki en tecrübeli ve en tanınan tahkim kurumlarından birisi olan Divan, Sekretarya ile yakın bir şekilde çalışmaktadır. Divan'ın görevi, ICC Tahkim Kurallarının uygulanmasını sağlamak ve tahkim yargılaması taraflarına ve hakemlere ortaya çıkabilecek herhangi bir prosedürel problemin çözülmesine yardımcı olmaktır. Divan genel olarak keskin tarafsızlık yönüyle tanınmaktadır.

ICC Tahkimine başvurabilmek için her tahkimde olduğu gibi bir tahkim sözleşmesine ihtiyaç vardır. Kurumsal tahkimde, tahkim kurumları o kurum kurallarına göre bu sürecin yürütülebilmesi için bir model tahkim şartının kullanımını tavsiye eder. Model tahkim şartı,

¹⁵⁵ ICC, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/> (Erişim Tarihi: 30 Eylül 2019)

sözleşmeye taraflarca eklenmesi adına önceden yazılmış örnek bir sözleşme maddesi anlamına gelir. ICC Tahkiminde de böyle bir model şart mevcuttur. Bu model şartta tahkim iradesi, ICC Tahkimine başvurabilmek için aranan zorunlu bir unsurdur. Model şartta yer alan tahkim iradesinin varlığı, ICC Tahkim şartının olmazsa olmaz unsurudur. Aynı zamanda Türk Hukuku açısından da tahkim iradesinin varlığı ve kesinliği zorunlu bir unsurdur. ICC Tahkiminde genelde bir veya üç hakem bulunmakta, bu sayıların dışına nadiren çıkılmaktadır.

Tahkim yerinin belirlenmesi, tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. New York Sözleşmesi'ne göre de taraflarca tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun önceden belirlenmediği durumda, uygulanacak hukuk tahkim yeri hukuku olacaktır. Bu husus özellikle tahkim yargılamasına uygulanacak emredici hukuk kurallarının belirlenmesi konusunda önem taşımaktadır. Tahkim dili de aynı şekilde yargılamanın hangi dilde yapılacağı ve hakemlerin seçimi hususlarında önem taşımaktadır.

Davacı, ICC Tahkim sürecini başlatmak için tahkim talebini, ICC Tahkim Kuralları'nda belirtilen şekilde ve sayıda kopya hazırlayıp, dosya ücretini Sekreteryaya hesabına yatırmalı ve dosyayı belirtilen adreslerden birisine göndermelidir. Tarafların bu süreci başlatmasından sonra hakem seçme aşaması başlamaktadır. Hakem kurulu, konusunun uzmanı, tahkim yargılaması konusunda deneyimli ve dosyaya zaman ayırabilecek meşguliyette olmalıdır. Taraflar özellikle hakem seçerken bu hususlara dikkat etmelidir. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hususları ICC Tahkim Kuralları'nda da yer almaktadır.

Hakemlere kararlarını vermeleri adına bir süre sınırı getirilmiştir. Buna göre ICC Tahkiminde hakem kurulu altı ay içerisinde nihai kararını vermekle yükümlüdür. Ancak uygulamada bu süre genelde bir ila iki yıl arasında tamamlandığından altı aylık bu süre Divan tarafından çoğunlukla uzatılmaktadır. Hakemlerce verilen her karar, taraflar için bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

Tahkim masrafları yargılama sırasında yapılan ve yargılama ile ilgili tüm idari masraflar, hakem kurulunun masrafları, duruşma masrafları, hakem ve bilirkişi ücretlerini kapsar. Nihai hakem kararında tahkim masrafları belirlenir ve taraflardan hangisinin bu masraflara katlanacağını veya bu masrafların hangi oranlarda paylaşılacağını hüküm altına alır. ICC Tahkimi, pahalı sayılabilecek bir tahkimdir. Fikir verebilmesi adına, 1 milyon ABD Doları bedelindeki bir uyuşmazlığın çözümlenebilmesi adına tek hakemli bir tahkim yargılaması için yapılacak toplam masrafın 60.000 ABD doları civarında olacağı söylenebilir.

c) ICC Tahkim Örneği (ICC Dava No. 19581)

FIDIC Sözleşmesi'nden kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasında ICC Hakem Heyeti, müteahhidin bir uyuşmazlığı tahkime götürmeden önce ilgili uyuşmazlık hakkında muhakkak mühendis saptaması alınmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Heyete göre, mühendis saptaması yalnız uyuşmazlıkla ilgili maddelerin mühendisin bir saptamada bulunmasını öngörmesi hâlinde zorunludur. Aksi takdirde bir uyuşmazlık, mühendise intikal ettirilmeksizin doğrudan tahkim yargılamasına konu edilebilir.¹⁵⁶

156 Corbett Co International Construction Lawyers Ltd. 2018. "Corbett and Co's FIDIC Case Law Table." *Corbett & Co.* <https://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Table-of-FIDIC-Cases.pdf>. (Erişim Tarihi: 01 Ekim 2019)

Bu karar; alışlagelmiş FIDIC uygulamaları açısından önemli bir karardır. Zira FIDIC pratiğindeki uygulamacılarda bulunan genel kaniya göre bir uyuşmazlığın tahkim aşamasına getirilmesi için ilk önce FIDIC tahtında bir uyuşmazlık olmalı (ki bu uyuşmazlık eninde sonunda bir Mühendis Saptaması'na konu olmalıdır), bu uyuşmazlık, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na taşınmalı ki ancak sonrasında tahkime taşınabilsin. Ancak ICC'nın yukarıdaki kararı, FIDIC ile açıkça Mühendis Saptaması'nı talep eden bir hüküm yoksa uyuşmazlığın direk tahkime taşınmasına yol açsa da tahkim kararlarında yeknesaklık aranmadığından başka bir heyet başka yönde bir yorum yapabilecektir. Böyle bile olsa adı geçen karar, uyuşmazlığı direk tahkime taşıma isteyen taraflar için önemli bir dayanak olarak kullanılabilir.

2. ICSID Tahkimi

Yabancı yatırımcıların teşviki ve korunması konusu birçok milletlerarası kurum tarafından ele alınmıştır. Aynı şekilde milli ve milletlerarası alanda çeşitli düzenlemeler yapılarak, yatırımcıların korunması amaçlanmıştır. Yabancı yatırımların milli hukuk tarafından korunması, ülkelerin yabancı sermaye ve yabancı yatırımlarla ilgili kanunlar çıkarması yoluyla sağlanmıştır.

Milletlerarası alanda yabancı yatırımcıların korunması ise ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı milletlerarası anlaşmalar ile sağlanmaktadır. OECD, yabancı yatırımcıların korunması için 1962 yılında bir düzenleme yapmış, söz konusu düzenleme 1967 yılında gözden geçirilerek yeniden kaleme alınmış ancak beklediği milletlerarası desteği bulamayarak başarısız olmuştur.¹⁵⁷

Dünya Bankası bu problemler karşısında yatırımcı şirket ve ev sahibi devlet arasında çıkan uyuşmazlıklara el atmıştır ve inisiyatifile 1966 yılında Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümlemesi Hakkında Sözleşme yani ICSID (International Center of Settlement of Investment Disputes) Sözleşmesini hazırlamıştır. 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme, milletlerarası alanda kabul görmüş olup, günümüzde hâlen yatırımların korunması alanında en önemli düzenlemelerden bir tanesidir.¹⁵⁸

ICSID Sözleşmesi uyarınca yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi amacıyla merkezi Washington'da bulunan uluslararası bir tahkim merkezi de kurulmuştur. Dünya Bankası'nın bir kurumu olan bu merkezde tahkim ile uyuşmazlıkların hakemlerce çözülmesi öngörülmektedir. ICSID Tahkimi, devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım ihtilaflarının çözümü için öngörülmüş olan özel bir tahkim türüdür ve kendine has bazı özellikleriyle diğer tahkim türlerinden ayrılmaktadır.¹⁵⁹

ICSID'in temel hedefi, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tarafların istek ve çıkarlarında eşitliği sağlamaktır. Bunun için de sözleşme hükümleri doğrultusunda, sözleşmeye

157 BERNARDİNİ, Piero: "Investment Arbitration under the ICSID Convention and BIT's", Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liver Amicorum in Honor of Robert Briner, Paris 2005, s.89.

158 SCHREUER, H.Christoph: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, s.1 vd.

159 NOMER, Ergin / Ekşi, Nuray / Gelgel, Gülseli; *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, s.85-90.

taraf devletlerin vatandaşları ile sözleşmeye taraf devletler arasındaki yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların “uzlaştırma” veya “tahkim yolu” ile çözümü için çalışmaktadır.

ICSID Tahkimi’ni diğerlerinden ayıran iki önemli özellik vardır. Bunlardan birincisi, davacı yatırımcıyla ev sahibi devlet arasında akdedilmemiş bir tahkim anlaşması olmasa dahi olası bir uyuşmazlıkta tahkime başvurabilme imkânıdır. Buradaki tahkim iradesi taraflar arasındaki anlaşmadan değil milletlerarası hukuktan kaynaklanmaktadır. Nitekim yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında akdedilmiş bir tahkim anlaşması olmasa dahi ev sahibi devlet ve yatırımcının tabiiyetinde bulunduğu kaynak devlet arasında bir ikili yatırım anlaşması mevcut olabilir veya devletler, çok taraflı bir yatırım anlaşmasına taraf olabilir. Böyle bir durumda, devletler düzeyinde daha önce akdedilmiş bulunan sözleşme sebebiyle tarafların ICSID Tahkimi’ne başvurması mümkün hâle gelir.

ICSID Tahkimi’nin kendine özgü ikinci önemli özelliği ise ICSID hakem kararlarının icra edilebilir hâle gelmesi için milli mahkemelerden tenfiz kararı alınmasına gerek olmamasıdır. Burada ayrıca bir tenfiz prosedürünün bulunmuyor olması, yatırımcı açısından ilave yargılama gideri ve zaman maliyetini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla yatırımı daha risksiz bir hale getirmektedir.

ICSID’in temel amacı yabancı yatırımcıların haklarının ev sahibi devlet ile uyuşmazlığa düşmesi durumunda güvence altına alınmasıdır. Bununla birlikte devletlerin de ICSID’e taraf olmakta menfaatleri bulunmaktadır. Zira bu şekilde ev sahibi devlet ülkesine gelecek yatırımcıların haklarının korunacağını ve olası uyuşmazlık durumlarında etkili çözüm yolunun mevcudiyetini tescillemiş olmakla, ülkesini potansiyel yatırımcılar açısından cazip kılmaktadır.

Son olarak ICSID’e taraf olan bütün devletler söz konusu yatırım uyuşmazlığına taraf olsun veya olmasın somut olayda verilmiş olan hakem kararının bağlayıcılığını kabul etmek ve karar verilen para borçlarının icra edilmesini sağlamakla yükümlüdür.¹⁶⁰ Bu da yabancı yatırımcının çok taraflı bir sözleşme kapsamına giren konularda meydana gelebilecek olası uyuşmazlıklarla ilgili kaygısını azaltmaktadır.

a) ICSID Tahkim Merkezinin Yargılama Yetkisi

Yatırımcı tarafından ICSID Tahkimine gidilebilmesi için ICSID’in yetkili olması gerekir. ICSID Sözleşmesi’nin 25. maddesinde düzenlenen bu yetkinin mevcudiyetinin tespiti için gerekli şartlar; kişi bakımından yetki ve konu bakımından yetki olarak ikiye ayrılır.

■ Kişi Bakımından Yetki

Kişi bakımından yetki şartının sağlanması adına hem ev sahibi devletin hem de yatırımcının mensup olduğu kaynak devletin ICSID Sözleşmesi’ne taraf olması gerekir.

Kişi bakımından yetki unsurunda değinilmesi gereken önemli bir nokta, hiçbir yatırımcının kendi mensup olduğu ülkeye karşı ICSID Tahkimi’ne gidemeyeceğidir. Bu sebeple ev sahibi devlet ile yatırımcının mensup olduğu kaynak devletin farklı devletler

160 Nomer / Ekşi / Gelgel, s.54.

olması, yani yatırımcının yabancı bir yatırımcı sıfatını haiz olması zaruridir. Elbette ki bu yatırımcı gerçek anlamda yabancı olmalıdır, görünüşte yabancı bir yatırımcı da aynı şekilde ICSID Tahkimine gidemeyecektir.

Ev sahibi devlet denildiği zaman, ev sahibi devletten ne anlaşılacağı da önemlidir. Bu kapsamda yatırımcının karşısında bulunan taraf, ev sahibi devletin temsil yetkisini taşıyor olmalıdır. Yerel yönetimlerin veya Bakanlıkların devletin temsil yetkisine sahip olduğu aşikâr olsa da devlete bağlı bazı kurumların devlet adına hareket edip etmediğini tespit etmek her durumda kolay olmayabilir. Dolayısıyla somut olayda böyle bir durum söz konusuysa bahsi geçen kurumun hareketlerinin ev sahibi devlete isnat edilebilir olup olmadığı incelenir.

Zaman bakımından yetkinin mevcudiyetine de ayrıca bakılması gerekmektedir. Uyuşmazlığın meydana geldiği an hem ev sahibi devletin hem de yatırımcının mensup olduğu kaynak devletin ICSID Sözleşmesine taraf bulunması gereklidir. Uyuşmazlığın meydana geldiği andan sonra sözleşmeye taraf olunması hâlinde zaman bakımından yetki şartının gerçekleşmediği söylenebilir.

■ Konu Bakımından Yetki

İkinci yetki unsuru ise konu bakımından yetkidir. Konu bakımından yetki uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklı olması anlamına gelmektedir. ICSID Sözleşmesinde «yatırım» tanımına yer verilmemiştir. Bununla beraber yatırımının hem geleneksel şekilde sermaye katılımını hem de hizmet sözleşmeleri ve teknoloji transferleri de dahil olacak şekilde yenilikçi yatırım şekillerini kapsayacağı kabul edilmektedir.¹⁶¹

b) ICSID Tahkimi Prosedürü

Tahkim süreci, tahkime gitmek isteyen tarafın konuyu Genel Sekreterliğe yazılı bir dilekçe ile başvurusu ile başlar. Bu bildirimde uyuşmazlığın konusu açıklanır ve tarafların tahkime ilişkin yazılı iradelerini içeren belgeler bulunur. Bunun üzerine Sekreterlik talebin bir örneğini karşı tarafa iletacaktır.

Genel Sekreterlikçe yapılacak ön inceleme sonucu başvuru ret ya da kabul edilir. Başvuru kabul edildiği takdirde hakem heyeti oluşturulacak ve yargılamaya başlanacaktır.

Tahkim yargılaması ICSID Sözleşmesi madde 62 uyarınca kural olarak ICSID Uyuşmazlık Çözüm Merkezi'nde yapılacaktır. Ancak tarafların ortak iradesi üstüne ICSID Sözleşmesi madde 63 hükmü ile bazı istisnalar söz konusu olabilmektedir.

Hakem Heyeti oluşturulduktan sonra öncelikle somut olayda ICSID merkezinin yetkisinin olup olmadığına karar verilir. Bunun sonrasında uyuşmazlığa uygulanacak usul ve esasa ilişkin hukuk kuralları tespit edilir.

