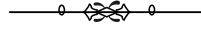


**Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde
Yüklenicinin İşe Zamanında Başlamaması
veya İşİ Tamamlayamaması Nedeniyle İş
Sahibinin Hakları (Fıdıç Kırmızı Kitap-1999
Çerçevesinde)**

**The Rights of the Employer in International
Construction Contract In Case of Contractor's
Delay in Starting Work or Fail to Complete
Work (In the Light of FIDIC Red Book 1999)**



Doç. Dr. Murat TOPUZ*

Diogoye WATHIE*

ÖZET

İş sahibinin işin zamanında tamamlamaması nedeniyle tazminat isteme hakkından söz edebilmek için yüklenicinin madde 8.2 hükmünde belirtilen hususlara riayet etmemiş olması gerekir. Buna göre yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin bir kısmını veya tamamını bitirememiş olması gerekir. Bu kapsamda yüklenicinin teslim öncesi testlerden geçememesi, teslimine yönelik işlerin yine tamamı veya bir kısmını bitirememiş olması halinde iş sahibinin tazminat hakkı gündeme gelecektir. Zira FIDIC kırmızı kitap 8.2 hükmü, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin tamamı veya ilgili kısımlarının bitilmesini, testlerden başarılı olunmasını ve bitirilen işlerin teslimine yönelik işlerin de eksiksiz yapılmasını emretmiştir. Aksi durumda FIDIC m. 8.7 uyarınca iş sahibinin işin gecikmesi durumuna bağlı olarak tazminat talep hakkı olacaktır. FIDIC kırmızı kitap kurallara göre, yüklenici işe

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

zamanında başlamaz veya işi zamanında bitirmez ya da işi sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmez ise iş sahibi sözleşmeyi sona erdirebilir.

Anahtar Kelimeler: *Fidic kırmızı kitap, Uluslararası inşaat sözleşmeleri, İşe zamanında başlamama, İş zamanında tamamlamama, Gecikme tazminatı, sözleşmenin feshi.*

ABSTRACT

In order to claim compensation for not completing work on time, contractor shall breach of Art. 8.2. In other words, contractor could not complete certain or whole parts of the work which is agreed between the parties. In this context, if the contractor could not pass the tests before delivery and could not complete the certain or whole work for delivery, in these circumstances, employer is entitled to claim compensation. According to FIDIC Red Book Art. 2, contractor shall complete the agreed work, shall success in tests and shall completely fulfil the work for delivery. Otherwise, pursuant to FIDIC Art. 8.7., if the work does not complete on time, employer is entitled to claim compensation. According to FIDIC red book rules, if the contractor does not start his work on time or does not finish the work on time or does not perform the contract which is agreed by the parties, in these circumstances, employer is entitled to terminate the contract.

Keywords: *FIDIC Red Book, International Construction Contracts, delay in starting a work, fail to complete the work on time, damages for delay in performance, termination of contract.*

GİRİŞ

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan süreye riayet etmesi oldukça önemli bir husustur. Bu nedenle yüklenicinin işi zamanında bitirip inşaatı teslim etmesi için işe zamanında başlaması ve sürelerle riayet etmesi beklenir. Ancak, yüklenicinin işe zamanında başlamasından bahsedebilmek için sözleşmede bir sürenin belirtilip belirtilmediği de büyük önem taşımaktadır.

Eski kırmızı kitap (1987) gibi yeni kırmızı kitap da (1999) iş sahibinin gecikmeden kaynaklanan tazminat hakkını düzenlemiştir. İş sahibinin işin zamanında tamamlamaması nedeniyle tazminat isteme hakkından söz edebilmek için yüklenicinin madde 8.2 hükmünde be-

lirtilen hususlara riayet etmemiş olması yani yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin bir kısmını veya tamamını bitirememiş olması gerekir. Bu kapsamda yüklenicinin teslim öncesi testlerden geçememesi, teslimе yönelik işlerin yine tamamı veya bir kısmını bitirememiş olması halinde iş sahibinin tazminat hakkı gündeme gelecektir. Zira FIDIC kırmızı kitap 8.2 hükmü, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin tamamı veya ilgili kısımlarının bitilmesini, testlerden başarılı olunmasını ve bitirilen işlerin teslimine yönelik işlerin de eksiksiz yapılmasını emretmiştir. Aksi durumda FIDIC m. 8.7 uyarınca iş sahibinin işin gecikmesi durumuna bağlı olarak tazminat talep hakkı olacaktır. Bu kapsamda gecikmeye bağlı zararların yüklenici tarafından karşılanması gerekir. Ödenecek bu tazminat doktrinde gecikme tazminatı olarak adlandırılrsa da niteliği tartışmalıdır.

FIDIC kırmızı kitap kurallara göre, yüklenici işe zamanında başlamaz veya işi zamanında bitirmez ya da işi sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmez ise iş sahibi sözleşmeyi sona erdirebilir. Söz konusu hallerin olduğu durumunda iş sahibi yükleniciye ihbarname göndermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirdiğini bildirecektir. Belirtelim ki, yüklenicinin sözleşmenin sona erdirilmesine neden olan borca aykırı davranışlarının haklı ve makul sebeplere dayanmıyor olması gerekir. İş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmе hakkını düzenleyen hüküm FIDIC Kırmızı kitap madde 15'tir. FIDIC kırmızı kitap m. 15.1 uyarınca, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki bir yükümlülüğü yerine getirmekte başarısız olduğu durumlarda, mühendis, yükleniciye bir ihbar göndererek bu başarısızlığı belirli bir makul süre içerisinde düzeltmesini isteyebilir. FIDIC kırmızı kitapta sözleşmenin makul bir sebep olmaksızın iş zamanından tamamlanamaması veya tamamlanamayacağının anlaşılması halinde sözleşmeye aykırılık ortaya çıkacak ve iş sahibi yükleniciye göndereceği bir bildirim ile 14 günlük bir süre vererek sözleşmeyi sona erdirebilir ve yükleniciyi şantiyeden çıkarabilir. Hatta 15.2 bent (e) ya da (f)'de belirtilen hallerde (ör. İflas, borç ödemedен acizlik vd.) iş sahibi sözleşmeyi süre vermeden de doğrudan feshedebilir.

Çalışmamızda öncelikle iş sahibinin gecikme tazminat talep hakları daha sonra sözleşmeyi sona erdirmе ve diğer hakları ele alınacaktır.

I- FIDIC Kapsamında İş Sahibinin Gecikme Tazminatı Talep Hakkı

A- Genel Olarak

Tazminatın amacı, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemelerinin sonucu olarak uğranılan zararların, ifa menfaati kapsamında denkleştirmesidir¹. Sözleşmede kararlaştırılan tarafların mutabakatı ile belirlenmiş olan gecikme tazminatı, yüklenicinin gecikmesinin "kabul edilemez" nitelikte olması halinde, işin belirlenen teslim gününün geçilmesiyle kendiliğinden işlemeye başlar². Burada tazminatın amacı, gecikme olmasaydı iş sahibinin sahip olacağı ekonomik durumu temin ederek onu korumaya çalışmaktır³. Gecikme tazminatı, gecikme ile uygun nedensellik bağı taşıyan bütün zararları tazmine yönelik olacaktır⁴.