Hakem kararı üyelerin çoğunluğu ile alınır. Taraflar hakem kararına karşı itirazda bulunabilirler. Bu kapsamda taraflar, itirazlarında esasa ilişkin bir husus öne sürememektedirler. Yapılan itiraz, ilk olarak ICSID Sözleşmesi'nin 51. maddesi gereğince karar verildiğinde hakemlerce

161 KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.IV, 6. Baskı, İstanbul 2001, s 5875; Nomer / Ekşi / Gelgel, s.113.

veya başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, başvuruda bulunanın ihmali nedeni ile bilmezlik etmediği, bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte bir gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik olabilir. Bu durumda kararın düzeltilmesi talep edilebilir. Öte yandan itiraz, kararın ICSID Sözleşmesi'nin 52. maddesi gereğince geçersiz kılınmasına yönelik de olabilir. Ancak kararın geçersiz kılınmasını talep edebilmek için, heyetin uygun bir şekilde oluşturulmaması, heyetin yetkisini aşması, heyet üyelerinden birinin rüşvet alması, mahkemenin temel kurallarından ciddi sapma olması, kararın dayandığı gerekçeleri belirtmemesi gibi durumların mevcut olması gerekir.

c) ICSID Kararları

ICSID tarafından verilen iki türlü karar vardır. Bunlardan birincisi ICSID Sözleşmesi uyarınca verilmiş olan kararlardır. Tahkim süreci ICSID Sözleşmesi'ne göre yürütülmüşse verilmiş olan hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için tenfiz edilmesine gerek yoktur. ICSID Konvansiyonu uyarınca verilmiş olan bu hakem kararlarının tenfize ihtiyaç duyulmadan icra edilebilir olma özelliği ICSID Sözleşmesi madde 54 uyarınca yalnızca parasal kararlar için geçerlidir.

İkinci tür hakem kararları ise tahkim yargılamasının ICSID Ek Kurallara göre yürütüldüğü hakem kararlarıdır. Bu kararların özelliği, karara konu olaylarda yukarıda bahsedilen konu bakımından yetki ve kişi bakımından yetki unsurlarının birisinin sağlanamıyor oluşudur. Bununla birlikte, iki şarttan diğeri sağlandığı için, ICSID nezdinde tahkim yargılaması bu Ek Kurallar uyarınca yürütülebilmektedir. Ancak ICSID tarafından yapılan yargılama bu Ek Kurallara göre yürütülmüşse, bu hakem kararının icra edilebilir olması için icra edileceği devlette tenfiz edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla ICSID tarafından verilmiş olan bu tür hakem kararları yukarıda anlatılan ICSID Sözleşmesi uyarınca verilmiş hakem kararları gibi avantajlı konumda değildir.

d) ICSID Tahkim Örneği – Türk Bir İnşaat Firması – Pakistan İslam Cumhuriyeti (ICSID Kararı No. ARB/03/29)

ICSID Hakem Heyeti, Yatırım Tahkimine konu olan bir FIDIC uyuşmazlığında usule ilişkin bir karara vücut vermiş ve bu kapsamda, yukarıda bahsi geçen konular için aydınlatıcı bir çerçeve çizmiştir. Türk bir inşaat firması tarafından üstlenilen otoyol inşaatı işi ile bağlantılı olarak Pakistan aleyhine açılan dava, inşaat projelerinin bir yatırım olarak değerlendirilmesi gerektiği hususuna ilişkin olarak önem arz etmektedir.

Bahsi geçen kararda 'madde, fıkra ve sözleşme maddeleri terimleri', FIDIC Genel Şartnamelerinin ilgili maddeleri anlamında kullanılacaktır denilerek, FIDIC kurallarına atıfta bulunulmuş ve FIDIC Şartnamesi çerçevesinde inşaat projesinin mühendis tarafından denetlendiği ve mühendisin ise iş sahibi tarafından atandığı belirtilmiştir. İş sahibi tarafın kamu gücünü kullanan bir otorite olması aynı zamanda işleri denetlemekle görevli mühendisi de seçmeye yetkili taraf olması, müteahhidi haklarının korunması noktasında güç bir pozisyona getirmiştir.

Mühendisin, müteahhit tarafından işlerin tamamının veya bir kısmının, sözleşmede hüküm altına alınan işleri tamamlama süresini aksatacak derecede yavaş imal edildiğini tespit

etmesi hâlinde, bu hususu iş sahibine bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aynı bildirim yükümlülüğü mühendisin, müteahhidin işleri makul bir sebep olmaksızın yerine getirmediği düşüncesinde olduğu durumlarda da geçerlidir. Ayrıca mühendisin bu yükümlülüklerini atayacağı bir temsilci kanalıyla da yerine getirebileceği ifade edilmiştir.

İlgili uyuşmazlıkta mühendis temsilcisi, müteahhidin işleri tamamlama tarihine yetişemeyecek derecede yavaş ilerlediğini bildirmiştir. Bunun üzerine müteahhit savunmasında çeşitli sebepler öne sürerek, sözleşmede mutabık kalınan süreyi aşmanın mümkün olacağını belirtmiştir. Yapılan müzakereler doğrultusunda mühendis temsilcisi, müteahhidin sözleşmesel mükellefiyetlerini ifa etmesini engelleyecek derecede bir sebep olmadığı kanaatine varmıştır. Mühendis, bu durumu iş sahibi olan Pakistan Milli Karayolları Otoritesi'ne bildirmiştir. Esasen, tahkime konu uyuşmazlığın vuku bulması, yapılan bu bildirimde dayanmaktadır. Mühendis ve yetkilisi tarafından verilen bu karara dayanarak iş sahibi müteahhide ihtar çekerek 14 gün içerisinde yapım sahasını boşaltması için bildirimde bulunmuştur. Akabinde yapım sahası güvenlik altına alınmış ve müteahhit personeli tahliye edilmiştir.

Ancak Türk müteahhit firma, sözleşmenin feshedilmesi ve işin yerel başka bir firmaya verilmesi üzerine uyuşmazlığı tahkime taşımıştır. Türk müteahhit firma, tahkim sürecinde inşaatın tamamlanmasındaki engelin arazinin uygunsuzluğundan kaynaklandığını, yaşanan gecikmelerin kendisine atfedilemeyeceğini, bunu FIDIC Sözleşmesi altındaki yükümlülüklerine paralel olarak mühendis ve temsilcisine bildirmiş olmasına rağmen bunun dikkate alınmadığını, aksine mühendis ve temsilcisinin kendisini temerrüde düşürmek amacıyla iş yükünü arttırdığını iddia etmiştir.

Ne var ki tahkim yargılamasında görevli hakem heyeti, müteahhit firmanın iddialarının yerinde olmadığına karar vermiştir. Heyet, iş sahibinin müteahhit performansına ilişkin şüphelerinin isabetli olduğuna, fesih hakkının mevcut olduğuna, sözleşmenin iş sahibince ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Dolayısıyla FIDIC Sözleşmelerinin müteahhitler için bir kalkan oluşturmadığını, sözleşme kapsamında öngörülen Tahkim süreçlerinin şartların varlığı hâlinde iş sahipleri lehine de sonuçlanabildiğini, neticede FIDIC Sözleşmelerinin de iki tarafa karşılıklı yükümlülükler öngördüğü ve bu yükümlülüklerle harfiyen uyulması gerektiği görülebilmektedir. Bununla birlikte, bu yargılamanın asıl öneminin, inşaat yatırımlarını ICSID kapsamında kabul etmiş olması olduğu ifade edilmelidir.

3. LCIA Tahkimi

Türkçe adıyla Londra Milletlerarası Tahkim Merkezi; hızlı, ucuz ve basit yargılama usulünü amaçlayarak ortaya çıkmıştır. Seneler içinde değişiklik göstererek bir tahkim merkezi hâline gelmiş, 1985 yılında da London Court of International Arbitration (LCIA) ismini alarak uluslararası bir kurum niteliğini kazanmıştır.

LCIA'in de aynı ICC gibi 1998 ve 2014'te olmak üzere farklı zamanlarda düzenlenmiş kendine özgü prosedürel kuralları vardır. Bu LCIA kuralları da taraflarca tahkime uygulanacak hukuk olarak seçilebilir.

LCIA kurallarına göre tahkim yerinin belirlenmesi önemlidir. Taraflar tahkim yerine karar verebilirler. Eğer böyle bir karar verilmemişse kural olarak LCIA Tahkimi Londra'da yapılır.

Hakem seçimi tarafların iradesine bağlıdır. Genellikle üç hakem seçilmekle beraber, hakemlerin uyrukları tarafların uyrukları ile aynı olmamalıdır. Genellikle uyuşmazlığın iki tarafı kendi hakemlerini seçerken, taraflarca seçilen hakemler de baş hakemi seçmektedir.

Tahkim yargılamasının süresi taraflarca belirlenmediği takdirde hakemlerce belirlenir. Kesin nitelik taşıyan bu süre içinde tahkim yargılamasının sona erdirilmesi gerekir. Ancak HMK'daki gibi bir süre LCIA kurallarında yer bulmamıştır.

Masraflardan taraflar ayrı olarak sorumludurlar. Yapılan işlemlerin masrafları Tahkim Merkezi'nce önceden belirlenmiş olup, masraflar için öncesinde avans yatırılması gerekir. Bu avansı her iki tarafın da yatırması gerekir. Yargılama giderlerine kimin katlanacağına, ne kadar katlanacağına ise eğer taraflarca yazılı bir şekilde belirlenmemişse hakem kurulu karar verir.

4. UNCITRAL Tahkim

Ad-hoc tahkim türünü tercih edenlerin yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmadan milletlerarası karakterli kurallar çerçevesinde tahkim prosedürlerini yürütebilmelerini temin için Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, bir dizi tahkim kuralları geliştirmiştir.

United Nations Commission on International Trade Law ("**UNCITRAL**"), Türkçe ifade ile Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun ad hoc tahkim kurallarının ICSID ve ICC Tahkim kurallarından temel farkı, hakem heyetinin ad hoc (özel seçilmiş) olması, bir diğer deyişle tahkimi yöneten bir kurumun bulunmamasıdır. Taraflar bu tahkim türünde hem hakemlerin atanması hem de hakemlerin uyacakları kuralları belirlemede önemli bir yetkiye ve esnekliğe sahiptir.

Ad-hoc tahkim türünü seçenler, sözleşmelerinde yapacakları bir atıf ile tahkim prosedürünü UNCITRAL'in 2010 tarihli tahkim kurallarına tabi kılabilir. Bu kuralların uygulanması, tarafların tahkim prosedürünü bu kurallara tabi kılmış olmasına bağlıdır.

E. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Yukarıda da ifade edildiği üzere gelişen dünyada artan uluslararası ilişkiler ve etkileşimler, yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkları ortaya çıkarırken, bunun en büyük yansımalarından biri de inşaat hukuku yönünden olmuştur. Kural olarak yerel bir uyuşmazlık, uyuşmazlığın çıktığı ülkenin yargı organlarıncaya çözüme kavuşturuluyor ise de yabancılik unsuru içeren bir uyuşmazlığın ulusal bir yargı organınca çözüldüğü durumda dahi yargılama sonucu tesis edilen hükmün uyuşmazlığın tarafı olan kişilerin ülkelerinde de etki doğurması artık zorunlu bir hal almıştır.¹⁶²

Yukarıda anılan yabancı tahkim kurumlarından veya başka hakemlerden Milletlerarası Tahkim hükümlerince alınan yabancı hakem kararlarının Türkiye Cumhuriyeti sınırları

162 KÖLE, Mehmet; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizinde Usul*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, S: 34, T. 2016, s. 39.

içerisinde bağlayıcılık ifade etmesi, ilgili kararın tanıtılmasına / tenfizine bağlıdır. Yabancı bir hakem kararının tanınması, o kararın Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kesin hüküm ve kesin delil teşkil etmesini sağlamakta, tenfiz edilmesi ise ayrıca kararın icra edilebilirliğine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla tenfiz edilen bir karar, tanınan bir karara ek olarak icra daireleri nezdinde icra edilebilir bir nitelik kazanmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.11.1951 tarihli 126/109 sayılı kararında; “bir hakem kararı”nın “yabancı bir hakem otoritesi altında verilmiş ise yabancı hakem kararı sayılabileceğini” kabul etmiştir. İşte bu tipteki yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi konusunda iki düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden birisi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (“MÖHUK”) 60 ila 63. maddelerinde yer alan hükümleridir. Diğeri ise Türkiye’nin katıldığı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi’dir (“New York Sözleşmesi”).

MÖHUK, 1. maddesinde de ifade olunduğu üzere “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi” hususlarını düzenlemektedir. Dolayısıyla tanıma ve tenfiz müesseselerinin temel düzenlemelerini içerisinde barındırmaktadır. Bir kararın tanıtılması ve tenfizine ilişkin usulü hükümleri öngören MÖHUK, bu yönüyle Türk hukukunda tanıma ve tenfiz noktasında başvurulacak ilk kaynak niteliğindedir.

New York Sözleşmesi ise 1923 tarihli Cenevre Protokolü ve 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin gelişen tahkim ihtiyaçlarına yeterince cevap verememesi üzerine hazırlanmış ve devletlerin onayına sunulmuştur. Türkiye, 1958 tarihli New York Sözleşmesi’ne 1991 yılında katılmasına rağmen bu Sözleşme’nin hazırlık aşamasında ilk imzayı koyan devletler arasında yer almaktadır. Nitekim Türkiye’nin kendi iç kanunlarını düzenlerken bile bu Sözleşme’nin etkisi altında kaldığı görülmektedir.¹⁶³

New York Sözleşmesi’nin özelliği, bir akit devlette verilen hakem kararını diğer devletler açısından da bağlayıcı kılıyor olmasıdır. Bir başka deyişle, Türkiye dışında verilmiş bir hakem kararı, New York Sözleşmesi’ne dayanılarak, aynı Türkiye sınırları içerisinde verilmiş bir mahkeme kararı gücüne sahip kılınmaktadır. New York Sözleşmesi’nin bu özelliği, tahkim müessesesinin dünya çapında işlerlik kazanmasına öncülük etmiştir.

Hakem kararları ile ilgili tanıma ve tenfiz davalarında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemeleridir. Görev kamu düzeninden olup davanın her aşamasında re’sen gözetilir. Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi uygulamada karşılaşılabildiği üzere sulh hukuk mahkemesinden istenirse görevin dava şartı olması nedeniyle mahkeme re’sen görevsizlik kararı verecektir.¹⁶⁴

163 Nomer / Ekşi / Gelgel, s.123.

164 DEYNEKLİ, Adnan; *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s.105-122.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi noktasında aranan şartlar bakımından New York Sözleşmesi ile MÖHUK paralellik göstermektedir. Bu suretle, New York Sözleşmesi'nde tanıma ve tenfiz için aranan şartlara göre verilen karara dayanak olan tahkim sözleşmesinin geçersiz olmaması, tahkim yargılaması ile ilgili olarak karşı tarafın bilgilendirilmiş olması, yargılama neticesinde verilen kararın sözleşme kapsamını aşmaması, tahkim heyetinin oluşumu veya prosedürünün sözleşme ve tahkim yeri hukukuna uygun olması, kararın tahkim yeri hukuku çerçevesinde iptal edilmemiş olması, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması ve nihayet kararın uygulanmasının tanıma veya tenfiz istenen ülke kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. New York Sözleşmesi uyarınca tanıma veya tenfiz talebinde bulunulan mahkemenin verilen hakem kararını esastan inceleme yetkisi bulunmayıp, yapılan inceleme sayılan şartların mevcudiyetinin araştırılması ile sınırlıdır.

Bunlara ek olarak MÖHUK kapsamında tenfiz kararının verilebilmesi için mütekeltiliyet şartı da aranmaktadır. Buna göre "tenfize konu kararı veren mahkemenin bağılı olduğu devlet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin akdi, kanuni veya fiili mütekeltiliyetin varlığı" gerekmektedir.¹⁶⁸ Görüldüğü üzere mütekeltiliyet bir uluslararası anlaşmadan gelebileceği gibi fiili bir uygulamadan da kaynaklanabilir. Ancak her halükârda New York Sözleşmesi'ne ek bir şart olarak ihdas edilen bu koşul dolayısıyla Tahkim yerinin seçimi, verilecek kararların Türkiye'de infaz edilebilirliği önem arz etmektedir.

MÖHUK Madde 58/1 hükmü uyarınca tanıma davalarında bahsi geçen mütekeltiliyet şartının aranmadığı ayrıca not edilmelidir.

III. İNŞAAT HUKUKU BAKIMINDAN ARABULUCULUĞUN SAĞLAYABİLECEĞİ AVANTAJLAR

A. İnşaat Hukukunun Arabuluculuğa Uygunluğu ve İnşaat Hukuku Bakımından Arabuluculuğun Sağlayabileceği Avantajlar

İnşaat hukuku uyuşmazlıklarının karmaşık ve teknik uzmanlık gerektiren niteliklerinden ve uyuşmazlıklardaki taraf sayısının çokluğundan ötürü uyuşmazlıklarda haklı tarafın ya da haklılık oranının tespiti kimi zaman zor olmakta ve bu nedenle mahkeme veya Tahkimdeki yargılama sonucunda çelişkili yahut görece hatalı veya eksik kararlar verilmesi ihtimali gündeme gelmektedir. Bu noktada arabuluculuk müessesesinin inşaat hukuku uyuşmazlıklarının çözüm sürecine dahil olması, tüm bu ihtimallerin önüne geçerek uyuşmazlıkların karmaşık niteliğinden kaynaklanan olumsuz sonuçların doğmasını engelleyecek bir alternatiftir ve bu yöntem ülkelerin hukuk sistemlerinde de yavaş yavaş kabul görmektedir. Zira arabuluculuk müessesesi, uyuşmazlıklarda hızlı ve düşük maliyetle çözüm fırsatı sunarak ticari yaşam için maliyet ve risklerin minimuma indirilmesine katkı sağlayan alternatif bir uyuşmazlık çözümü metodudur. Hukuki güven ve istikrarın sağlanmasında rol oynayan arabuluculuk müessesesi, yabancıların yatırım kararlarını vermeleri açısından da motive edici bir niteliktedir.

Özellikle taraflar arasında uzun dönemli bir iş ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk müessesesinin kullanılması, taraflara gerçek bir avantaj sağlamaktadır. İnşaat sözleşmeleri ve bir eserin tamamlanmasına yönelik olarak çok taraflı ve uzun vadeli Joint Venture anlaşmaları da bu duruma en iyi örneklerdendir. Bütün bu sözleşmeler ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, iyi niyetin ve anlayışın korunması özel bir öneme sahiptir.¹⁶⁵ Etkili çatışma çözümü ve arabuluculuk süreci inşaat sektörü için oldukça uygundur, çünkü uyuşmazlıklar ortaya çıktığında, devam eden bir proje üzerinde dahi birlikte çalışması gereken kişiler arasındaki ilişkilerin sürdürülmesine yardımcı olur. Ayrıca taraflar, yapımı devam eden bir proje üzerinde iyi bir ilişki sürdürmenin yanı sıra gelecekteki projeler için de ilişkilerini sürdürmek isteyebilirler. Arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesinin geçerli olması, ilişkilerin gelecekte de sürdürülebilirliği bakımından önemli bir olanak sağlamaktadır. Böyle bir yararın aleni olarak yürütülen mahkeme sürecinde elde edilmesi mümkün değildir.

Hatta sürecin sonunda anlaşmaya varılamamış olmasına rağmen, arabuluculuk taraflara değer katabilir. Tarafların arabuluculuk sürecinde dürüst bir şekilde bilgi alışverişinde bulunmaları, sorunlarını karşılıklı olarak ifade edebilmeleri, üzerinde anlaşamamış olsalar dahi yaratıcı çözümler ortaya koyabilmeleri, ortaya çıkmış ya da çıkabilecek sorunlar karşısında daha sakin kalabilmelerine ve çözüme stratejik bir şekilde odaklanabilmelerine yardımcı olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinin tarafları olan iş sahipleri ve müteahhitler arasındaki güç farkı, özellikle müteahhitleri zor duruma düşürebilmektedir. Yükleniciler bir yandan işi tamamlamakla mükellef olup, bir yandan da sözleşmesel haklarını elde etmek noktasında sorun yaşayabilmekte, dolayısıyla finansmanları ve genel operasyonları tehlikeye düşürebilmektedir. Yine inşaat sözleşmelerinin bütünleşmiş bir parçası olan tasarım unsuru, meydana getirilen eserin uygunluğu noktasında her an çözüme muhtaç teknik soru işaretleri yaratabilmektedir. Aynı şekilde, eseri meydana getirmek için kullanılan malzemelerin öngörülenden çok fazla olması, bu noktadaki sorumluluğun kime ne derecede atfedilebilir olduğunun tespit edilmesini güçleştirebilmektedir. Bu gibi durumlarda yargı erkine başvurulması, bahsedilen teknik ve karmaşık problemlerin isabetli ve hızlı bir biçimde çözümünü ciddi anlamda ötelemekte ve hatta bazen engellemekte, çoğu zaman bu uyuşmazlıkların yüksek bedelleri dolayısıyla meseleler üst yargı mercilerine intikal etmekte, bu sürecin sonunda normatif adalet ile pozitif adalet örtüşmeyebilmektedir.

Öte yandan uyuşmazlıkların mahkeme veya hakem nezdinde çözülmesi ihtilafı bir yol olduğu için, inşaat sektöründe birbirine karmaşık bir şekilde bağlanmış ve uzun yıllara sari olmuş iyi iş ilişkilerine engel olurken, çözümlerin arabuluculuk kanalıyla sağlanması ticari ilişkilerin daha uzun ve sağlıklı bir temele ulaşmasına katkı sağlamaktadır. Uyuşmazlıkların mahkeme veya hakem nezdinde çözülmesi hâlinde üçüncü kişi olarak süreci denetleyen tek ve mutlak karar mercileri süreçte yer alırken, arabuluculuk yönteminde taraflar sistemin içerisinde aktif bir rol oynamaya devam etmektedirler. Uyuşmazlıkların keskin niteliklerinin ve

165 Türkiye Barolar Birliği, 2011, *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, Ankara Mart 2011.

teknik yönlerinin, inşaat sektörüne aşına olmayan bilirkişilerce yahut ne kadar aşına olsalar dahi bu uzmanlıklarını somut olay bazında taraflar kadar sergileyemeyecek olan üçüncü kişilerce göz önüne alınması yerine, bunların yine taraflarca adil bir şekilde çözümlenmesi sağlanabilmektedir. Bu sayede taraflar istedikleri şekil, esneklik ve yaratıcılıkta anlaşabilmekte, kontrol taraflarda olduğu için uyumsuzlukların karmaşık nitelikleri dezavantajlı bir durum yaratmamaktadır. Ayrıca, tarafların kendi kararlarına dayanan ve karşılıklı olarak kabul edilebilir buldukları bir çözüm ve anlaşmaya itiraz edilme olasılığı daha düşük olmaktadır.

Son olarak, mahkeme ve tahkim sürecinde verilen hüküm çok büyük çoğunlukla tek bir taraf için olumlu sonuç doğururken; ortaklık veya alt-üst işveren ilişkisi olan, ticari birlikteliği devam eden tarafların arabulucu nezdinde vardıkları sonuç, mahkeme kararlarına yansımaları son derece zor karmaşık çözüm yollarını da içermesi sayesinde taraflar arasındaki ilişkiyi ve dolayısıyla mezkûr inşaat projesini destekler nitelikte olacaktır. Dolayısıyla tarafları tatmin etmeyen keskin neticelere varılmasının önüne geçilmiş olunur ve bu sayede, özellikle inşaat uyumsuzluklarının karmaşık yapısı ile uyum sağlanır. Diğer bir deyişle, mahkeme ve tahkim süreçlerinde kazan-kaybet paradigması egemenken arabuluculuk kazan-kazan paradigması üzerine kurulur ve bu suretle menfaatler dengesinin sonuç odaklı bir biçimde kurulmasına hizmet eder.

Elbette ki arabuluculuk sürecinin yukarıda bahsi geçen bu katkıları sunabilmesi için tarafların müzakerelere hazırlıklı olarak gelmeleri çok büyük önem arz eder. Doğaları gereği inşaat projeleri yıllara sari ilerlemekte olduğundan, firmaların proje yönetimlerinin çok ciddi kayıt tutma alışkanlıkları, hatta çoğu zaman sözleşmesel zorunlulukları vardır. İnşaat projelerinde ödeme mekanizmasının temeli olan hakediş, başlı başına birçok imalatın aslında kaydedilmiş hâlidir. Hakedişler aylık, hatta haftalık ve günlük raporlara dayanır. Bu raporlarda ise her bir gün inşaat sahasında her türlü aktivite kayıt altına alınmıştır. Günlük imalatlar, kaç personelin çalıştığı, hangi makine ve ekipmanların kullanıldığı, sahada bir kaza olduysa bunlar, iş sahibi sözleşmeye ilave bir talimat verdiyse bu talimatlar ve birçok veri bu raporlarda yer almaktadır. Yine her inşaat projesinin bir takvimi ve ilerleme raporları bulunmaktadır. Bu takvim; günlük-haftalık-aylık raporlarla şekillenir ve hakedişlere yansır. İşte aslında birbirleriyle bağlantılı, ancak birbirinden bağımsız birçok veriyi kaydeden bütün bu dokümantasyonların, en azından özet veya bilgi notu şeklinde arabuluculuk görüşmelerinde hazır tutulmaları ve müzakerelerin bu dokümantasyon üzerinden ilerlemesi, başarılı bir arabuluculuk süreci için çok önemli olacaktır.

Arabuluculuk sürecinin etkin bir şekilde ilerlemesi ve sonuçlandırılması için gereken bir diğer unsur ise, alternatif çözüm önerilerinin arabuluculuk görüşmelerinde değerlendirilmesi olacaktır. Örneğin: Yüklenici, İdare'nin saha teslimini geç yapmasından dolayı işe geç başlamış, bu yüzden proje 2 ay gecikmiş ve bu gecikme de yükleniciyi, fazladan çalıştırmak zorunda olduğu işçi maaşları, kiraladığı makine kiralaları ve genel merkez masraflarından dolayı 100.000 TL zarara uğratmıştır. Yüklenicinin bu taleple başlattığı arabuluculuk sürecinde İdare, 2 aylık süre uzatım vermeyi kabul edebilir ancak 100.000 TL ödeme

yapmak istemeyebilir. Bu durumda İdare, mevcut projeye ilaveten 1.000.000 TL'lik başka bir iş yapımını yükleniciye vermeyi taahhüt ederek yükleniciye ilave kaynak sağlamış ve yeni bir iş vermiş olacaktır. Böyle bir çözüm her iki taraf için de kazançlı -kazan-kazan- bir çözüm olacaktır. Zira yüklenici 2 aylık zaman kaybını başka bir projeden kazanacağı nakitle kapatmış olacak, yeni bir iş aldığı için mevcut iş kaynağına iş bulmuş ve yeni bir iş üretmiş olacaktır. İdare ise aslında vermekle yükümlü olduğu bir miktar paradan tasarruf etmiş olacak, buna karşılık zaten yaptırması gereken bir işi hem de zaten çalıştığı ve güvendiği bir yükleniciye yaptırmış olacaktır. Aynı örnek üzerinden gidersek başka bir senaryoda ise yüklenicinin işe geç başlamasına karşın taahhüt ettiği aylık imalatları, yeterli işçi çalıştırmayıp yeterli ekipman ve makine kullanmamasından dolayı yerine getirmediğini farz edelim. Yani Yüklenici, iş sahibinden kaynaklanan sahanın geç tesliminden dolayı 2 ay gecikmiş, ancak imalatlara başladıktan sonra ise kendi kaynaklarını doğru kullanmamasından ötürü 1-2 ay da kendisi gecikmeye sebep olmuş olsun. Bu durumda Yüklenici, yine 2 ay süre uzatımı ve 100.000 TL tazminat talebinde bulunurken, bu defa da iş sahibi, yükleniciden kaynaklanan gecikmelerden dolayı sözleşmede yazılı 2 aylık gecikme cezası olan 100.000 TL'yi talep ediyor olsun. Böyle bir durumda taraflar birbirlerinden talep ettikleri tazminatlardan vazgeçip, ilave bedel ödemeksizin yükleniciye ilave 2 ay süre verilmesi hususunda anlaşabileceklerdir.

Son derece komplike organizasyonların iç içe, paralel ve beraber yer aldığı inşaat projelerinde çıkabilecek birçok uyuşmazlık, yine kendi içinde, benzer bir çok çözüm önerisini de beraberinde getirebileceğinden inşaat uyuşmazlıkları, arabuluculuk sürecine son derece elverişli uyuşmazlık tiplerindedir.

3. BÖLÜM

UYGULAMA VE UYGULAMA ÖRNEKLERİ

I. YARGI (YARGITAY/BAM/İDM) KARARLARI VE VAKALARIN İNCELENMESİ

■ YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ E. 2010/90 K. 2010/12351 T. 13.5.2010

ÖZET: Alacaklı tarafça hakkında ilamsız takip yapılan adi ortaklığa ödeme emri gönderilmiş ise de, aynı zamanda adi ortaklığı oluşturan şirketlere de ayrı ayrı ödeme emrinin tebliğ edildiği görülmektedir. Adi ortaklığı oluşturan şirketlere ayrı ayrı ödeme emri tebliğ edilmiş olması sebebiyle, alacaklı tarafça başlatılan genel haciz yoluyla takipte bir usulsüzlük yoktur.

DAVA: Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlular vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Alacaklı vekili tarafından fatura alacağı için genel haciz yolu ile takibe geçildiği ve borçlulara örnek 7 nolu ödeme emri tebliğ edildiği görülmektedir.

Borçlular icra mahkemesine başvurularında, H. A. Ortaklığının tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle aleyhine takip yapılamayacağını ileri sürerek takibin iptalini talep etmişlerdir. Kural olarak takibin şekline göre her türlü itirazın İİK'nin 62. maddesi uyarınca 7 günlük sürede icra dairesine bildirilmesi gerekir ise de, borçluların talebi İİK'nin 16. maddesinde öngörülen şikayet niteliğinde olup, icra mahkemesine başvurularında yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Somut olayda, alacaklı tarafça hakkında ilamsız takip yapılan adi ortaklığa ödeme emri gönderilmiş ise de, aynı zamanda adi ortaklığı oluşturan H. Ltd. Şti., F. A.Ş. ve

Y. Ltd. Şti.'ne de ayrı ayrı ödeme emrinin tebliğ edildiği görülmektedir. Adi ortaklığı oluşturan şirketlere ayrı ayrı ödeme emri tebliğ edilmiş olması sebebiyle, alacaklı tarafça başlatılan genel haciz yoluyla takipte bir usulsüzlük yoktur.