Belirtelim ki, hem eski kırmızı kitap (1987) hem de yeni kırmızı kitap⁵ (1999) iş sahibinin gecikmeden kaynaklanan tazminat hakkını düzenlemiştir. Fakat iş sahibinin işin zamanında tamamlamaması nedeniyle tazminat isteme hakkından söz edebilmek için yüklenicinin madde 8.2 hükmünde belirtilen hususlara riayet etmemiş olması

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TÜZEMEN ATİK, Ebru**, FIDIC Kırmızı Kitap (NEW REB BOOK) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_2_2.pdf; **EKŞİ ÇELİK, F. Elif**, Milletlerarası Hukukta FIDIC Kuralları Çerçevesinde Müteahhidin Akdi Sorumluluğu, Ankara 2012, s. 175.

² **SÖZEN, Zeynep**, FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi, İstanbul 2015, s. 109.

³ **KURŞAT Zekeriya**, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 405.

⁴ **KURŞAT**, s. 406; Eski FIDIC Kırmızı kitap Genel İdari Şartnamesinin 47.1 maddesine göre, yüklenici işlerin tamamını bitirme süresi içerisinde veya varsa işlerin bir bölümünü 43. maddede öngörülen süre içinde tamamlayamazsa, yüklenici, ilgili işi bitirme süresi sonu ile işlerin tamamı veya ilgili bölümü için düzenlenecek geçici kabul belgesinde belirtilen tarih arasında geçecek her gün veya gün bölümü için, teklifin ekinde bu gibi kusurlarla ilgili tazminat olarak belirtilen miktara, teklifin ekinde belirtilen ilgili sınıra tabi olmak kaydıyla iş sahibine öder. İş sahibi, diğer tahsil yolları saklı kalmak, kaydıyla, bu tazminatın yüklenici hak ettiği veya edeceği paralardan kesebilir. Söz konusu tazminatın ödemesi veya kesilmesi yüklenici işleri bitirme vecibesinden veya sözleşmeden doğan diğer vecibelerinden kurtarmaz. **KÖKSAL, Tunay**, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2009, s. 139.

⁵ **ATAMER, Yeşim M./ SÜZEL, Ece Baş / GEISINGER, Elliot**, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2015, s. 98.

gerekir⁶. Buna göre yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin bir kısmını veya tamamını bitirememiş olması gerekir. Bu kapsamda yüklenicinin teslim öncesi testlerden geçememesi, teslimine yönelik işlerin yine tamamı veya bir kısmını bitirememiş olması halinde iş sahibinin tazminat hakkı gündeme gelecektir. Zira FIDIC kırmızı kitap 8.2 hükmü, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin tamamı veya ilgili kısımlarının bitilmesini, testlerden başarılı olunmasını ve bitirilen işlerin teslimine yönelik işlerin de eksiksiz yapılmasını emretmiştir. Aksi durumda FIDIC m. 8.7 uyarınca iş sahibinin işin gecikmesi durumuna bağlı olarak tazminat talep hakkı olacaktır. Bu kapsamda gecikmeye bağlı zararların yüklenici tarafından karşılanması gerekir. Ödenecek bu tazminat doktrinde gecikme tazminatı olarak adlandırılrsa da niteliği tartışmalıdır. Bu tartışmalara aşağıda değinilecektir.

Yüklenicinin bu tazminatı ödemekten kurtulabilmesi için gecikmenin makul bir sebepten kaynaklandığını ileri sürüp bunu ispat etmesi gerekir.

B- FIDIC Kapsamında İş Sahibinin Gecikme Tazminatı İsteyebilmesinin Şartları

İş sahibinin gecikme tazminatı isteyebilmesinin şartlarını değerlendiren gecikme tazminatı talebine engel olan hususların incelenmesi gerekir. Belirtelim ki, iş sahibinin gecikme tazminatı talep etmesi durumunda yüklenicin ilave süre isteyerek bu talebi bertaraf etmesi mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan iş sahibinin de usulüne göre yapılmış olan ilave zaman talebinin mühendis tarafından görülmesine rağmen uygulamaya koymasını engellerse gecikme tazminatı talep edemez⁷.

Gecikme tazminatı madde 8.7 de düzenlenmiştir. Maddeye göre, yüklenici fıkra 2.5 (İş sahibinin talepleri) uyarınca borca aykırı davranış nedeniyle iş sahibine gecikme tazminat ödemelidir. Gecikme tazminatından anlaşılması gereken, teklif ekinde belirlenen, tamamlama süresi ile teslim alma sertifikasında belirtilen tarih arasında geçen her gün için ödenmesi gereken miktar anlaşılmalıdır. Buna karşın bu fıkra

⁶ HÖK, Götz-Sebastian, Uluslararası İnşaat Hukuku, FIDIC Red Book (kırmızı kitap) 1999 Ankara 2009, s. 46.

⁷ ACAR, Hakan, FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri (KIRMIZI KITAP 1999), Ankara 2014, s. 62.

uyarınca ödenmesi gereken miktar teklif ekinde gecikme tazminatı için belirtilen miktarı aşamaz.

Belirtelim ki, gecikme tazminatının talep edilebilmesi için yüklenicinin FIDIC kırmızı kitap 8.2 hükmünde belirtilen hususlara riayet etmemesi gerekir. Yüklenicinin işi sadece yerine getirilmesi değil zamanında yerine getirilmesi, ayrıca yüklenicinin gerekli testleri başarıyla geçmesi gerekir. Eğer bu yükümlülük zamanında yerine getirilmezse iş sahibinin gecikmeden doğan zararın tazmin edilmesini talep hakkı gündeme gelir⁸. Yüklenicinin borcunu ne şekilde ifa etmesi gerektiği üzerinde daha sonra duracağız ancak burada özellikle madde 8.7'in bahsettiği diğer koşullar üzerinde durmak gerekecektir.

Bu kapsamda gecikme tazminatının talep edilebilmesi için madde 2.5'e göre iş sahibin yükleniciye ihbarda bulunması gerekir. Yükleniciye bu tür bir bildirimde bulunulmadıkça onun hak edişlerinden kesinti yapılamaz. İş sahibinin bu bildirimi belirli bir süre içinde gerçekleştirmesi gerekir. Söz konusu bildirim iş sahibinin hak iddiasına yol açan olayın veya koşulların farkına varmasıyla mümkün olan en kısa süre gönderilecektir. Madde uyarınca bildirim vermek için gerekli olan süre belli değildir. Diğer bir ifadeyle bildirimin ne zaman gönderileceği kesin bir süre olarak düzenlenmemiştir. Fakat bu sürenin dürüstlük kurallarına göre belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca sözleşmeye uygulanacak hukuka göre söz konusu süre tespit edilebilir⁹.

Belirtelim ki, gönderecek bildirimin yazılı olması gerekir. Bu bildirimde iş sahibinin isteyeceği tazminatın detayları ve talebin gerekçeleri açıkça yer almalıdır. Gecikme tazminatına ilişkin diğer detayların ayrıca yükleniciye bildirilmesi gerekir. Bunun için de özel bir zaman dilimi öngörülmemiştir. Ancak bunların uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen yükleniciye bildirilmemiş olması onun ihbarname ile talep ettiği tazminat istemekten vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilir¹⁰.