Mahkemeye bu gerekçe ile şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, borçluların başvurusu itiraz olarak değerlendirilmek suretiyle istemin reddi doğru değil ise de, sonuçta istem reddedildiğinden sonucu itibarıyla doğru olan kararın onaması gerekmiştir.

SONUÇ: *Borçlular vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının İİK. 366 ve HUMK'nun 438. maddeleri uyarınca (ONANMASINA), 15,60 TL onama harcının mahsubuna bakiye 1,55 TL harcın temyiz edenden alınmasına, 13.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.*

Söz konusu yargı kararı incelendiğinde adi ortaklık olarak kurulan bir şirketin haciz uygulaması ile karşı karşıya kaldığı durumda; ortaklık adına takip yapılabileceği, ancak ödeme emrinin adi ortaklık şirketlerine ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yasal düzenlemede iş ortaklığı olarak bir araya gelen firmaların tüzel kişiliği bulunmadığı kabul edilmiştir. Aynı nedenle her şirkete ayrı ayrı ödeme emri tebliği gerekmektedir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 622-623. maddeleri gereğince adi ortaklıkta her ortak, şirketin kârına iştirak etme hakkına sahip olduğundan, ortağın kişisel alacaklıları, borçlu ortağın şirketteki kâr payını haczettirebilirler. Ayrıca, aynı Kanun'un 638. maddesine göre, adi ortaklığın tasfiye edilmesi hâlinde borçluya isabet edecek tasfiye payının da haczi mümkün bulunmaktadır. Henüz adi ortaklığa ait kazanç ortaklar arasında taksim edilmemiş ise veya ortaklığın tasfiyesi hâlinde borçlu ortağa isabet edecek tasfiye payı belirlenmemiş ise adi ortaklığın, alacağına haciz mümkün değildir (Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.2013 gün ve E: 2012/12-863, K: 2013/432 sayılı ilamı)

Adi ortaklığa ait kazanç ortaklar arasında taksim edilmeden, alacak üzerinde bütün ortakların iştirak hâlinde mülkiyet hakları vardır (Hukuk Genel Kurulu'nun 10.04.1991 gün, E:1991/13-76, K:1991/199 sayılı ve 10.12.2014 tarih, 2013/12-1233 esas, 2014/1014 karar sayılı ilamları.)

Uygulamada bu durum bazı yeni hukuki sorunlar ortaya çıkarabilmektedir. Firmalardan birinin itirazı ile takip onun açısından durmakta iken diğer firmanın takibe itiraz etmemiş olması durumunda aynı iş ortaklığının diğer ortağı açısından borcun ödenmesi zorunluluğunu doğurmaktadır.

Adi ortaklık yapısına dair haciz uygulamalarının bu tarz yeni uyumsuzluklara yol açması na engel olabilmek adına en hızlı ve ekonomik çözümün arabuluculuk kurumu olabileceği açıktır. Taraf teşkilinin oluşturulması aşamasından kısmi ödeme ve / veya ortaklardan birinin yapacağı ödeme şeklinde sonuçlanabilecek birden fazla alternatifli sonuçların arabuluculuk kurumu ile ulaşılabilecek sonuçlar olduğu uygulamalar ile örneklenmiştir.

■ **YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 2009/5315, K. 2010/1111 T. 2.2.2010**

ÖZET: *Adi ortaklığın feshedilmesi nedeniyle yapılan masrafların ve cezai şartın ödenmesi talep edilmiştir. Ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde tasfiyenin öncelikle bu sözleşmedeki hükümlere göre yapılması asıldır. Böyle bir hükmün bulunmaması hâlinde ise tasfiyenin bu defa Borçlar Kanunu'ndaki ilgili hükümler sıra ile takip edilerek yapılması gereklidir. Öte yandan, adi ortakların tümünü ilgilendiren bir davada, dava dışı diğer iki ortağın davada taraf olarak yer almadan uyuşmazlığın çözümlenmesi de mümkün değildir. Taraf teşkilinin sağlanması gerekir.*

DAVA: *Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:*

KARAR: *Davacı, davalıların murisinin, K... adıyla bilinen işletmede, balık üretimi ve istihali işi ile uğraşmakta iken, kendisini ve dava dışı iki kişiyi daha işletmeye ortak olarak aldığı, bu konuda 06.04.2002 tarihli sözleşmenin imzalandığını, ortaklık nedeniyle bakkaliye, benzin, çimento gibi giderlerin kendisi tarafından ödendiğini, ne var ki davalının, 28.07.2003 tarihinde kendisini vekillikten azlettiği gibi, sözleşmeyi de feshettiğini bildirdiğini, bu durumda sözleşme gereğince yapmış olduğu masrafların, cezai şartla birlikte 11.430.000.000 -TL olarak ödenmesi gerektiğini ileri sürerek, anılan miktarın dava tarihinden itibaren faiziyle birlikte ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalılar, murisleri ile davacı ve dava dışı kişiler arasında ortaklık sözleşmesi yapılmışsa da ortaklığın devam ettiği 15 aylık süre içinde sözleşmenin 11. maddesinde belirtilen yatırımlara ilişkin sermaye konularak yatırımlara başlanamadığını, bu nedenle de sözleşmenin muris tarafından haklı olarak feshedildiğini savunarak, davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin haksız olarak feshedildiğinin ispat edilemediği gibi, davacının yapmış olduğu masraflara ilişkin iddiasını da ispat edemediği belirtilerek, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.*

Temyiz incelemesi neticesinde kararın tasfiyeye uygulanması gerekirken davanın reddi kararının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiştir.

Söz konusu yargı kararı incelendiğinde; ortakların birbirlerine karşı sorumlulukları, adi ortaklıkta dava dışı ortakların davaya dahil edilmeleri zorunluluğu, adi ortaklıkta fesih ve tasfiyenin hukuki sonuçlarının farklı olması gibi birden fazla hukuki ihtilafın bulunduğu anlaşılmaktadır.

BK'nin 538. maddesinde belirtildiği gibi tasfiye bütün hesapların görülüp; ortaklığın aktif ve pasif bütün mal varlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak verecek ve ortaklıktan kaynaklanan ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sona erdirilmesi, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır. Ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunduğu

takdirde tasfiye bu sözleşmedeki hükümlere göre yapılacaktır. Bir hükmün bulunmaması hâlinde ise tasfiyenin BK'nin 539. maddesindeki sıra takip edilerek yapılması gerekli olduğu hukuki gerçekliği karşısında; ortaklığın sona erdiği tarih itibarıyla aktif ve pasif mal varlığının belirlenmesi, borçların ödenmesi ve bakiyenin ortaklar arasında dağıtımı ile tasfiye işlemlerinin arabuluculuk sürecine uygunluğu tartışmasızdır.

Arabuluculuk kurumu ile şirket tasfiyesinde tarafların çıkarlarına uygun mal dağılımı usulü belirlenebileceği gibi şirket mallarının değerlendirilmesi aşamasında değerlendirmenin reel değerlere yakın olarak gerçekleşmesine de yol açacak bir sonuç sağlanabilecektir. Davaya her ortağın dahil olma zorunluluğu mevcut iken arabuluculuk sürecinde tüm ortakların dahil olmadığı bir sonuca da ulaşılabilme imkânı mevcuttur.

II. 1999 FIDIC İLGİLİ HÜKÜMLER KAPSAMINDA VERİLEN KARARLAR

ICC Hakem Heyeti'nin 2014 yılında 1999 FIDIC Sarı Kitap madde 20, 20.4, 20.5 maddeleri uyarınca verdiği bir karara göre: *“Davacı, hakem heyetinin bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararındaki belli başlı hususları irdeleme yetkisine sahip olmadığını iddia etmiştir. Çünkü davalı, bu belirli konulardaki “Tatminsizlik Bildirimini” zamanında yapmamıştır. Ancak, davacı aynı Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararındaki diğer konularda zamanında tatminsizlik bildiriminde bulunmuştur. Ancak hakem heyeti, davalının tatminsizlik bildirimlerine konu olan hususları incelemesinde bir sakınca bulunmadığına karar vermiştir. Çünkü 1999 FIDIC Sarı Kitap 20.4 fıkrası uyuşmazlıklara atıfta bulunmaktadır ve bu kapsamda hakem heyetinin yetkisini belirleyen Uyuşmazlık Çözüm Kurulu değil, uyuşmazlığın kendisidir.”*¹⁶⁶ Söz konusu olay, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararından memnun olunmaması hâlinde yapılan tatminsizlik Bildirimine ve hakem heyetinin yetkisine ilişkindir. Daha önce de ifade edildiği gibi, taraflardan biri Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nca verilen karardan memnun olmazsa, diğer tarafa bir tatminsizlik bildirimini yaparak Kurul'a ve mühendise bu bildirim bir kopyasını verebilir. Eğer süresi içerisinde herhangi bir taraf bu bildirimde bulunmamışsa, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararı kesinleşir ve her iki taraf için de bağlayıcı olur.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararının yalnızca bir kısmından memnun olmayan taraf, memnun olmadığı kısmı bildiriminde açıkça belirtmelidir. Bu kısım/kısımlar ve kararın bu kısımlardan etkilenen veya bu kısımlara dayanan diğer bölümleri, kararın geri kalanından ayrılabilir sayılır ve bu durumda kararın geri kalan kısmı bu konuda bildirimde bulunulmamış gibi kesinleşir ve her iki taraf için de bağlayıcı sayılır. Bir Tatminsizlik Bildirimi'nin varlığı hâlinde taraflar, uyuşmazlığı tahkime yöneltmeden önce dostane bir şekilde çözmeye çalışacaklardır. Bununla birlikte, taraflarca aksi öngörülmemişse, taraflar dostane bir şekilde çözmeye çalışmamış olsalar bile bildirimde bulunulduğu günden sonraki yirmi sekizinci (28.) günde veya sonrasında tahkim başlatılabilir. Hakemler, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun herhangi bir kararını (nihai ve bağlayıcı olanlar hariç) açmaya, incelemeye ve revize etmeye tam

166 Corbett & Co International Construction Lawywers Ltd. 2018. Corbett and Co's FIDIC Case Law Table.

yetkilidir. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun herhangi bir kararı, tahkimde delil olarak kabul edilebilir. Karara konu olan olayda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararının zamanında tatminsizlik bildiriminde bulunulmayan kısmı, esasen taraflar için bağlayıcı hale gelmiştir. Buna rağmen hakem heyeti olaya konu olan maddeyi daha farklı yorumlamış ve heyetin yetkisini belirleyen hususun uyuşmazlığın kendisi olduğu şeklinde bir açıklama getirerek zamanında tatminsizlik bildiriminde bulunulmamış olan kısma ilişkin de yetkisi olduğunu ifade etmiştir.

Yine ICC Hakem Heyeti'nin 2013 yılında 1999 FIDIC Sarı Kitap madde 10.2; 16.1; 16.2; 20; 20.4; 20.5; 20.6; 20.7 uyarınca Tatminsizlik Bildirimi'ne ilişkin olarak verdiği bir karara göre: *"Bir Tatminsizlik Bildirimi'nin tatminsizlik sebeplerini ortaya koyması gerekip gerekmediği açısından incelendiğinde; davalı, yaptığı bildirim madde 20.4 kapsamında tanımlamış ve uyuşmazlığı ilgilendiren hususları sıralamıştır; ancak memnuniyetsizliğin sebeplerini açıklamamıştır. Hakem Heyeti, bildirim uyumlu olması için gerekçelerin gerekli olmadığına karar vermiştir. 20.4. ve 20.7. maddelere göre, gerekçeleri ortaya koymamak, bildirim geçersizliğine ya da yokluğuna yol açmamaktadır. Bildirim 'açıkça tanımlanmış veya en azından açıkça belirlenebilir' olarak tanımlanmalı, yani, 20.4 uyarınca Tatminsizlik Bildirimi olarak adlandırılmalı ve tarafların tahkime sunmak istediği iddiaları tanımlamalıdır. Hakem Heyeti ayrıca, Tatminsizlik Bildirimi sunmayan tarafın da uyuşmazlığı tahkime götürürebilmek için söz konusu bildirim dayanabileceğini hükme bağlamıştır."*¹⁶⁷ 2017 FIDIC uyarınca Tatminsizlik Bildirimi'nde, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararına karşı yapılan bir Tatminsizlik Bildirimi olduğu açıkça belirtilmeli ve uyuşmazlık konusu ile tatminsizlik sebepleri açıkça ifade edilmelidir. Her ne kadar FIDIC 1999 Kitap'ına ilişkin bir karar olsa da ICC hakem heyeti, bu noktada da genişletici ve taraflar lehine bir yorum yapmakta, gerekçeleri ve tatminsizlik sebeplerini ortaya koymamanın bildirim geçersizliğine yahut yokluğuna yol açmadığını ifade etmektedir.

Diğer taraftan Mühendis vasıtasıyla çözüm mekanizmasına yönelik olarak verilen ICC kararlarının çoğu, Tahkim öncesi prosedüre yaklaşımları konusunda tutarlıdır ve mühendisin kararının, tahkim sürecinin başlamasının ön şartı olduğu yönündedir. Bir ICC kararında hakem heyeti, daha önce mühendise sunulan ve mühendis tarafından reddedilen bir hak talebini inceleme hususunda yetkili olmadığına karar vermiştir. Bazı diğer kararlarda da hakem heyeti, salt hak talebinin varlığının, sözleşme kapsamında tahkime gitmek için yeterli olmadığına karar vermiştir; zira hak talebi, bu hususta karar vermesi için öncelikle mühendis önüne götürülmemiştir. Daha önce de değinildiği üzere meydana gelen her uyuşmazlık, bir hak talebine vücut verebilmekte, bu hak talepleri öncelikle mühendis tarafından çözümlenmektedir. Uyuşmazlığın mühendisçe çözümlenme biçiminden memnun kalmayan bir taraf, konuyu öncelikle Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na, bilahare uluslararası Tahkim mercilerine taşıyabilmektedir. Dolayısıyla hak taleplerinin öncelikle Mühendis tarafından çözümlenmesi hususunda ICC hakem heyeti istisnalar olsa da tutarlı davranmış ve bu tutarlılık ICC kararlarına da yansımıştır.

Türk iç hukukuna bakıldığında Yargıtay da FIDIC genel prensiplerinin değerini benimsemiş, vermiş olduğu kararlarda yeri geldiğinde bu prensiplere atıf yapmıştır. Yargıtay 15.

167 Corbert & Co International Construction Lawywers Ltd. 2018. Corbett and Co's FIDIC Case Law Table .

Hukuk Dairesi'nin, "süre uzatımı" hususunda vermiş olduğu 2001 tarihli bir kararda şu cümlelere yer verilmiştir: "(FIDIC) inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımının da muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından talepleri zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle davacının süresinde sözleşmeye uygun talepte bulunması ve belgelendirilmemesi nedeniyle süre uzatımı taleplerinin mühendis firmaca reddedilmesinde sözleşmeye aykırı bir tutum ve davranış yoktur. Davacının davadaki alacak talepleri süre uzatımına hak kazanmasına bağlı olup, ortada davacıya verilmesi gereken süre olmadığına göre davanın tümüyle reddi yerine kabulü doğru olmamıştır." Görülmektedir ki, Türk iç hukukunda da FIDIC genel prensipleri, yargılama sürecinde rehber nitelik taşımakta ve yeri geldiğinde üst mahkeme kararlarına konu olmaktadır.