İş sahibi yükleniciye gerektiği bilgileri verdikten sonra bildirimin bir nüshasını da mühendise göndermesi gerekir. Zira mühendis herhangi bir karar almadan önce madde 3.5 hükmünde belirtilen kural-

⁸ JAEGER, Axel Volkmar / HÖK, Götz Sebastian, FIDIC-A Guide for Practitioners, Springer Heidelberg, 2010, s. 163.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, s. 62.

¹⁰ FIDIC Guide, s. 80.

lara riayet etmesi gerekir¹¹. Mühendis her iki taraf ile de görüşecektir. Madde 3.5'ye göre "İşbu şartlarda mühendisin işbu fıkra 3.5 uyarınca bir mesele hakkında uzlaşma sağlama ya da bir karar almaya yönelik davranması öngörüldüğü durumlarda, mühendis her bir tarafa uzlaşmayı sağlamaya yönelik tavsiyelerde bulunmalıdır. Uzlaşma sağlanamazsa, mühendis tüm ilgili durumları dikkate alarak, sözleşmeye uygun bir karar almak zorundadır.". Mühendis madde 3.5 uyarınca aldığı bütün bilgileri inceledikten sonra bir miktar belirleyecek, söz konusu miktarı taraflara bildirecektir. Mühendisin değerlendirmede işin (veya bir bölümünün) zamanında tamamlanmış olması ile görmesi ile gecikmiş olarak tamamlanmış olması arasında (yanı geçici kabul belgesinin hazırlandığı anda) ortaya çıkan zararın ne olduğunu dikkate alarak gecikme tazminat miktarını hesaplayacaktır¹². Taraflar mühendisin belirlediği miktarı kabul edebilir veya reddedilir. Bu nedenle mühendis bu miktarı hesaplarken tarafsız olmalıdır.

B- FIDIC Kapsamında İş Sahibinin Talep Ettiği Gecikme Tazminatının Belirlenmesinde Geçerli Usul ve Esaslar

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, FIDIC sözleşmelerinde yüklenicinin madde 8.2'de belirtilen yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi durumunda iş sahibine gecikmeden dolayı gecikme tazminatı ödemesi gerekecektir¹³. Zarar, ihale belgelerinde belirtilen toplam miktarı aşmamalıdır. Zarar hesaplanırken sözleşmede işin tamamlanması için belirlenen süre ile geçici kabulün yapıldığı tarih arasındaki günlük olarak hesaplanacak miktar baz alınacaktır¹⁴. Hatırlatalım ki, yüklenicinin gecikme tazminatı ödemesi, onun işini bitirmesi veya diğer yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacaktır.

FIDIC madde 8.7 uyarınca iş sahibinin gecikme tazminatı hakkı kazanabilmek için gecikmeden kaynaklan zarar ispat edilmesi gerekme-

¹¹ ROBINSON, Michael D., Contractor's Guide to The FIDIC Conditions of Contract, First Edition 2011, s. 47.

¹² JAEGER/HÖK, s. 259.

¹³ ATAMER/SÜZEL/GEISINGER, s. 98.

¹⁴ ACAR, s. 6.

mektedir¹⁵. Diğer taraftan gecikme tazminatı sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir¹⁶.

Belirtelim ki, FIDIC, yukarıda bahsettiğimiz tazminatın, niteliği hususunda bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle buradaki tazminatın türü hususunda bir götürü tazminat mı yoksa ceza koşulu niteliğinde mi olduğu hususu açık değildir. FIDIC sözleşmelerinin özel şartları düzenlenirken tarafların bu hususu göz önünde bulundurarak amaçlarına uygun bir düzenle yapmalarında fayda bulunmaktadır¹⁷.

Türk hukukunda ceza koşulu ve götürü tazminat farklı hukuki kurumlardır. Götürü tazminat kavramı, tazmin gereken muhtemel zarar miktarının taraflarca önceden tespitini ve böylece somut zararın konusunda taraflar arasında meydana gelecek ihtilafın ortadan kaldırılmasını ifade eder¹⁸. Diğer yandan götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin kapsadığı yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden tespit edilmesidir. Götürü tazminatın kararlaştırıldığı anlaşmaya ise götürü tazminat anlaşması denir¹⁹. Ceza koşulu ise TBK m. 179'da düzenlenmiştir²⁰. Hükümde seçimlik ceza koşulu (m.179/I), ifaya ekleyen ceza koşulu (m.179/II) ve son olarak dönme cezası (179/

¹⁵ FIDIC Guide, s. 177.

¹⁶ FIDIC Guide, s. 177; Türk hukukunda, eser sözleşmede açısından gecikme tazminatı, iş sahibinin eserin teslim edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararı karşılamak gayesini güder. Buna göre iş sahibinin zamanında ve gereği gibi ifa edilmesindeki menfaati bazı alınarak zararının hesaplanması gerekecektir. İş sahibi, gecikme tazminatını ifa ile birlikte talep edebileceği gibi, ifayı kabul ettikten sonra, ihtirazı kayıtla saklı tutmamış olsa bile talep ve dava edebilir. DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı CEZAI ŞART ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 48; Türk Borçlar Kanunda madde 125 uyarınca, "Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir."

¹⁷ ATAMER/SÜZEL/ GEISINGER, s. 98.

¹⁸ KOCAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesinde İşin Zamanında Teslim Etmeye Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı yoksa Götürü Tazminatı mıdır? TTB. Dergisi, Sayı 74, s.149-157, 2008, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-74-388>, s. 152-153.

¹⁹ BİRİNCİ UZUN Tuba, Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 68.

²⁰ KURŞAT, s. 422; EKİNCİ, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Doktrine ve Yargılama, Ankara 2015, s.127-209; KOCAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m.158-161), Ankara 2003, s. 146-154.

III) düzenleme alanı bulmuştur²¹. Ceza koşulu, borçlu alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa ya da öngörülen yerde veya zamanda ifa etmemesi halinde ödemeyi taahhüt edimi ifade eder²².

TUNÇOMAĞ'a göre, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değere sahip ayrı bir edimdir²³.

EREN'e göre, cezai şart borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, ekonomik değere sahip hukuki işlem ile belirlemiş bir edimdir²⁴.

Yargıtay 'a göre "*geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanında yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca (ekonomik) değeri olup bir hukuki işlem ile belirtilen götürü bir edimdir*"²⁵.

Ceza şart iki temel amacı bulunur. Birincisi borçluyu edimini ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat almaktadır. İkinci ise borçlu borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararı önceden ve götürü olarak tespit etmek ve böylece alacaklının tazminat talebini kolaylaştırmaktır²⁶. Fakat ceza koşulunun amacı zararın tazmini değil, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlamaktır²⁷.

Türk hukukunda ceza koşulunun borçlunun kusurlu olmasına bağlı olup olmadığı tartışmalıdır²⁸. Birinci görüşe göre, ceza koşulu için borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesinde borçlunun kusur aran-

²¹ KURŞAT, s. 423- 425; GÜLSEVEN, Hilal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul 2015, s. 39- 42.

²² Bazı yazarlar ise cezai şart, borçlunun borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi şeklinde bir hukuki işlem olarak tanımlamaktadırlar.

²³ TUNÇOMAMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 6.

²⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, s. 1181.

²⁵ Yargıtay 13.HD'nin 25.12.1981 tarih ve E.1981/7896, K.1981/8497. Karar için bkz. TEKİNAY, S. Selahattin/ AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993, s. 342 (dn.1).

²⁶ KOCAAĞA, Cezai Şart, s. 150; GÜLSEVEN, s. 25.

²⁷ GÖKÇEOĞLU, Kâmil Haluk, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s. 20.

²⁸ KURŞAT, s. 425

malıdır²⁹. İkinci görüşe göre ceza koşulu borçlunun kusuruna bağlı değildir³⁰.

Belirtelim ki, ceza koşulunu götürü tazminat ayıran bir diğer husus ise ispat yükü ile ilgilidir. Ceza koşulunda TBK m.180/I'de öngörüldüğü üzere iş sahibi hiçbir zarara uğramamış olsa dahi kararlaştıran cezanın ifası gerekir. Götürü tazminatta ise, ceza koşulundan farklı olarak, iş sahibinin bir zararı gerekir ve ispat yükü yükleniciye aittir³¹.

Bu farklılıkları belirttikten sonra FIDIC 8.7'deki tazminatın niteliği konusunda bir değerlendirme yapılabilir. TBK madde 179/II göre "*Ceza, borcunun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*". FIDIC madde 8.7'de, sözleşmede işin kararlaştırılan zamanında tamamlanmaması halinde günlük olarak hesaplanacak ve üst sınırı sözleşme bedelinin yüzdesi olarak tespit edilecek bir miktarın ödeneceği düzenlenmektedir. Türk Hukuku açısından bakıldığında bu düzenlemenin ifaya eklenen ceza koşulu ile paralellik arz ettiği belirtilebilir. Buna göre 8.7 hükmündeki düzenlemenin bir ceza koşulu olduğu söylenebilir³².

FIDIC kırmızı kitap düzenlemesinde iş sahibi hem işin geç de olsa tamamlanmasını istemekte hem de gecikmeden kaynaklanan belirli bir miktarının ödenmesini talep etmemektedir. TBK. 197/II hükme göre ifa ile birlikte ceza koşulun istenebilmesi ancak alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmemesine veya ceza koşul talep hakkından açıkça vazgeçmemesine bağlıdır. Dolayısıyla sözleşmeye Türk hukukunun uygulandığı varsayımında sözleşmede ifaya eklenen ceza koşulunun bulunduğu kabulü gerekecektir³³. Bu şekilde eğer belirtilen miktar aşırılık söz konusu ise TBK'nda hâkime cezayı indirme yetkisi veren m. 182/III ve Türk Ticaret Kanun madde 22'nin uygulanması gündeme

²⁹ TUNÇOMAĞ, Ceza Şart s.101 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2016, s. 532-533.

³⁰ EREN, s.1210-1211; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 214.

³¹ ATAMER/SÜZEL/GEISINGER, s. 98.

³² Aynı görüş için bkz. ACAR, s. 60.

³³ ACAR, s. 61.

gelecektir³⁴. TTK m. 22'de, "*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*" hükmü yer almaktadır. Böylece ceza miktarı aşırı olsa bile, tacir borçlu aleyhine konulmuş ceza koşulunun hâkim indirilmesini talep edemeyecektir³⁵.

Belirtelim ki, tacirin borcu için kararlaştırılmış ceza koşulu ne kadar aşırı olursa olsun, TTK.m.22 hükmü, TBK.m.182/f.3 uyarınca indirim yapılmasını engelleyecekse de; ceza koşuluna ilişkin anlaşma ahla-ka veya kişilik haklarına aykırı olacak derecede ağır ise, TBK.m.27/f.2 hükmüne kıyasen, hâkim duruma göre bu ceza koşulunun geçersizliğine kadar verebilecektir³⁶. Uygulamada, özellikle borçlu tacirin mahvına sebep olacak derecede ağır ceza koşullarının bu hükmünden yararlanılarak tamamen veya kısmen geçersiz sayılması kabul edilmektedir³⁷.

Yargıtay önceki kararlarında ceza koşulu bakımından azami miktarının belirlenmediği hallerde eserin tesliminde gecikmeden dolayı talep edebilecek ceza miktarlarının sınırlandırılması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın söz konusu kararlarında iş sahibinin seçimlik hakkını kullanacak ve diğer yandan eser teslim için gereken sürenin aşılması TBK.m.44 uyarınca onun birlikte kusur sayılacaktır³⁸. Fakat yeni Yargıtay hukuk genel kurulu 1991 yılında kararları önceki görüşünden dönmüş böylece iş sahibinin seçimlik hakkını geç kullanmasını hakkın kötüye kullanılması ve onun birlikte kusuru sayılmaması gerektiğine hükmetmiştir³⁹.

³⁴ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2016, s. 537.

³⁵ GÜLSEVEN, s. 66; OĞUZMAN/ÖZ, s. 549;

³⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 549.

³⁷ Yarg. HGK., 20.3.1974 T., 1053/222; Yarg. 11HD., 15.6.1982, 1982/2887. Kararlar için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 549

³⁸ Yarg. HGK., T., 09.10.1991, E.340, K.467, karar için bkz. YKD.,1992, S.1, s. 33-34, Söz konusu kararlar ve açıklamalar için ayrıca bkz. YAKUPPUR, Sendi, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eser Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 106.

³⁹ YHGK, T. 09.10.1991, E.340, K.467, karar için bkz. YKD.,1992, S.1, s. 33-34.

Belirtelim ki, emredici hükümler, ahlaka, kişilik haklarına aykırı; baştaki objektif imkânsızlık, şekilde aykırılık, muvazaa veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşme dayanan bir borç için kararlaştırılan ceza koşulları da geçersizdir⁴⁰.

C- Gecikme Tazminatının Belirlenmesinden Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanabilecek Yöntemler

1- Genel Olarak

Tarafların sözleşmelerinde herhangi bir uyuşmazlık durumunda hangi hesaplama yönteminin benimseneceğine ilişkin bir anlaşma bulunmaması ihtimaline karşı FIDIC kırmızı kitap bazı yöntemler tespit etmiştir. Buna göre, taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa taraflar mühendise başvuru yapabilirler. Fakat mühendis sadece taraflar arasında arabuluculuk yaparak anlaşma sağlamaya çalışacaktır. Bu yöntemde mühendisin rolü arabuluculuktur⁴¹. Mühendisin tazminat miktarını aldıktan sonra 42 günlük süre içinde bir karara varması gerekecektir⁴². FIDIC kırmızı kitap 20.1'e göre, FIDIC sözleşmesinin herhangi bir hükmü uyarınca yüklenici, süre uzatımı ve/veya ücret ya da sözleşmeye bağlantılı başka bir "talepte"⁴³ bulunmak isterse, mümkün olan en kısa süre ancak en geç talebe sebebiyet veren olayın vukuuna vakıf olduğu veya vakıf olması gerektiği andan itibaren 28 gün içinde bu talebini mühendise yapacaktır. Böyle durumda mühendis başvuruyu kabul etmez ise yüklenici ret kararına itiraz etmesiyle birlikte talep uyuşmazlığa dönüşmektedir. Bu ilk aşamada eğer bir çözümü bu-

⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 549

⁴¹ KLEE, Lukas, International Construction Contract Law, First Edition 2015, s. 247.