III. İNŞAAT HUKUKU İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIK KONULARI ÜZERİNDEN ARABULUCULUK UYGULAMALARI

UYGULAMA 1

İlgi: YG.15 HK. D. 13.2.1992 T. 1991/4118 Es. 1992/614 S. Kararı

GENEL BİLGİLER

Hülya Bulut 34 yaşında ev hanımıdır. Evinin kapı ve mutfak dolaplarının yapımı için CNC Firmasıyla anlaşmıştır. Dolaplar ve kapılar firma sahibi tarafından süresinde yapıp teslim edilmiştir. Ancak firma yapılan işi süresinde teslim etmek için, gerekli özeni göstermeden hatalı olarak montaj yapmıştır. Hülya Bulut işin bitmesiyle eve gelip kapı ve dolapları incelediğinde kapıların ve dolapların yanlış montaj edildiğini fark etmiştir. Hemen vakit kaybetmeden CNC firmasının sahibi olan Murat Kaya ile iletişime geçmiş montajların hatalı yapıldığını ve düzeltilmesi gerektiğini bildirmiş, Murat Kaya'da işçilerini en yakın zamanda göndereceğini bildirmiştir. Telefon konuşmasının üzerine Murat Kaya yanındaki işçileri azarlayarak neden hatalı montaj yapıldığını sorgulamıştır. Ancak işin tekrar yapılması için işçilerini göndermemiştir. Hülya Bulut yapılan işin ayıplı olmasından ve tekrar yapılmamasından dolayı dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

HÜLYA BULUT

34 yaşında ev hanımıdır. Evinin mutfak dolaplarını ve kapılarını, çevreden güvenilir ve bu konuda iyi olduğunu düşündüğü CNC firmasına yaptırmıştır. Ancak işin tesliminden hemen sonra akşam dolaplarını kullanmaya başladığında dolap

kapaklarının ve kapılarının hatalı takıldığını fark etmiştir. Bu şekilde kullanamaya-
cağı için vakit kaybetmeden firmaya durumu telefonla arayarak bildirmiştir.

Müzakere Pozisyonu

Akşam eve geldiğinde durumu eşine anlatan Hülya Bulut dolapların ve kapıların olmadığını ve tekrar yapılması gerektiğini anlatmıştır. Eşi de bunu vakit kaybetmeden ihbar süresi içinde firmaya bildirmesi gerektiğini söyleyerek eşini uarmıştır. Hülya Bulut Firmaya bildirmesine rağmen daha sonra yapım için kimse gelmediğinden ve sürekli olarak geçiştirildiğinden, teslimin ayıplı olmasından ötürü dava açmıştır.

MURAT KAYA

CNC firmasının sahibidir ve işinde başarılıdır. Çoğu müşterisi firmanın yaptığı işlerden memnun kalmaktadır. Murat Kaya, işin teslim edildiği gün Hülya Bulut'un aramasıyla işin hatalı yapıldığı öğrenmiş ve işçilerini azarlamıştır. İşçilerde işi süresinde teslim etmek için, daha hızlı iş yaptıklarını ve gözden kaçırdıklarını söylemişlerdir.

Müzakere Pozisyonu

Murat Kaya, işin tekrar yapılmasının diğer işlerini aksatacağını düşündüğü için tekrar yapmak istememektedir. Bu sebeple internetten bu konuda araştırma yaparak, birkaç bilgi öğrenmiştir. Hülya Bulut'un kendine yaptığı ihbarı telefonda yaptığı ve ihbarın yazılı olmaması nedeniyle ispat edilemeyeceğini ve süresinde ihbar yapılmadığını iddia ederek işleri tekrar yapmaktan kurtulacağını düşünmektedir.

UYGULAMA 2

İlgi: HGK. 30.10.1991 T. 1991/15-373-533 S. Kararı

GENEL BİLGİLER

Ahmet Öztürk Ankara'da bulunan arsasına bina yaptırmak istemektedir. Bu sebeple, ATB İnşaat Firmasının sahibi olan Nuri Demir ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmıştır.

Yapılan sözleşmede inşaat için kullanılacak malzemelerin cinsi, kaliteleri açıkça belirtilmiştir. Kullanılacak malzemeler Türkiye'de bulunmadığından yurtdışından temin edilmesi gerekmektedir. ATB İnşaat'ın sahibi Nuri Demir malzemelerin yurtdışından temin edilmesinin kendisine külfet yaratacağını düşündüğünden yerli malzeme kullanarak binayı inşa etmiştir. İnşaatın tamamlanmasının ardından, yapılan işi incelemeye gelen Ahmet Öztürk kullanılan malzemelerin sözleşmede

kararlaştırılan ithal malzemeler olmadığını ve daha düşük kalitede yerli malzemeler kullanıldığını tespit etmiştir.

Bu sebeple Ahmet Öztürk, inşaat firmasının sahibi olan Nuri Demir'e, yapılan inşaatın sözleşmede kararlaştırılan vasıfları taşımadığından bahisle ayıplı eser teslim edilmesinden dolayı dava açmaya hazırlanmaktadır.

ÖZEL BİLGİLER

AHMET ÖZTÜRK

65 yaşında emekli öğretmendir. Ankara Çayyolu'nda bulunan arsalarına 4 katlı bir bina yaptırıp, bir katında da eşiyile birlikte oturmak istemektedir. Yapılan binada kendisi de oturacağından kullanılan malzemelerin kaliteli olması önem teşkil etmektedir.

Müzakere Pozisyonu

Ahmet Öztürk binanın teslim edilmesiyle yaptığı incelemede kullanılan malzemelerin sözleşmedeki malzemeler olmadığını anlayınca aile dostları olan avukat Mehmet Sarı'ya başvurup ne yapabileceği konusunda bilgi almıştır. Avukatı yüklenici firmanın, herhangi bir şekilde kullanılmaya müsait olanı değil, sözleşmede kabul edilen koşullara ve kullanım amacına elverişli bir eseri yapmakla yükümlüdür diyerek, yapılan eserin ayıplı olduğunu ve dava açması gerektiğini söylemiştir.

NURİ DEMİR

55 yaşında olan Nuri Demir yüklenicilik yapmaktadır. Sözleşmedeki malzemeleri yurtdışından ithal etmenin hem çok daha pahalı hem de birçok prosedüre dayanacağını düşünmüştür. Bu sebeple sözleşmeye aykırı olarak daha düşük kalite ve maliyette olan yerli malzemeleri kullanmıştır.

Müzakere Pozisyonu

Anlaşılmayacağını düşünerek ucuz ve kalitesiz malzeme kullanmıştır. Çevreden duyduğu bilgilere göre Ahmet Öztürk ayıplı eseri söktürüp sözleşmeye uygun hale getirilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu durum onu mali açıdan büyük bir sıkıntıya sokacaktır

UYGULAMA 3

İlgi: Yargıtay 3.Hukuk Dairesi 2016/4981 E. 2017/2988 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

İzmir'de bulunan bir arsaya bina yapılması için bir kısım hissedarlar ile imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde HF İnşaat AŞ ile KC Yapı İnşaat AŞ müteahhit

olarak taşınmaz üzerine inşaat yapmayı üstlenmişler ve aralarında bir adi ortaklık kurmuşlardır.

Fakat KC Yapı İnşaat AŞ, aynı taşınmazın tüm hissedarları ile ayrı bir sözleşme imzalayarak söz konusu taşınmazı tek başına kat karşılığı inşaat yapmak üzere yüklenmiştir. Derhal belediyeden ruhsat talebinde bulunan KC Yapı İnşaat AŞ, proje onayını alır almaz inşaatın yapımına başlamıştır. HF İnşaat AŞ yetkililerinin bu durumu öğrenmesi üzerine Noter aracılığıyla KC Yapı İnşaat AŞ'ye ihtarname çekilerek "hukuken tüm unsurları ile oluşan adi ortaklığın sonlandırılmadığının dolayısıyla firmanın kendi nam ve hesabına yaptığı işlemlerin adi ortaklık hesabına yapılmış sayılması veya elde edilen menfaatin şirkete verilmesi gerektiği" bildirilmiştir.

Bunun üzerine HF İnşaat AŞ, adi ortaklığın kuruluş amacı olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin, davalı ortağın aynı yer ile ilgili yapmış olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeni ile engellendiği iddiasıyla tazminat istemine ilişkin dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

HF İNŞAAT AŞ

15 yıldır kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhit olarak yer almaktadır. Bu sözleşmeler uyarınca üstlendikleri yapım işlerini başka şirketler ile aralarında kurdukları adi ortaklık bünyesinde gerçekleştirmektedir. HF İnşaat AŞ, sözleşme gereği yüklenilen yapım işlerinin adi ortaklık hükümlerine uygun olarak ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işlemler gerçekleştirmeksizin yerine getirilmesini istemektedir.

Müzakere Pozisyonu

HF İnşaat AŞ, kendi bünyesinde çalışan avukatları ile ortaklık yaptığı KC Yapı İnşaat AŞ'nin yapım işleri üstlenilen arsannın tüm hissedarları ile kendilerinden ayrı olarak ikinci bir sözleşme yaptığını ve bu kat karşılığı sözleşme uyarınca gerekli prosedürleri izleyerek inşaata başladığını paylaşmıştır. Avukatları da; adi ortaklık devam ederken, KC Yapı İnşaat AŞ'nin daha sonra aynı taşınmaz için arsa sahipleri ile tek başına düzenlediği Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi nedeniyle yapılan işi üstlenmesi şeklinde gelişen işlemlerinin, kendi yararına fakat ortaklığın amacına aykırı olduğu, ayrıca bu işlemlerin taraflar arasında yapılan ortaklık amacının gerçekleşmeme ihtimalini artırdığı, bu bağlamda da rekabet yasağını ihlal ettiğini ve kusurlu davranışı nedeniyle ortak olan şirketlerine verilen zarar nedeniyle KC Yapı İnşaat AŞ'nin bu zararı karşılamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine HF İnşaat AŞ uğradıkları zararın tazmini için dava açmıştır.

KC YAPI İNŞAAT AŞ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde hissedarların tümünün yer almadığını fark eden KC Yapı İnşaat AŞ, daha sonra tüm hissedarlar ile yeni bir sözleşme imzalayarak

yapım işlerine başlamıştır. Bu süreçte ilk sözleşmenin geçersiz olduğunu düşündüğünden HF İnşaat AŞ ile aralarında adi ortaklığın şartlarının da oluşmadığına inanmaktadır. Tüm hissedarlar ile imzalanan ikinci sözleşme uyarınca tek başına inşaata başlayan KC Yapı İnşaat AŞ geçersiz sözleşme uyarınca HF İnşaat AŞ'nin menfaatine pay olmayacağından kazancının kendisine kalacağı kanısındadır.

Müzakere Pozisyonu

KC Yapı İnşaat AŞ, ilk yapılan sözleşmenin tüm arsa hissedarları ile imzalanmadığından sözleşmenin geçersiz olduğunu, dolayısıyla HK İnşaat AŞ ile aralarında bir adi ortaklık bulunmadığını düşünmektedir. Sadece kendi firmaları tarafından ayrıca imzalanan ikinci sözleşmenin ise tüm hissedarlar ile imzalandığı için geçerli olduğu ve bu sözleşmeye HK İnşaat AŞ'nin dahil olmadığını, katılım payı olarak herhangi bir emek de ortaya koymadığından ortaklık amacına zarar veren veya haksız rekabet hükümlerine aykırılık teşkil edecek bir sonucun doğmadığını savunmaktadır.

UYGULAMA 4

İlgi: Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 2016/8908 E. 2016/10736 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

ALA Kooperatif, Antalya'da bulunan arsasına 15 binadan oluşan bir inşaat yaptırmak istemektedir. Bu amaçla MYT Ltd. Şti ile anlaşarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmışlardır. Söz konusu sözleşmede şirketin yetkilisi konumunda bulunan şirket ortağı ve müdürü Aylin KAZAN yüklenici sıfatıyla şirket adına ve ayrıca ismi açılmak sureti ile imza atmıştır. Fakat ALA Kooperatif, sözleşme karşılığında borcunu yerine getirmediğinden kooperatife sözleşmede imzası bulunan Aylin KAZAN'ın alacağından dolayı İcra İflas Kanunu uyarınca haciz ihbarnameleri gönderilmiştir. Ala Kooperatif kendilerinin Aylin KAZAN'a borçlu olmadıklarını iddia etmektedir.

Bu nedenle ALA Kooperatif, Aylin KAZAN'ın alacaklısı olduğu senede dayalı takip dosyasında Aylin KAZAN'ın kendilerinden alacağı olmadığını ve kendisine borçlu olmadıklarının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

ÖZEL BİLGİLER

ALA KOOPERATİF

ALA Kooperatif Antalya'da bulunan arsasına 15 binadan oluşan bir inşaat yaptırmak istemektedir. Bu amaçla daha önce de birlikte çalıştıkları ve kendilerine güven veren MYT Ltd. Şti ile anlaşarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmışlardır.

Kooperatif üyelerinin ödemeleri zamanında yapmamasından dolayı sözleşme ge-
reği olan borcunu tam olarak yerine getirememiş ve bu sebeple kooperatife İcra
İflas Kanunu uyarınca haciz ihbarnameleri gönderilmiştir.

Müzakere Pozisyonu

Ala Kooperatif, kendilerine gönderilen ve alacaklısının Aylin Kazan olarak gös-
terildiği ihbarnamelere karşı ne yapabileceklerini öğrenmek amacıyla tanıdıkları
bir avukattan bilgi alırlar. Avukat Ahmet ŞÜKRAN kat karşılığı inşaat sözleşmesin-
de, şirketin o tarihteki yetkilisi Aylin KAZAN ile şirketin yüklenici olarak ayrı ayrı
belirtilmesinin ve sözleşmenin her ikisi adına imzalanmasının kooperatifle ayrı
ayrı müteahhitlik ilişkisine girildiğinin bir göstergesi olmadığını ve Aylin KAZAN'ın
sözleşmeyi yetkilisi olduğu şirketi temsilen imzaladığını ya da şirket ile birlikte adi
ortaklık şeklinde taahhüt ettiklerini ifade etmiştir. Dolayısıyla yapılan işten kay-
naklanan alacağın tek başına şirket veya yetkilisi Aylin KAZAN'a ait olmayıp, adi
ortaklar olarak her ikisine birden ait olacağı bilgisini paylaşmıştır. Ala kooperatif
de bu bilgiler ışığında Aylin KAZAN'ın kendilerinden alacağı olmadığını ve kendi-
sine borçlu olmadıklarının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

AYLİN KAZAN

MYT Ltd. Şti.'nin şirket ortağı ve müdürüdür. Şirketin yaptığı neredeyse tüm iş-
ler birlikte çalışılan kişiler tarafından memnuniyet uyandırmaktadır. Şirket yetki-
lisi olan Aylin Kazan, Ala Kooperatifin kendileriyle çalışmak istemeleri sonucunda
kat karşılığı inşaat sözleşmesine yüklenici sıfatıyla şirket adına ve ayrıca ismi açıl-
mak sureti ile kendisi adına imza atmıştır.