⁴² KLEE, s. 247; FIDIC genel şartname (1987) yeni kırmızı kitap aksine mühendisin kararı tipik bir ihtiyarı uzlaştırma kararı olmasına rağmen söz konusu karara karşı 70 gün itiraz içinde itiraz edilmediği takdirde tarafları karşı bağlayıcı bir karar olacaktır. Eski kırmızı kitap 67.1'e göre, mühendis ihtilaf konusuyla ilgili kararını işsahibi ve yükleniciye bildirmişse bu ihtilafla ilgili olarak bildirim tarafların elini geçtiği tarihten sonraki yetmişinci (70) günden önce iş sahibi ya da yüklenici tahkimi veya hukuku dava başlatmak için bildirim vermemişse söz konusu karar kesin ve iş sahibi ile yüklenici üzerinde bağlayıcı olacaktır. Bu bakımdan kesinlik kazanmış bir mühendis kararı, hakem-bilirkişi kararı niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKSAL, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, s. 169; TEZCAN, s. 4.

⁴³ "Claim" kelimesini, "Uyuşmazlık" olarak nitelendirmiş ve uyuşmazlığın mühendise götürüleceğini ifade etmiş ise de 20 maddedeki "Claim"ın karşılığı "Talep"tir. KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 403.

lunamazsa Dispute Adjudication Board (Uyuşmazlık Çözümü Kurulu-DAB) prosedürünü gerçekleştirmek gerekmektedir. DAB söz konusu uyuşmazlığa bir çözüm bulamaz ise dostane bir çözüme ulaştırmaya çalışacaktır. Burada mümkün olmaz ise taraflar tahkime gidebilecektir⁴⁴.

2- DAB Tarafından Çözüm

FIDIC sözleşmelerine ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa bu uyuşmazlığı çözmek için taraflar Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurabilir. DAB, bütün sözleşme formlarda kural olarak yer almaktadır. Latince "adjudicare" terimden türeyen adjudicator kavramı çok açık olmamakla birlikte "karar veren" olarak ifade edilebilir. Zira bu ifade bir hâkimin veya hakemin karar vermesini akla getirmektedir⁴⁵. Mühendisin uzlaştırmacı görevi, söz konusu görevinde adjudicator –karar verici olarak tanımlanmıştır⁴⁶. Mühendisin bu konuda verdiği karar "uzlaştırma" önerisi mahiyetinde olup uygulanması tarafların iş birliği ve kabulüne bağlıdır. Belirtelim ki, söz konusu uzlaştırmacının "zorunlu" olarak nitelenmesinin sebebi mühendise müracaat etmeden tahkim yoluna gidilmemesidir⁴⁷.

Eski FIDIC kırmızı kitap ile FIDIC kırmızı kitap 1999 farklı bulunur. Eski kırmızı kitap tarafların sözleşmelerinde veya sözleşmesine her hangi bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa tahkime gitmeden önce mühendise başvurmak gerekir. Ama yeni FIDIC kırmızı bu noktası madde 20.4 açıkça düzenlemiştir. Hükümde, *"Taraflar arasında Sözleşmeyle ve Mühendisin sertifikaları, kararları, tazminatları, görüşleri ya da değerlendirmeleri konusundaki uyuşmazlıklar dâhil olmak üzere işlerin yapılmasıyla bağlantılı olarak veya bunlar dolayısıyla uyuşmazlık (ya benzer bir problemin) çıkması halinde her taraf yazılı olarak ve birer suretlerini diğer tarafa ve Mühendise göndermek suretiyle, karar vermesi için uyuşmazlığı, uyuşmazlığı*

⁴⁴ ATAMER/SÜZEL/GEISINGER, s.75.

⁴⁵ AYDOS, O. Sadık, FIDIC Çerçevesinde Anahtar Teslim Sözleşmesi, Ankara 2013, s. 195.

⁴⁶ KARAYALÇIN, Yaşar, FIDIC Sözleşmeleri Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, İnşaat Sözleşmeleri- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer (Ankara, 18-19 Mart 1996), 1996, s. 301.

⁴⁷ KARAYALÇIN, s. 301.

çözme kurulu (DAB)'na sunabilir. Bu şekildeki müracaatlarda, müracaatın bu fıkra uyarınca yapıldığı belirtilmelidir." düzenlemesine yer verilmiştir⁴⁸.

Görüldüğü gibi tarafların inşaat sözleşmelerinde veya inşaat sözleşmelerine ilişkin bir uyuşmazlığı çözmek için DAB'a başvurabilir. Fakat tarafların DAB'a başvurmak, buna ilişkin prosedüre riayet etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, DAB prosedürüne gitmeden önce tahkime veya devletlerin mahkemelerine gitme imkânının mevcut olup olmadığı tartışmalıdır.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu bir veya üç kişiden oluşmaktadır⁴⁹. Bunlar uygun nitelikli kişilerden seçilmektedirler. Eğer sayı belirtilmemişse ve taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, DAB üç üyeden oluşacaktır⁵⁰. Eğer DAB üye sayısı üç kişi ise her taraf bir üye seçer ve iki üye anlaşarak kurula başkanlık edecek üçüncü üyeyi belirler⁵¹. Taraflar DAB'nin üyelerini seçerken bu kişilerin iş ile ilgili olarak bilgi sahibi, sözleşmenin yorumlanması konusunda deneyime sahip ve sözleşmede sözleşmenin dili olarak belirlenen dili akıcı bir şekilde konuşabileceklerdir⁵².

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, tarafların DAB'a başvurmak, buna ilişkin prosedüre riayet etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, DAB prosedürüne gitmeden önce tahkime veya devletlerin mahkemelerine gitme imkânının mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Buna göre, doktrinde hâkim olan görüş tarafından, FIDIC tahkiminin başlatılabilmesi için DAB'a başvurmak ön şart olarak kabul edilmektedir⁵³. Bu görüşe göre taraflar tahkime gitmeden önce DAB ve Dostane çözüm yoluna gitmeleri gerekir. Belirtelim ki, FIDIC kuralları bakımından bu aşamalara riayet etmek zorunludur⁵⁴. FIDIC sözleşmelerinde öngörülen

⁴⁸ HÖK, İnşaat Hukuk, s. 101.

⁴⁹ CHERN, Cyril, Chern on Dispute Boards Practice and Procedure, Second Edition, 2011, s. 28.

⁵⁰ KOLDAŞ, Buket, FIDIC Kapsamında Uyuşmazlıkları Çözümü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2008, s. 32.

⁵¹ CHERN, s. 28.

⁵² KOLDAŞ, s. 33

⁵³ HÖK, Götz-Sebastian, "Dispute Adjudication in Civil Law Countries- Phantom or Effective Dispute Resolution method?", (2011) ICLR, s. 423-424, 426; SEPPALA, Christopher R., "The Arbitration Clause in FIDIC C Contracts for Major Works", (2005) ICLR, s. 6-7.

⁵⁴ ATAMER/ SÜZEL/ GEISINGER, s. 70.

tahkim öncesi aşamalar, madde 20.7 ve madde 20.8 belirtilen haller saklı kalmak kaydıyla, uyulması zorunlu olan aşamalardır⁵⁵.

Açıkladığımız bu hususlarla ilgili dikkat çekici iki karar mevcuttur. Bu kararlardan ilki İsviçre Federal mahkemesi vermiştir⁵⁶. Diğeri ise İngiltere' de verilmiştir⁵⁷.