Müzakere Pozisyonu

Taraflar arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca MYT Ltd.
Şti. kendi borçlarını yerine getirmesine rağmen sözleşmenin diğer tarafı olan Ala
Kooperatif borcunu yerine getirmemiştir. Şirket yetkililerinin yaptıkları araştırma
sonucunda kooperatife haciz ihbarnameleri gönderilmesine karar verilmiştir. İşbu
ihbarnamelerde sözleşmede imzası bulunduğundan alacaklı olarak şirket yetkilisi
olan Aylin Kazan gösterilmiştir.

UYGULAMA 5

İlgi: Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2008/4589 E. 2008/8861 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

Adana'da bulunan bir arsanın sahipleri arsalarının üzerine bina yaptırmak
amacıyla daha önce yan arsalarında bina yapmış olan tanıdıkları Halit, Mehmet ve
İsmail ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmıştır.

Sözleşmeyi aralarında adi ortaklık kurulan Halit, Mehmet ve İsmail yüklenici sıfatıyla imzalamıştır. Sözleşme uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü Halit, Cemal AŞMAZ'a temlik etmiştir. Fakat bu süreçte arsa sahipleri, aradan geçen zamana rağmen yüklenicilerin binayı inşa etmediklerini ve ortada bir binanın olmadığını görünce yüklenicilere ihtar çekerek sözleşmeyi feshettiklerini ihbar etmiştir.

Temlik alan Cemal AŞMAZ şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil talebinde bulunmuş, bunun mümkün olmaması hâlinde borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat istemine ilişkin bir dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

CEMAL AŞMAZ

55 yaşında bir çorbacı dükkânının sahibidir. İşlerinin iyi gitmesi sonucu yaptığı birikimi ile yeni yapılacak güzel bir evde oturmak istemektedir. Dükkânına gelen Halit ile aralarında geçen sohbette Halit'in 3 ortak olarak dükkân yakınında bulunan bir arsada bina yaptığını öğrenmiş ve Halit'ten bu binada ev alabilmenin ortalama ne kadara mal olabileceğini sormuştur. Bunun üzerine Halit arsa sahipleri ile yaptıkları sözleşme uyarınca bağımsız bölümün yükleniciye bırakılacağını belirterek bu bölümü kendisine temlik edebileceğini belirtmiştir.

Müzakere Pozisyonu

Halit'in yükleniciye bırakılacak olan bağımsız bölümü Cemal AŞMAZ'a temlik etmesi üzerine sonraki süreçte ne yapması gerektiğini öğrenmek isteyen Cemal AŞMAZ, avukat bir tanıdığıyla bu durumu paylaşmıştır. Avukatı yüklenici olarak imza atanlar arasında bir adi ortaklık olduğunu ve bu nedenle ortaklık tarafından ayrıca bir yetki verilmemesi hâlinde ortağın tek başına ortaklığın amacına aykırı işlem yapmasının mümkün olmadığı bilgisini vererek sadece işlem yapan ortağın sorumlu olduğunu ve dava açılması gerektiğini söylemiştir.

HALİT

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca üstlendikleri yapım işlerini güvendiği iki arkadaşı ile aralarında kurdukları adi ortaklık bünyesinde gerçekleştirmektedir. Bağımsız bölümün yükleniciye bırakılacağı sözleşmede kararlaştırıldığı için ev sahibi olmak isteyen Cemal AŞMAZ'a bu bölümü temlik etmiştir.

Müzakere Pozisyonu

Halit, bağımsız bölümün yükleniciye bırakılacağı düşüncesiyle bölümü Cemal AŞMAZ'a temlik etmiştir. Cemal AŞMAZ'ın dava açtığını öğrenmesi üzerine internette araştırma yapmış ve kurdukları ortaklıkta kendisine yetki verilmediği için tek başına bu konuda işlem yapamayacağını ve binayı tamamlamadıkları için de bu

bağımsız bölüm üzerinde hak kazanamayacakları için yaptığı temlik işleminin sonucunda Cemal AŞMAZ'ın zararını karşılamak zorunda olduğunu öğrenmiştir. Bu durum mali açıdan kendisini sıkıntıya sokacaktır.

UYGULAMA 6

İlgi: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2018/3869 E. 2018/3854 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

Samsun'da bulunan bir arsada bina yaptırmak isteyen bir kısım arsa sahibi (Zehra SİVRİ ve Deniz KARA) ile yüklenici Vedat TANI arasında noter huzurunda olmaksızın kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmıştır.

Sözleşme imzalandıktan 3 ay sonra Zehra SİVRİ ve Deniz KARA, tapuda yükleniciye devir işlemini gerçekleştirmişlerdir. Biran önce inşaatın tamamlanmasını isteyen sözleşme tarafı arsa sahipleri, zaman geçmesine rağmen arsada hiçbir değişikliğin bulunmaması üzerine araştırma yapmışlardır ve yüklenici Vedat TANI'nın ruhsat başvurusunda dahi bulunmadığını öğrenmişlerdir.

Bu sebeple sözleşmede taraf olan arsa sahipleri tapu kaydının iptali ile adlarına tesciline karar verilmesi için dava açmışlardır.

ÖZEL BİLGİLER

ZEHRA SİVRİ VE DENİZ KARA

Samsun'da yaşamak isteyen üç kardeş Samsun'a giderek deniz kenarında kendilerine arsa satın almışlardır. Üç kardeşten durumu daha iyi olan Zehra SİVRİ ve Deniz KARA kat karşılığı inşaat sözleşmesine taraf olarak arsada bina yaptırmak istemişlerdir. Fakat üçüncü kardeşleri yapılan sözleşmede taraf olarak yer almamıştır.

Müzakere Pozisyonu

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmasına ve tapuda devir işleminin gerçekleştirilmesine rağmen arsada hiçbir şey yapılmaması nedeniyle arsa sahibi olan Zehra SİVRİ ve Deniz KARA durumdan şüphelenerek araştırma yapmışlardır. Yaptıkları araştırma sonucunda yüklenicinin ruhsat başvurusunda dahi bulunmadığını öğrenmişler ve derhal taşınmaza tedbir koyulması için gereken işlemleri yapmışlardır. Avukat olan üçüncü kardeşleri Oğuz KARA ile konuştuklarında yüklenicinin Oğuz KARA ile sözleşme yapmadığı için ve tapuda kendileri dışında Oğuz KARA'nın da malik olarak yer alması nedeniyle ortada geçerli bir sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceğini öğrenmişlerdir. Daha fazla zarara uğramak istemediklerinden sözleşmede taraf olan arsa sahipleri tapu kaydının iptali ile adlarına tesciline karar verilmesi için dava açmıştır.

VEDAT TANI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesini yüklenici sıfatıyla imzalamıştır. Samsun'da müteahhitlik yapan 47 yaşındaki Vedat TANI yaptığı işlerle adından söz ettirmiştir. Arsa sahipleri olan Zehra SİVRİ ve Deniz KARA'nın kendisine ulaşmaları sonucu kendileriyle görüşmüş ve bir anlaşmaya varmışlardır.

Müzakere Pozisyonu

Yüklenici Vedat TANI, davaya konu taşınmazın bedelini ödeyerek satın alındığını ve arsa sahiplerinin istemiyle arsa üzerine tedbir konulması nedeniyle ruhsat alamadığını ve inşaat yapılabilmesi işlerinin aksadığını iddia etmektedir. Ayrıca yapılan sözleşmedeki edimini yerine getireceğini de savunmaktadır.

UYGULAMA 7

İlgi: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2003/7749 E. 2003/13849 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

Melisa YILDIZ, sahibi olduğu arsa üzerine bir bina yaptırmak istemektedir. Arkadaşı aracılığıyla tanıştığı müteahhit Erhan YANIK ile anlaşmış ve taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmıştır.

Yüklenici sıfatıyla sözleşmeyi imzalayan Erhan YANIK, inşaatın tamamlanması için bir yapı ortaklığı kurmuştur. Kurulan bu yapı ortaklığında yönetici ortak konumunda bulunan Erhan YANIK'ın yükleniciliği ve sorumluluğunda tamamlanacak inşaatın, her bir üyenin bir daire sahibi olması ortaklığın amacı olarak belirlenmiştir. Yüklenici Erhan YANIK hesabına aylık belirlenen aidatlar ödenmek suretiyle inşaatın yapımına başlanmıştır. Bu süreçte yapı ortaklığı üyelerinin birinden hissesini devralan ve ortaklığa katılan Yavuz IŞIK, bedeli yatırdığını fakat yapı ortaklığında her üyeye bir daire taahhüdünün yerine getirilmediğini iddia etmiştir.

Yavuz IŞIK ortaklığa konu dairenin tapusunun verilmediği gerekçesiyle yatırdığı bedelin faizi ile birlikte tahsili için dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

YAVUZ IŞIK

Özel sektör çalışanı olan Yavuz IŞIK, evlilik hazırlıkları yapmaktadır. Kirada oturmak yerine kendi evi olmasını tercih ettiğinden Erhan YANIK'ın yönetici ortak konumunda bulunduğu yapı ortaklığına üyelerden birinin hissesini devralarak ortak olmuştur. Düğün öncesinde inşaatın bitmesini ve evin anahtarını nişanlısına düğün hediyesi olarak vermek istemektedir.

Müzakere Pozisyonu

Yavuz IŞIK, yüklenicinin 3. kişilerle inşaat yapı ortaklığı oluşturarak hesabına aylık belirlenen aidatlar ödenmek suretiyle inşaatın yapıldığı adi ortaklıktaki üyelerden birine ait hisseyi devralmış ve gerekli bedeli yatırmıştır. Yavuz IŞIK, kararlaştırılan ödemeleri yaptığı hâlde hâlen tapunun verilmediğini iddia ederek ödediği bedelin tahsili talebiyle dava açmıştır.

ERHAN YANIK

39 yaşında müteahhit olan Erhan YANIK, yüklenici olarak üstlendiği işi yapmak amacıyla bir yapı ortaklığı kurmuştur. Kurduğu yapı ortaklığının amacı olarak inşaattan, her bir üyenin bir daire sahibi olması belirlenmiştir. Her zaman yapmayı taahhüt ettiği bütün işleri titizlikle ve özenle yerine getirmiştir. Yavuz IŞIK tarafından tapunun verilmediği iddiasıyla açılan bedelin tahsiline ilişkin davaya çok şaşırmıştır.

Müzakere Pozisyonu

Yavuz IŞIK'ın inşaat ortaklığını bilerek ortaklığa katıldığını ve ödeme sıkıntısı içinde olduğu için böyle bir dava açtığını iddia etmiştir. Bununla birlikte Erhan YANIK, inşaatın devam ettiğini dolayısıyla teslimin inşaatın bitiminde yapılacağını savunmuştur.

UYGULAMA 8

İlgi: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2002/4826 E. 2002/7280 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

Bora ÖZTÜRK ve Mert ŞAHİN bir inşaat adi ortaklığı kurmuşlardır ve arsa sahibi Leyla AKIN ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamışlardır.

Ortaklar arasında ayrıca imzalanmış olan ve Bora ÖZTÜRK'ün fazladan yaptığı harcamanın enflasyona göre hesaplanıp peşin ödeneceği hükmü yer alan bir belge bulunmaktadır. Ortaklar şirkete %50'şer oranında hissedardır ve avans olarak her iki ortak da farklı miktarlarda ödemede bulunmuştur. Leyla AKIN ile imzalanan sözleşmede taahhüt edilen inşaat tamamlanmış olup, ortaklığın üçüncü şahıslara karşı herhangi bir borcu bulunmamaktadır.

Mert ŞAHİN'in inşaata avans olarak yatırdığı bedel dışında bir katkısı bulunmadığını, yapım işlerinden desteğini çektiğini ve inşaatı kendisinin tamamladığını ileri süren Bora ÖZTÜRK, ortaklığın fesih ve tasfiyesine karar verilmesi amacıyla dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

BORA ÖZTÜRK

Daha önce pek çok sektörde çalışan Bora ÖZTÜRK, arkadaşı Mert ŞAHİN ile bir inşaat adi ortaklığı kurmuştur. Kurulan bu ortaklık kapsamında iş yaparak isimlerini duyurmak ve daha geniş bir çevrede yer almak istemişlerdir.

Müzakere Pozisyonu

Arkadaşı ile kurduğu ortaklıkta işler beklediği gibi gitmemiş ve Mert ŞAHİN desteğini yapım işlerinden çekmiştir. Bora ÖZTÜRK maddi ve manevi zarara uğramasına rağmen taahhüt edilen işi tamamlamıştır. Sıkıntılarına çözüm arayışına girmiş ve tespit açısından ihtarname çekerek ihbarda bulunmuştur. Fakat çekilen ihtarların da sonuçsuz kalması ile avukat aracılığıyla ortaklığın feshi ve tasfiyesi amacıyla dava yoluna başvurmuştur.

MERT ŞAHİN

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca yapım işlerini üstlenmek amacıyla güvendiği arkadaşı ile aralarında ortaklık kurmuşlardır. Fakat kendi birikimi arkadaşına oranla daha az olduğundan iş yapımı sırasında sıkıntılar ortaya çıkmaya başlamıştır. Daha fazla devam edemeyeceğini anlayan Mert ŞAHİN inşaat tamamlanmadan çekilmek zorunda kalmıştır.

Müzakere Pozisyonu

Mert ŞAHİN, inşaatı %63 aşamasına kadar Bora ÖZTÜRK ile birlikte tamamladıklarını ve Bora ÖZTÜRK'ün kalan süreçte kendisini inşaata sokmadığını ve girmesine engel olduğunu iddia etmiştir. Ortaklık kar ve zararının eşit olarak paylaştırılarak ihtilafın çözümlenmesini istemiştir.

UYGULAMA 9

İlgi: 15.Hukuk Dairesi 1997/4967 E. 1998/637K. sayılı karar

GENEL BİLGİLER

Ferit Bakan ve Halil Sönmez, İstanbul'da bulunan ortak arsalarına dükkân ve daire yaptırmak için İhsan Kaya'nın sahibi olduğu Kaya A.Ş. ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamışlardır.

Sözleşmeye göre işin süresi 14 aydır. Temel ruhsatının alınmasından itibaren 14 aylık süre geçmesine rağmen yaptırılan tespitite inşaatın tamamlanma seviyesinin henüz %40'larda olduğu ve işin geri kalanının 10 ay gibi bir sürede tamamlanabileceği anlaşılmıştır. İhsan Kaya'ya sözleşme gereği bir dükkân ve dairenin satışı

yetkisi verilmiştir. Ancak bu bölümlerden elde edilen gelirin dahi inşaat için sarf edilmediği anlaşılmıştır. Daha sonra İhsan Kaya'nın borçlarından dolayı taşınmaza haciz konulmuştur. Bunun üzerine arsa sahipleri sözleşmenin feshi amacıyla dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

FERİT BAKAN, HALİL SÖNMEZ

Ferit Bakan ve Halil Sönmez, ilerde değerlendirileceğini düşündükleri arsalarına dükkân ve daire yaptırmak istemişlerdir. Bu sebeple Kaya A.Ş ile anlaşmışlardır. Ancak sözleşmede kararlaştırılan sürenin geçmesi ve hâlâ işin tamamlanmamasından dolayı mağdur olmuşlardır. Daha sonra İhsan Kaya'nın büyük bir borç altında olduğunu, taşınmaza haciz konulduğunu öğrenmişlerdir.

Müzakere Pozisyonu

Arsa sahipleri Ferit Bakan ve Halil Sönmez, verdikleri yetkiyle İhsan Kaya'nın bir dükkân ve bir dairenin satışını yaptığını ancak bu gelirin dahi inşaat için kullanılmadığını öğrenmişlerdir. İhsan Kaya'ya ek süre dahi verseler bu borç yükü altında inşaatı bitirme imkânının olmadığını düşünmektedirler. Bu sebeple sözleşmeyi feshetmek istemektedirler.

İHSAN KAYA

Arsa sahipleriyle kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmıştır. Ancak işleri planladığı gibi gitmemiş ve inşaat durma noktasına gelmiştir. Kendisine verilen yetkiyle, bir dükkân ve dairenin satışını yapmıştır. Ancak satılan dairenin bedelini tahsil edememiştir. Borçlarını ödeyemediğinden taşınmaza da haciz konmuştur. İhsan Kaya'nın inşaatı bitirebilmek için hem ciddi bir mali güce hem de en az 10 aylık bir süreye ihtiyacı vardır.

Müzakere Pozisyonu

İhsan Kaya inşaatın yapılmamasından dolayı, hem arsa sahibi olan hem de inşaatın sıhhi tesisat taşeronluğunu üstlenen Ferit Bakan'ın ikinci kattan sonra taahhüdünü yerine getirmediğini ileri sürmektedir. Ayrıca satılan dairenin tapusu verilmemesinden bedelini tahsil edememiştir ve alıcı almaktan vazgeçmiştir. İnşaatın arsa sahipleri yüzünden bitirilmediğini düşünmektedir.

UYGULAMA 10

İlgi: 15.Hukuk Dairesi 2018/4287 E. 2019/355 K. sayılı karar

GENEL BİLGİLER

Ali BULUT, Ankara İncek Mahallesi'nde bulunan arsasına bina inşa etmek istemektedir. Bunun için Akman İnşaatın sahibi Metin AKMAN ile kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi imzalamışlardır. Akdedilen sözleşmeye göre, sözleşme tarihinden itibaren 3 ay içinde binaların projeleri hazırlanarak inşaat ruhsatı alındıktan sonra kat irtifakları kurulacak ve inşaat başlanacaktır. Su basman seviyesi ruhsatı alış tarihinden itibaren 24 ayda inşaat anahtar teslimi bitirilerek, daireler arsa sahibine teslim edilecektir.

Arsa sahibinden dolayı işin uzaması hâlinde geçen sürenin inşaat süresine ilave edileceği ve yine sözleşmeye göre yüklenicinin elinde olmayan nedenlerle inşaat süresinde oluşacak uzamanın inşaat süresine ilave edileceği kabul edilmiştir. Sözleşmeye göre yükleniciden kaynaklanan sebeplerle inşaat süresinde tamamlanamaz ise arsa sahibinin bir kereye mahsus olmak üzere yükleniciye 3 aylık ek süre vereceği, bu 3 ay sonunda da inşaat tamamlanamaz ise kira kaybı, gecikme cezası ve arsa sahibinin zararlarına karşı tarafların ayrıca protokol imzalayacakları kararlaştırılmıştır. Buna göre inşaatın anahtar teslimi yapımı üstlenildiğinden, tamamlanıp teslim edilme süresi su basman (temel üstü) ruhsat tarihinden itibaren 24 aydır. Sözleşmeye göre de temerrüt bir kereye mahsus olarak verilecek 3 aylık ek süreden sonra oluşacaktır.

Metin Akman'ın Belediye'den yapı ruhsatını almasına rağmen su basman (temel üstü) ruhsatı almaması nedeniyle inşaatın yapımına devam edilememiştir. Böylece sözleşmede öngörülen su basman seviyesi ruhsatı alış tarihi belli olmadığından inşaatın tamamlanması için verilen 24 aylık süre başlayamamıştır, daireler zamanında teslim edilememiştir.

Ali BULUT, sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshi istemine ilişkin bir dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

ALİ BULUT

Ali Bulut, İncek'te bulunan arsasına kat karşılığı bina yaptırmak istemektedir. Bu sebeple işinde uzman olduğunu düşündüğü Akman inşaatla anlaşmıştır. Akman İnşaatın, binayı süresinde teslim edeceğine inanmaktadır. Ancak ruhsat alınmaması ve inşaatın sözleşmede öngörülen sürede bitmemesinden dolayı, Ali Bulut mağdur olmuştur.

Müzakere Pozisyonu

Ali Bulut, avukat olan komşusuna bu durumdan bahsetmiştir. Avukat olan komşusu da Akman İnşaatın zamanında işi teslim etmemesinden dolayı temerrüde düştüğünü ve bu sebeple dava açarak mağduriyetini giderebileceğini söylemiştir.

METİN AKMAN

Ankara'da birçok inşaat işi yapmış olan bir firmanın sahibidir. Ancak son zamanlarda farklı şehirlerde iş alması nedeniyle iş organizasyonunu iyi yönetemediğinden ve iş yükünden dolayı işlerinde birçok sıkıntı yaşamaktadır.

Müzakere Pozisyonu

Firmanın avukatına danışan Metin Akman, avukatın verdiği bilgiye göre, sözleşmede yazan 3 aylık ek sürenin verilmediğini, bu sebeple de temerrüde düşmediğini düşünmektedir.

UYGULAMA 11

İlgi: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2006/1819 E. 2007/2112 K. sayılı kararı

GENEL BİLGİLER

Hakan BEYLİK, yıllar önce babasından kendisine kalan ve şehrin dışında bulunan arsasına bina yaptırmaya karar vermiştir. İnşaatın yapılması amacıyla Bayram TAY ile anlaşmıştır ve taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmıştır.

Sözleşmeyi yüklenici sıfatıyla imzalayan Bayram TAY, kendisinden kaynaklanmayan sorunlar nedeniyle inşaatı zamanında tamamlayamamıştır. Bunun üzerine arsa sahibi Hakan BEYLİK, gecikmeden doğan zararlardan feragat ettiğini ve yükleniciden tazminat talebinde bulunmayacağını imza altına alınmıştır. Fakat feragate ilişkin imzalanan bu belgeden sonra da yüklenici Bayram TAY, inşaatı tamamlayamamıştır.

İnşaatın tamamlanmamasından dolayı zarara uğrayan arsa sahibi Hakan BEYLİK, dava açarak zararının tazminini talep etmiştir.

ÖZEL BİLGİLER

HAKAN BEYLİK

Babasından kalan arsayı değerlendirmek amacıyla Bayram TAY ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca anlaşarak yazlık olarak kullanılmak üzere bir bina yaptırmak istemiştir. Ancak taraflar arasında imzalanan sözleşmede kararlaştırılan sürenin geçmesi ve hâlâ işin tamamlanmamasından dolayı mağdur olmuştur.

Müzakere Pozisyonu

Bayram TAY'ın elinde olmayan sebeplerle inşaatın zamanında tamamlanamaması üzerine iyi niyetli olan Hakan BEYLİK, gecikmeye ilişkin tazminat talebinde bulunmayacağını belirten bir belge imzalamıştır. Ancak inşaat bu tarihten sonra da tamamlanamamış ve teslim gerçekleşmemiştir. Dava yoluna başvurmak zorunda kaldığını düşünen Hakan BEYLİK, tanıdığı bir avukat ile görüşmüştür. Avukatı gecikme zararının bulunduğunu, feragat tarihinden sonra oluşan gecikme zararı için henüz doğmamış bir haktan peşinen feragat edilemeyeceği için uğradığı zararın tazmininin talep edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

BAYRAM TAY

Uzun zamandır inşaatların yapım işlerini üstlenmekte ve ailesinin geçimini sağlamaktadır. Eşinin sıkıntıları nedeniyle çalışamamasından kaynaklı mümkün olduğunca daha çok iş almak amacıyla elinden gelen tüm özeni göstererek çalışmalarını titizlikle sürdürmektedir.

Müzakere Pozisyonu

Bayram TAY, gecikme olmadığını, kaldı ki davacının gecikme zararından feragati bulunduğunu savunmuştur. Fakat yaptığı araştırma sonucunda feragat tarihinden sonra da iş tamamlanmadığı için zararı karşılamak zorunda olduğunu düşünmekte ve bu durum onu sıkıntıya sokmaktadır.

UYGULAMA 12

İlgi: YG. 15.HK. D. 7.2.1989 T. 1989/423 S. KARARI

GENEL BİLGİLER

Ahmet Aydın, kendisine ait olan arsasına bina yaptırmak amacıyla AB firmasının sahibi Ali Bayram ile anlaşmıştır. Binanın tamamlanmasından 7ay sonra oturma izni alınarak bina, arsa sahibine teslim edilmiştir. Bina teslim edilirken sözleşmede öngörülen çoğu işin ayıplı olarak yapılmış olduğu açık olmasına rağmen Ahmet Aydın teslim alırken, herhangi bir itirazı kayıt ileri sürmeden işi teslim almıştır. Teslim tarihinden uzun bir süre geçmesine rağmen ayıplı işleri ileri sürmeyen Ahmet Aydın teslimden 10 ay sonra dava açmak suretiyle talepte bulunmuştur.

ÖZEL BİLGİLER

AHMET AYDIN

Ahmet Aydın arsasına bina yaptırmak istemektedir. Ancak birçok arsası olduğundan işlerini düzenli olarak takip edememektedir. Keza bu işi de teslim alırken

gerekli özeni göstermeden teslim almış daha sonra da süresinde yapılması gereken incelemeyi yapmamış, ayıplı teslim için yapılması gereken ihbar süresini oldukça aşmıştır.

Müzakere Pozisyonu

Ahmet Aydın teslim edilen inşaatın sözleşmedeki koşullara uymaması ve ayıplı olması sebebiyle, nasıl olsa firma sorumludur diye düşünerek kontrol süresinin üzerine düşmeyip 10 ay sonra dava açmıştır.

ALİ BAYRAM

İnşaatı süresinde bitirebilmek için birçok işi eksik ve hatalı yapan Ali Bayram işi süresinde teslim etmiştir. Ancak binada birçok hatalı iş vardır. Teslim edilirken ve akabinde kendisine ayıplı işlerden ötürü herhangi bir talep gelmediği için, sorumluluğunun kalmadığını düşünmektedir.

Müzakere Pozisyonu

İnşaatın tesliminde ve sonrasında ayıplı işlerden dolayı kendisine herhangi bir talep gelmediği için sorumluluğunun bittiğini düşünen Ali Bayram, kendisine 10 ay sonra dava açılmasıyla büyük şaşkınlığa uğramıştır. Ancak hâlâ sorumluluğunun olmadığını düşünmektedir.

UYGULAMA 13

İlgi: YG. 15. HD. 12.9.1994 T. 1994/597- 4798 S. KARAR

GENEL BİLGİLER

Ayten Başçı arsası sit alanı içinde bulunmasına rağmen Yunus Dursun ile kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi imzalamışlardır. Tapu kaydında arsanın sit alanı içinde olduğuna dair şerh olmasına rağmen Yunus Dursun, bu şerhi görerek anlamayı yapmıştır. Koşullar doğrultusunda taşınmaz üzerine, sözleşmede öngörüldüğü üzere inşaat yapılamayacağından ve hukuki imkânsızlık bulunduğundan sözleşme geçersiz hale gelmiştir. Yunus Dursun sözleşmenin geçersiz hale gelmesi nedeniyle arsa sahibi Ayten Başçı'ya proje bedelini tahsil etmek amacıyla dava açmıştır.

ÖZEL BİLGİLER

AYTEN BAŞÇI

Ayten Başçı arsasının sit alanı içinde olduğunu bilmektedir. Bunu bilerek sözleşmeyi imzalamıştır. Ancak sözleşmenin tamamen geçersiz hale geleceğini tahmin etmemiştir.

Müzakere Pozisyonu

Yunus Dursun'un açtığı dava karşısında avukatıyla görüşen Ayten Başçı, tarafların sadece verdiklerini geri alabileceklerini ve başkaca menfi zararlarını talep edemeyeceklerini öğrenmiştir.

YUNUS DURSUN

Sözleşmeyi tapudaki, sit alanı şerhini görmesine rağmen yapan Yunus Dursun sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı proje bedelini de tahsil etmek istemektedir.

Müzakere Pozisyonu

Yunus Dursun, Ayten Başçı'ya vermiş olduğu 3.500.000 TL'nin yanı sıra dava açarak proje bedelini de tahsil etmek istemektedir.

UYGULAMA 14

İlgi: YG. HK.GN. KURULU 14.12.1968 T. 1967/T-756E 1968/828 K.

GENEL BİLGİLER

Ayşe Balık inşaat işiyle uğraşan bir müteahhittir. İdarenin açmış olduğu, bakanlık binasının yapımı ihalesinde, ihaleyi kazanarak, idare ile sözleşme imzalamıştır. İmzalanan sözleşmede mücbir sebepler tahdidi olarak gösterilmemiştir. Sözleşme süresi içinde, henüz inşaat tamamlanmadan Ayşe Balık, geçirdiği trafik kazası sonucu akıl sağlığını kaybetmiştir. Akıl hastası olan Ayşe Balık sözleşme gereği olan inşaatın yapımını tamamlayamamıştır.

ÖZEL BİLGİLER

İDARE

İdare, Sağlık Bakanlığının yeni binası için Ayşe Balık ile sözleşme imzalamıştır. İnşaatın yapım aşamasında akıl hastası olan Ayşe Balık'ın akıl hastası olmasıyla birlikte inşaat durmuş ve tamamlanamamıştır.

Müzakere Pozisyonu

İdarenin hukuk müşavirlerinin ortak kanaati; akıl hastalığı mücbir sebep olduğuna göre ve sözleşmede mücbir sebepler tahdidi olarak sayılmadığına göre akıl hastalığına yakalanan Ayşe Balık'tan veya onun kanuni temsilcisinden akdin ifasını isteyemeyecekleridir.

AYŞE BALIK

Yüklenicilik yapan Ayşe Balık trafik kazası sonucu akıl hastası olmuştur. Ayşe Balık'ın kanuni temsilcisi Mehmet B.dir.

Müzakere Pozisyonu

Mehmet B. İdarenin sözleşme gereği inşaatın devamını, Ayşe Balık'ın kanuni temsilcisi olduğu için kendisinden isteyebileceğini düşünmektedir.

UYGULAMA 15

Yüklenici YAPAR İnşaat Ltd. ile GÜZEL EĞİTİM VAKFI arasında 16 derslik lise binası inşaatı yapım işine ait 01.01.2015 tarihli sözleşme akdedilmiştir. Sözleşme ile 2.080.000,00 TL + KDV anahtar teslimi bedeli şarta bağlanmıştır. Sözleşmenin imza edilmesinden sonra gerekli tüm ruhsat ve harç işlemleri yerine getirilerek inşaat başlanılmış, temel kazısında öngörülmeven yeraltıları ortaya çıkmış, YAPAR İnşaat tarafından inşaat işi, sözleşmede belirlenen süreden 60 gün sonra tamamlanarak GÜZEL EĞİTİM VAKFINA kabul tutanağı yapılarak teslim edilmiştir. İşin tesliminden sonra YAPAR İnşaat; temel kazısında önceden öngörülmeven büyük miktarda yeraltılarının ortaya çıkmış olmasının yol açtığı iş ve maliyet artışından kaynaklanan fiyat farkını talep etmektedir. Öngörülmeven yeraltılarının ortaya çıkması nedeni ile sözleşmedeki beklediği kar payını elde edemediği gibi zarara da uğramıştır. Ortaya çıkan maliyet farklılığı nedeni ile 625.000 TL. talepli ihtar keşide etmiş, ancak Güzel Vakfı bu bedeli ödemediği için dava açmak için hazırlanmıştır.