Birinci karar bir Fransız inşaat şirketi (yüklenici) ile karayolu ve yol yapımından sorumlu bir devlet şirketidir (iş sahibi) arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkindir. Yüklenici, iş sahibi ile sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için DAB'a başvurmak istemektedir. Fakat DAB prosedürüne başlanması ve yürütmesi oldukça zaman almakta ve kurula başkan seçilmesi başarısız olduğu için süreç sürekli ertelenmektedir. Bu ertelemelerin sebebi ise iş sahibinden kaynaklanması ve işleri yavaşlatması olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda yüklenici DAB prosedürünün işlemediğini anlayınca doğrudan tahkime gitme kararı almıştır. Taraflar hakem heyetinden DAB prosedürü tamamlanmadan tahkime gidilip gidilemeyeceği konusunda karar verilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti DAB prosedürü tamamlanmadan tahkime gidilebileceğine oy çokluğu ile karar vermiştir. İş sahibi bu sürecin zorunlu olduğunu belirtip kararın iptali için İsviçre Federal Mahkemesine dava açmıştır. İsviçre Yüksek Mahkemesi, hakem heyetinin verdiği kararı iptal ederek FIDIC kırmızı kitap 20 maddedeki bazı istisna ayırık tutulursa DAB prosedürünün zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca 20. maddede kullanılan "shall" kelimesi nedeniyle tahkim öncesi usulün zorunlu nitelikte olduğu sonucuna varmıştır⁵⁸.

İsviçreli kararı takiben, DAB sürecinin uygulanabilirliği sorunu İngiltere ve Galler'de Peterborough belediyesi ile bir şirket arasındaki

⁵⁵ ATAMER/ SÜZEL/GEISINGER, s. 71.

⁵⁶ Peterborough City Council v Manage Services Limited 2014 EWHC 3193 (TCC) ve İsviçre Federal Mahkemesi, Case number 4A_124/2014 vom 7.7.2014. Karar ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GOULD, Nicholas, An Introduction to FIDIC International Procurement And Deveopment Bank Procurement ICE Leaned Event, 26-27 April 2016, s.37-38-39; ATAMER/ SÜZEL/ GEISINGER, s.72-73-74; HÖK, Götz- Sebastian, Egalement Le Maitre de L'ouvrage Doit Strictrement Respecter le FIDIC Red Book(1999), https://www.dr-hoek.de/FR/beitrag.asp?t=Reclamation_du_Maitre_Trinidad_Privy_Council 24.06.2016.

⁵⁷ Karar ve değerlendirmeler için bkz. GOULD, s. 40.

⁵⁸ HÖK, Götz- Sebastian, FIDIC Red Book (1999), https://www.dr-hoek.de/FR/beitrag.asp?t=Reclamation_du_Maitre_Trinidad_Privy_Council.

davaya konu olmuştur. Bu dava da İsviçre de görülen dava ile benzerlik göstermektedir. Taraflar arasında sözleşme kurulduğunda DAB bulunmamaktaydı. Sözleşme tamamlandıktan sonra taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana gelmiştir. Burada taraflar bakımından sorun teşkil eden husus bu uyuşmazlıkla ilgili doğrudan mahkemeye gitme imkânının mevcut olup olmadığıdır. Bu uyuşmazlıkta iş sahibine göre uyuşmazlığa FIDIC kuralları uygulanacak ve DAB prosedürünün işletilmesine gerek bulunmamaktadır. Fakat yüklenici çıkan bu uyuşmazlıkla ilgili DAB prosedürü işletilmeden doğrudan mahkemeye gidilmesi olanaksızdır. Tüm bu gelişmeler akabinde iş sahibi ortaya çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak doğrudan mahkeme nezdinde dava açmıştır. Mahkemede işlemlerinin başlatılmasının ardından, yüklenici, DAB prosedürünün dava için zorunlu bir ön koşul olduğunu ve bu nedenle davanın devam ettirilemeyeceğini savunmuştur. İş sahibi, bu durumda DAB prosedürünün zorunlu olmadığını ve anlaşmazlığın gündeme getirildiği bir DAB olmadığından ve bu nedenle sözleşmenin 20.8 maddesinin burada uygulanmayacağını belirtmiştir. Mahkeme kararlı bir şekilde iş sahibinin savunmalarını reddetmiş Zira FIDIC kırmızı kitap m. 20.8 hükmü doğrudan tahkime gidilebilmesini öngördüğü iki istisnai halin bu uyuşmazlıkta olmadığını belirtmiştir. Zira doğrudan tahkime gitmek için ya DAB'ın kurulmasından sonra uyuşmazlık ortaya çıkmalı veya DAB her hangi bir şekilde sona ermesinden sonra uyuşmazlığın ortaya çıkması gerekir. Ancak bu iki durumda doğrudan tahkime gidilebilir. Fakat somut uyuşmazlıkta bu iki istisna yoktur. Uyuşmazlık sözleşmeden doğan yükümlülükler tamamlandıktan sonra çıkmıştır. Mahkemeye göre dava öncesinde DAB prosedürünün tamamlanması gerekir⁵⁹.

Gerçekten de FIDIC kırmızı kitap incelendiğinde doğrudan tahkime gidilebilmesi için iki temel istisna getirildiği görülmektedir (m. 20.7, 20.8). Birinci istisna madde 20.7 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre DAB tarafından bir karar verildiğinde taraflar bu karara itiraz edebilirler eğer itiraz edilmez ise karar kesin ve bağlayıcı hale gelir. Fakat taraflardan biri bu karara uymadığı takdirde diğer taraf bunu doğrudan tahkime götürebilir. Bu durumda yeniden DAB'a başvurulmaz veya dostane çözüme gidilmez. O halde bu istisna sadece kesin ve bağlayıcı hale gelmiş DAB kararları bakımından uygulama alanı bulacaktır. Doğrudan tahkime gidilebilmesinin ikinci istisnası ise uyuşmazlığın

⁵⁹ GOULD, s. 40.

DAB'nin atanmasının veya başka bir şekilde varlığına sona ermesinden sonra ortaya çıkması halidir⁶⁰. FIDIC kırmızı kitap m. 20.8'e göre, sözleşmeden veya sözleşmeyle bağlantılı olarak ya da işin icrasına ilişkin olarak taraflar arasında ortaya çıkan ve DAB'ın atanmasının sona ermesi veya başka bir sebeple DAB'ın mevcut olmaması halinde (a) 20.4 paragraf (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararının alınması) ile 20.5 paragraf (dostane çözüm) uygulanmaz. (b) uyuşmazlık, 20.6 paragraf (tahkim) uyarınca doğrudan tahkime götürülebilir.

Belirtelim ki, DAB'ın faaliyetine başlaması için sadece DAB üyelerinin seçilmesi yetmemekte bu kurul üyelerinin uyuşmazlığın çözümü hususunda taraflarla anlaşması gerekir⁶¹. Taraflar DAB üyeleri ile anlaşmaya vardıktan sonra her bir üyeyi 6 gün içinde bilgilendirmesi gerekir. Eğer bu bilgilendirme yapılmaz anlaşma geçersiz sayılır⁶². Taraflar DAB'a gereken tüm bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. DAB yazılı müracaat ulaştığı tarihten itibaren 84 gün içinde karar vermek gerekmektedir. Fakat sorunun çözüm kolay değilse karar verme süresini uzatılabilir⁶³. DAB karar verirken sözleşmeleri hükümleri dâhil olmak üzere sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku da dikkate alacaktır⁶⁴.