GÜZEL EĞİTİM VAKFI GİZLİ BİLGİLERİ

Sözleşme anahtar teslimdir.

Edimlerin ifa edilmiş ve teslim edilmiştir.

Sözleşme bedelinin tamamı ödenmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 365. maddesi hükmünce "yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, kural olarak yapılacak şey tahmin edilenden fazla sayı ve masrafı gerektirse bile yüklenici bedelin artırılmasını istemez" iddiasını ileri sürmektedir

YAPAR İNŞAAT GİZLİ BİLGİLERİ

İnşaatın temel kazısında önceden öngörülmeven büyük miktarda yeraltılarının çıktığına dair tespit raporu mevcuttur.

Sözleşmenin imza anında tespiti mümkün olamayacak bir sorun olduğuna dair hukuki görüş almıştır.

Borçlar Kanununun 365. maddenin II. fıkrası gereğince evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına engel olur veya yapılmasını aşırı derecede zorlaştırırsa, hakimin haiz olduğu takdir hakkı sebebiyle, takarrür eden bedelin ödenmesi hükmüne dayanmaktadır.

UYGULAMA 16

Çoşkun İnşaat, TOKİ Başkanlığının yaptığı bir ihale neticesinde kazanan firma olmuş ve 360 konutluk konut ihalesi yapım işini üstlenmiştir. Bu ihalenin tamamlanma süresi idare ile yapılan sözleşme gereği 24 aydır ve imalatların şartnameye uygun olması zorunluluğu bulunmaktadır. COŞKUN İnşaat ile HEP YAPI İnşaat arasında yapılan sözleşme ile ÇOŞKUN İnşaat tarafından taahhüt edilen ihalenin tüm kalıp işleri için sözleşme akdedilmiştir. Akdedilen sözleşme ile HEP YAPI İnşaat, ÇOŞKUN İnşaatın idare ile yaptığı ana sözleşmeye uygun olarak imalatları belirlenen 22 aylık sürede tamamlayacak ve teslim edecektir. Kesin kabule kadar sorumluluğu devam etmektedir. Bununla birlikte ÇOŞKUN İnşaatı verdiği 500.000 TL bedelli teminat senedi bulunmaktadır. ÇOŞKUN İnşaat idareye taahhüt ettiği işi teslim ettiği aşamada, eksik imalat ve geç teslimden dolayı kendi ödemesinden yapılan 465.000 TL 'lik kesintinin sorumlusu olarak HEP YAPI İnşaat'ı görmüş ve teminatı nakde dönüştürmüştür.

HEP YAPININ GİZLİ BİLGİLERİ

İdareden aldığı gayri resmi bilgiden; yapılan kesintinin tamamının kendi üstlendiği işten kaynaklanmadığı başka alt taşeron firmalarının üstlendiği işler nedeni ile de kesintiler olduğunu öğrenmiştir.

Eksik -kusurlu imalat ya da geç teslim nedeni ile keşide edilen bir ihtar mevcut değildir.

ÇOŞKUN İNŞAATIN GİZLİ BİLGİLERİ

İdare ile yaptığı sözleşmeyi HEP Yapı'nın aynen kabul ettiğine dair yazılı sözleşme mevcuttur.

Üstlenilen imalatların bir kısmında kusurlu imalat olduğuna dair idare tarafından yapılan tespit vardır. 22 aylık dönemde yapılan hak ediş ödemelerinden eksik imalatlar için kesintiler yapılmıştır.

UYGULAMA 17

A firması inşaat işiyle uğraşan bir yüklenici limited şirkettir. İdarenin açmış olduğu, okul binasının yapımı ihalesinde, ihaleyi kazanarak, idare ile sözleşme imzalamıştır. İmzalanan sözleşme gereği binanın beton işlerini B firmasına alt taşeron olarak vermiş ve ana şartname esas alınarak aralarında sözleşme imzalamışlardır. B firması işini tamamladığı iddiası ile sözleşme gereği A firmasına sunduğu teminat mektubunun iadesini talep etmiştir. A firması teminat mektubunu iade etmemiştir.

ÖZEL BİLGİLER

A LİMİTED ŞİRKETİ

Milli Eğitim Bakanlığının yeni okul binası için, A Limited Şirketi ile sözleşme imzalamış ancak İnşaatın yapım aşamasının sonunda şartnameye uygun olmayan bölümler tespit edilmiş kesin kabul yapılmamıştır. İnşaatın süresinde tamamlanması nedeni ile idareden alacak tahsil edilemediği gibi aynı zamanda ceza kesintisi uygulanmıştır.

Müzakere Pozisyonu

A Limited Şirketi vekilinin kanaati; uygulanan cezanın ve uğranılan zararın tamamının buna sebebiyet veren alt taşeronlardan tahsil edilmesi ve kesin kabule kadar sözleşme gereği teminatın iade edilmemesi yönündedir.

B FİRMASI

B firması Yüklenicilik yapan bir firma olup işini tamamlayarak A firmasına teslim etmiş A firmasından teslim dair yazılı teslim belgesi düzenlemiştir.

Müzakere Pozisyonu

B firması yetkilisi; işin tam olarak yapıp teslim edilmesi nedeni ile sözleşme gereği teminatın iadesinin gerektiğini, kesin kabul yapılmama nedeninin kendi firmalarının yaptığı imalattan kaynaklı olmadığını bu nedenle teminat iadesi dışında tazminat hakları da olduğunu düşünmektedir.

UYGULAMA 18

Yüklenici Sezen İnşaat Ltd ile YEŞİL KOOPERATİFİ arasında 6 Blokluk Konut Binası İnşaatı Yapım İşine ait sözleşme akdedilmiştir. Sözleşme ile 6.100.000,00 TL + KDV anahtar teslimi bedeli şarta bağlanmıştır. Sözleşmenin imza edilmesinden sonra gerekli tüm ruhsat ve harç işlemleri yerine getirilerek inşaaata başlanmış, öngörülmezen zemin nedeni ile iş; sözleşmede belirlenen süreden 6 ay sonra tamamlanarak, kabul tutanağı yapılarak teslim edilmiştir. İşin tesliminden sonra Sezen İnşaat; bakiye alacağı için icra takibi başlatmış ancak takip itiraza uğramıştır.

YEŞİL KOOPERATİFİ GİZLİ BİLGİLERİ

Sözleşme anahtar teslimidir.

Edimler ifa edilmiş ve teslim edilmiştir.

Sözleşme bedeli 300.000 TL eksik olarak ödenmiştir.

Sözleşmede belirlenen süreden sonra teslim söz konusudur.

Bu nedenle hak sahiplerine 120.000 TL kira bedeli ödenmiştir.

SEZEN İNŞAAT GİZLİ BİLGİLERİ

İnşaatın zemin yapısında öngörülmeven kayganlık tespit edilmiş ve farklı bir kolon ve zemin imalatı yapılmak zorunda kalınmış, ek olarak 180,000 TL maliyet söz konusu olmuştur. Sözleşmenin imza anında tespiti mümkün olmayacak durumun mücbir sebep olduğu kanaatindedir. İtirazın haksız olduğunu ve itirazın kaldırılması davasında teslim yapılmış olması nedeni ile % 20 icra inkâr tazminatı alacağı hesaplamaktadır.

UYGULAMA 19

VAKA İnşaat, TOKİ Başkanlığının yaptığı bir ihale neticesinde kazanan firma olmuş ve 1200 konutluk konut ihalesi yapım işini üstlenmiştir. Bu ihalenin tamamlanma süresi idare ile yapılan sözleşme gereği 48 aydır ve imalatların şartnameye uygun olması zorunluluğu bulunmaktadır. VAKA İNŞAAT ile GÜÇLÜ FİRMASI arasında 4.500.000 TL bedelli demir alımı sözleşmesi yapılmıştır. Vaka İnşaat 800.000 TL'lik demiri aranan şartlara uygun olmadığı için iade etmiş ve bedelini ödemişmiştir.

VAKA İNŞAAT GİZLİ BİLGİLERİ

Vaka firması gönderilen demirin TOKİ Başkanlığı şartnamesinde aranan şartları taşımadığı ve aranan ölçülerde olmadığını rapor ile tespit etmiş ve iadesini sevk irsaliyesi ile yapmıştır.

GÜÇLÜ FİRMASININ GİZLİ BİLGİLERİ

Vaka İnşaat'a gönderilen fatura işlenmiş ve iade edilmemiştir. Aralarındaki sözleşmede TOKİ Başkanlığının şartnamesine ilişkin ibare yer almamaktadır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya. *"Milletlerarası Tahkim"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan; *"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri"*, Yetki Yayınları, Ankara 2012.
- ATAMER, Yeşim. M. / Baş Süzel, Ece / Geisinger, Elliott; *"Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları"*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ATAMUTLU, İsmail; *"Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi"*, Yetkin Yayınları, Kayseri 2012.
- AYDEMİR, Efrail; *"Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku"*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- BARLAS, Nami; *"Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- BERNARDİNİ, Piero; *"Investment Arbitration under the ICSID Convention and BIT's"*, Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liver Amicorum in Honor of Robert Briner, Paris 2005.
- BULUR, Alper; *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 4, Ankara 2007.
- CHRISTELOW, B.Dorothy; *"International Joint Ventures : How Important Are They?"*, Columbia Journal of World Business Summer 1987.
- Corbett Co International Construction Lawyers Ltd. 2018. *"Corbett and Co's FIDIC Case Law Table."* Corbett & Co. <https://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Table-of-FIDIC-Cases.pdf>. (Erişim Tarihi: 01 Ekim 2019)
- ÇAKIR ÇELEBİ, F. Betül; *"Joint Venture' ın Hukuki Niteliği"*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: 2017/2, Ankara 2017.
- DAYINLARLI Kemal; *"Joint Venture Sözleşmesi"*, Ankara 1989, s. 25.

- DEYNEKLİ, Adnan; *“Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015.
- DOST, Süleyman; *“Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi”*, Asil Yayın Dağıtım, 2006.
- DURAN, Lütfi; *“Yap-İşlet-Devret, Prof.Dr.Muammer Aksoy’a Armağan”*, SBF Dergisi, C.XLVI, Ocak-Haziran 1991, No:1-2, Ankara 1991.
- ERMAN, Hasan; *“İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller”* (BK m.365/2),Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1979.
- GÖKYAYLA, Emre; *“Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği”*, Vedat Yayınevi, İstanbul 2009.
- GÜMÜŞ, Alper; *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler”*, C.II,Filiz Kitabevi Basım, İstanbul 2014.
- HÖK, Götz Sebastian; *“Uluslararası İnşaat Hukuku- FIDIC Red Book 1999 Hakkında Açıklamalar”*, Çev. Gökhan Erbaş. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- ILDIR, Gülgün; *“Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı”*, Ankara 2003.
- KALPSÜZ, Turgut; *“Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan”*, C. 2, İstanbul 2002.
- KAPLAN, İbrahim; *“İnşaat Sektöründe Joint venture Müşterek İş Ortaklıkları (Joint Venture)”*, Ankara 2007.
- KAPLAN, İbrahim; *“İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri (İnşaat Sözleşmeleri)”*, Ankara 2013.
- KAPLAN, İbrahim; *“İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, (İnşaat Sözleşmeleri)”*; Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996.
- KARATAŞ, İzzet; *“Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri”*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- KARATAŞ, İzzet; *“Ulusal (İç) Tahkim”*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- KOCAAĞA, Köksal; *“İnşaat Sözleşmesi”*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KORAL, Rabi; *“İç Hukukumuzda Tahkim”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9 Eylül 2011.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz; *“İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”*, Beta Yayınevleri, İstanbul 2000.
- KÖKSAL, Tunay / ÖZER, Serhat; *“İnşaat Sektörü İçin İhale ve Sözleşme Yönetimi Rehberi”*, Adalet Yayınevi Ankara 2018.
- KÖKSAL, Tunay; *“Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2013.
- KÖLE, Mehmet; *“Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, S: 34, T. 2016.
- KURT, Leyla Müjde; *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü”*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

- KURU, Baki; *"Hukuk Muhakemeleri Usulü"*, C.IV, 6. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2001.
- NOMER, Ergin / Ekşi, Nuray / Gelgel, Gülseli; *"Milletlerarası Tahkim"*, İstanbul 2000.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin; *"İstisna ve Özellikleri İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfadeye Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları"*, GÜHFD, C.III, Ankara,1999.
- ÖZ, Turgut; *"İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat"*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- ÖZ, Turgut; *"İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Eser Sözleşmesinden Dönme)"*, Kazancı Kitap, İstanbul 1999.
- SANGA, Sarath; *"A Theory of Corporate Joint Ventures"*, California Law Review, Volume106, No 5, California 2018.
- SCHREUER, H.Christoph; *"The ICSID Convention: A Commentary"*, Cambridge 2001.
- SELİMOĞLU, Yaşar Engin; *"İstisna (Eser) Sözleşmesi"*, Ankara 2017.
- SOMER, Pervin; *"Roma Hukukunda İstisna Akti"*, Derin Yayınevleri, İstanbul 2008.
- TANDOĞAN, Haluk; *"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri"*, Vedat Kitapçılık, Ankara 1987.
- TANRIVER, Süha; *"Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk"*, Makalelerim, Ankara 2007.
- TEKİNALP, Gülören; TEKİNALP, Ünal; *"Joint Venture"*, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yıl Armağanı, Ankara 1988.
- TUNCAY, A. Can; *"Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı (Arbitration Rules in Turkish Legal System)"*. In International Conference on Eurasian Economies, 2013.
- TURAN, Şahin; *"Konsorsiyum Sözleşmesi"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2011.
- YAVUZ, Cevdet; *"Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler"*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2016.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil; *"İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında"*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007.
- YILMAZ, Ejder; *"Hukuk Sözlüğü"*, Yetkin Hukuk, Ankara 2011.
- ZOPPİS, Eugenio; *"DAAB and Dispute Resolution Under the 2017 FIDIC Forms of Contract"*, Londra 2018.
- Türkiye Barolar Birliği, 2011, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, Ankara Mart 2011.
- Yargıtay 11. HD, 2005/10494 E., 2005/7310 K., 07.07.2005.
- Yargıtay 15. HD., E. 2011/1790 K. 2011/3715 T. 23.06.2011
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2000/4429 K. 2001/1032
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2001/5595, K. 2002/3931
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 15.11.2007 t. 2007/7216.
- Yargıtay 15. HD, 2005/32111 E., 2005/3782 K., 23.06.2005.
- Yargıtay, 13. HD., 95/7761 E., 95/8331 K, 20.10.1995.

A Dictionary of Law (9 ed), Oxford, 2018- edited by Jonathan Law

https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/jg_-_second_edition_of_fidic_rainbow_suite_for_fe_site.pdf. (Erişim Tarihi: 27 Eylül 2019)

<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/> (Erişim Tarihi: 30 Eylül 2019)

ORCID ID:

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal: 0000-0002-4216-405X



E-ISBN 978-625-7804-32-5