DAB verdiği karar taraflardan birisini memnun etmez ise veya süresinde karar verilmez ise taraflardan her biri 28 gün içinde diğer tarafa ihbarname göndererek verilen karardan neden memnun olmadığını ve gerekçelerini açıklamalıdır. Taraflar verilen karardan sonra karara itiraz etmezlerse karar kesin ve bağlayıcı hale gelir (m.20.4-20.7). Taraflardan biri DAB kararına itiraz ederse veya DAB kararına uyumayacağını bildirirse verilen karar hakem kararı niteliği taşınmayacaktır⁶⁵. DAB kararına karşı memnuniyetsizlik bildirimini yapılmaz ise m 20.4 uyarınca DAB kararı bağlayıcı ve kesin olacağı için DAB kararı lehine olan taraf söz konusu kararı yerine getirilmesini isteyebilir⁶⁶. Böylece madde 20.7 uyarında doğrudan tahkime gitme imkanı ortaya çıkar.

⁶⁰ ATAMER/SÜZEL/ GEISINGER, s. 75-76

⁶¹ ACAR, s. 189.

⁶² Söz konusu anlaşma ve içerikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, s. 189; ROBINSON, s. 102-103.

⁶³ ROBINSON, s. 103.

⁶⁴ ACAR, s. 193.

⁶⁵ ACAR, s. 191-192.

⁶⁶ ATAMER/ SÜZEL/ GEISINGER, s. 79.

Taraflar DAB kararı karşı memnuniyetsizliğini bildirirse bu durumda dostane çözüm yola başvurabilirler. Bu şekilde bildirim yapıldıktan sonra 56 gün içinde dostane çözüme başlatmak gerekmektedir. Aksi takdirde tahkime gidecekler.

3- Dostane Çözüm

Taraflar sözleşme ile ilgi ortaya çıkan sorunların çözümünde gidebilecekleri bir diğer yol dostane çözüm yoludur. Bu çözüm yolu FIDIC kırmızı kitap madde 20.5'de açık olarak düzenlemiştir. Hükme göre, *"Yukarıdaki işaret edilen haller 20.4 maddeye göre memnuniyetsizlik bildirimini verildiği durumlarda tahkime başlamadan önce dostane çözüm yolu ile sorunun halledilebilmesi için her iki taraf da girişme bulunabilir. Bununla birlikte, her iki taraf da aksine kararlaştırmadığı takdirde, dostane çözüm için herhangi bir girişimde bulunulmamış olsa bile memnuniyetsizlik bildiriminin verildiği günden itibaren 56 gün sonra, tahkim prosedürü başlatılabilir."*

Belirtelim ki, FIDIC kırmızı kitap 20.5 hükmü dostane çözümden bahsetmiş fakat ayrıntılı bir düzenleme getirmemiştir. Dostane çözüm yolu ile uyuşmazlığın çözümü prosedürünü ortaya koymamıştır. Bu bakımdan FIDIC kırmızı kitap diğer kitaplardan farklı değildir⁶⁷. FIDIC kırmızı kitapta dostane çözüm yolları belirtilmediğine göre, tarafların anlaşarak/uzlaşarak bir çözüm üretmelerinin gerektiği belirtilebilir.

Bu noktada uzlaşma müzakerelerinin taraflarca kayıt altına alınması ispat bakımından büyük önem arz etmektedir⁶⁸. Taraflar yapılan müzakere sonunda dostane bir çözüme ulaşırsa bunu metne döküp imza altına almalar gerekir aksi durumda bir uzlaşmaya varılamadığı var sayılır. Bu durumda tahkime gidilebilir. Taraflar uyuşmazlıkları dostane bir şekilde çözemedikleri takdirde kesin ve bağlayıcı bir DAB kararı bulunmadığından nihai olarak uluslararası tahkime gitmek gerekecektir.

Belirtelim ki, tarafların uyuşmazlığı dostane çözüm yolları ile halletmeleri için çeşitli yönetmeler mevcuttur. Bunlar; müzakere, arabulucu, kısa duruşma, (mini-tirat) hakem-bilirkişi, sözleşmelerin uyarlanmaları ve yorumlanması gibi⁶⁹.

⁶⁷ KOLDAŞ, s. 56.

⁶⁸ ROBINSON, s. 103.

⁶⁹ KOLDAŞ, s. 59.

4- Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce – ICC) Tarafından Çözüm

Tarafların uyuşmazlığın giderilmesinde başvurabileceği son aşama tahkimdir. FIDIC Kırmızı kitap kuralları uyarınca, DAB'nin vermiş olduğu karar sonrasında taraflardan biri memnuniyetsizliğini yani verilen karardan tatmin olmadığını ve buna riayet etmeyeceğini gerekçeleriyle birlikte bildirirse tahkime başvurma hakkını kazanır. FIDIC kuralları bu noktada Paris'te bulunan Uluslararası Ticaret Odası (ICC)'na ve orada geçerli olan tahkim kurallarına gönderme yapmaktadır. FIDIC kırmızı kitap m.20.6'ya göre, *"Sulh yoluyla gerçekleşmemesi halinde, (eğer varsa) uyuşmazlığı giderme kurulu (DAB)'nın kesin ve bağlayıcı özellik kazanmamış kararlarına ilişkin her bir uyuşmazlık uluslararası tahkim ile gidebilir. Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça,*

- a) *uyuşmazlık uluslararası ticaret odası tahkim kurallarına göre kesin bir şekilde çözüme kavuşturulmalıdır,*
- b) *uyuşmazlık, bu kurallar uyarınca atanan üç hakem tarafından çözümlenmelidir,*
- c) *tahkim fıkra 1.4 (hukuk ve lisan)'de iletişim lisanı tarafından çözümlenmelidir."*

Tahkim aşamasında hakemler, DAB'ın kararını, mühendisin bilgilerini, mühendisin tespitlerini, talimatlarını, görüşlerini, kontrol etmeye yetkilidir⁷⁰. Mühendis bu süreçte hakemler ile işbirliği yapmak zorundadır. Örneğin uyuşmazlık ile ilgili tanıklık yapabilir ve deliller sunabilir. Mühendise bildirilen DAB kararından memnuniyetsizlik bildirimi ve gerekçeleri ile DAB sürecince bulunulan iddia ve savunmalar ile delilleri de tahkim kurulu inceleme ve değerlendirmeye yetkilidir. Belirtelim ki, yukarıda açıkladığımız gibi DAB süreci veya dostane çözüme gidilmesini gerekli olmadığı doğrudan tahkime gidildiği hallerde bu hususları inceleme ve değerlendirme imkânı olmayacak tahkim heyeti doğrudan uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır. Belirtelim ki, tahkim süreci ile ilgili detaya girmeyerek bu kısa bilgi ile yetineceğiz.

⁷⁰ KÖKSAL, Tunay, FIDIC İnşaat İşleri Şartnamelerine göre Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkları Çözümü Mekanizmaları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1282>, s. 424.

II- İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRME HAKKI

A-Genel Olarak

Sözleşmelerinde taraflarca kararlaştırılacak süre ve yüklenicinin bu süreye riayet edebilmesi için işe zamanında başlaması çok önemlidir. Yüklenicinin işe zamanında başlanması FIDIC kırmızı kitap madde 8.1'de düzenlenmiştir⁷¹. Madde 8.1 uyarınca Mühendis yükleniciye en geç yedi (7) gün öncesinden işe başlangıç tarihini bildirecektir. Özel şartlarda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başlangıç tarihi yüklenicinin kabul mektubu almasından itibaren 42 gün içerisinde olmalıdır. Yüklenicinin makul olan en kısa sürede işe başlaması ve belirlenen süre içinde hızla yürütmesi ve gecikmeye mahal vermemesi gerekir. Madde hükümlere göre yüklenici, kabul mektubunun kendisine ulaşmasından itibaren 42 gün içinde işe başlamalıdır. Kabul mektubu ifadesi madde 1.1.1.3'ye göre sözleşme anlaşması anlamına ve kabul mektubunun verilmesi veya alımı tarihi ise sözleşme anlaşmasının imzalandığı tarih anlamına gelmektedir⁷². Diğer taraftan yüklenici ise zamanında tamamlanmalıdır. Yüklenici işe zamanında tamamlanıp tamamlamadığı hususunda 8.3 belirtilen iş programının kontrolü büyük önem taşımaktadır. Hükme göre, yüklenicinin işi nasıl yürüteceği ne zaman tamamlayacağına ilişkin detaylı program sunması gerekmektedir⁷³. Bu noktada mühendis büyük rol oynamaktadır. Yüklenici işe başladığı andan itibaren 28 gün içinde iş programını, işin görülme aşmaları ve bunlara ayrılan sürenin ne olduğunu mühendise bildirmelidir. Mühendis bu bildirimin kendisine yapıldığı tarihten itibaren 21 gün içinde bu program hakkında karar vermek durumundadır. Mühendis yüklenicinin verdiği programı reddedebileceği gibi kabul de edebilir. Fakat mühendis söz konusu 21 günlük sürede sessiz kalırsa yüklenici sunduğu programına göre işi yürütecektir⁷⁴. Yüklenici iş programının yürütülmesinde ortaya çıkan engelleyici unsurları da mühendise bildirmek zorundadır. Zamanlama ile ilgili mühendis karar verecektir. Örneğin işi yavaşlatma veya hızlandırma.

⁷¹ ACAR, s. 64.

⁷² ROBINSON, s. 42.

⁷³ JAEGER/HÖK, s. 206.

⁷⁴ ACAR, s. 32.

Yüklenici işe zamanında başlamazsa ve madde 8.3 belirtilen iş programına uygun bir şekilde işi yerine getirilmezse, madde 8.6 uyarınca makul bir sebep bulunmadıkça, yüklenici işi zamanında bitirilmesi gerekirken mühendisin işin hızlandırılması talebi bulunmasına rağmen işi hızlandırmaz ise bu durumda iş sahibi madde 15.2 (c) uyarınca sözleşmeyi sona erebilir. Şimdi iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi için gerekli bu koşulları inceleyelim.

B- İş Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı Kullanabilmesinin Koşulları

1- Genel Olarak

FIDIC kırmızı kitap kurallara göre, yüklenici işe zamanında başlamaz veya işi zamanında bitirmez ya da işi sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmez ise iş sahibi sözleşmeyi sona erdirebilir⁷⁵. Söz konusu hallerin olduğu durumunda iş sahibi yükleniciye ihbarname göndermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirdiğini bildirecektir. Belirtelim ki, yüklenicinin sözleşmenin sona erdirilmesine neden olan borca aykırı davranışlarının haklı ve makul sebeplere dayanmıyor olması gerekir. Zira yüklenicinin borca aykırı davranışı FIDIC kırmızı kitap esaslarına göre haklı veya makul bir nedenden kaynaklanıyorsa iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı doğmayacaktır. İş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını düzenleyen hüküm FIDIC Kırmızı kitap madde 15'tir. FIDIC kırmızı kitap m. 15.1 uyarınca, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki bir yükümlülüğü yerine getirmekte başarısız olduğu durumlarda, mühendis, yükleniciye bir ihbar göndererek bu başarısızlığı belirli bir makul süre içerisinde düzeltmesini isteyebilir.

Yeni baskı madde 15.2 (c) gibi eski baskı madde 63.1(c) iş sahibi sözleşme sona erdirmesi hakkı düzenlemiştir. FIDIC eski (1987) madde 63.1(c) uyarınca yüklenici makul bir sebep olmaksızın işe başlayamadı veya ilerleme oranını arttırmak için 28 gün sonra bildirimde bulunulduğunda ilerlemeyi başaramadı iş sahibi sözleşmeye sona edebilir⁷⁶.

Yeni baskı ise madde 15.2'ye göre yüklenici, FIDIC madde 8 [başlama, gecikmeler ve askıya alma] uyarınca işlere başarısız olursa veya

⁷⁵ ACAR, s. 64.

⁷⁶ SHANNAVAR, s. 47.

fıkra 7.5 [ret] veya fıkra 7.6 [düzeltme iş] kapsamında aldığı bir uyarıyı aldıktan sonra 28 gün içerisinde gerekeni yapmaz ise iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacaktır⁷⁷.

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya zamanında işi tamamlamaması durumları hususunda iş sahibinin hakları TBK'Nda da benzer şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. TBK m. 473/I'de "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebepler ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştıran zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirtilen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir." düzenlemesine yer verilmiştir⁷⁸.

2- Yüklenicinin İşe Makul Sebep Olmaksızın Başlanmaması veya Bitirilmemesi

Yüklenici makul sebep olmaksızın işe zamanında başlamamış veya işi zamanında tamamlayamamış ya da işi programına uygun şekilde yerine getirilmemesi hallerinde iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabilecektir⁷⁹.

Belirtelim ki, makul sebep kavramından ne anlaşılması gerektiği FIDIC kırmızı kitapta açıkça ortaya konulmamıştır. Madde 15.2(c) sadece makul nedenler olmaksızın borca aykırı davranış olması hususunu düzenlemiştir. Bu nedenle "makul sebep" kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir.

Kanaatimizce, FIDIC kırmızı kitap madde 8.4 hükmünde düzenlenen makul sebeplerin burada da geçerli olduğunu kabul etmek gere-

⁷⁷ HÖK, s. 44.

⁷⁸ Diğer taraftan, DİK m.62 ve BİGŞ m.47 genel bir borca aykırılık halinde iş sahibine sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi verirken, KİSK m.20(a) ve YİGŞ m. 48/f.2(b) bendinden farklı olarak, yüklenicinin işi süresinde bitirememesi halini açıkça öngörmemiştir. Ancak hiç şüphesiz ki iş sahibi bu mevzuat hükümleri (DİK m. 62 ve BİGŞ m.47) uyarınca da yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmesi sona erdirebilecektir. Temerrüt hali, iş sahibine borcu hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinin kendisine sağladığı hakların aynısını verecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARACA, Mehmet**, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 27.

⁷⁹ HÖK, İnşaat Hukuku, s. 45.

kir. Diğer bir ifadeyle FIDIC m. 15.2 (c)'de ifade edilen makul sebepler kavramından anlaşılması gereken sebepler 8.4'te zikredilen makul sebep oluşturan hallerdir. Zira doktrinde, yüklenicinin ilave süre isteyebileceği hallerin makul sebep olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁰. Ayrıca belirtelim ki, makul sebep teşkil eden haller 8.4'te açıkça sayılmışken, 15.2 (c)'de sayılmamış olmasının farklı bir nedeni de olabilir. Örneğin makul sebeplerin söz konusu hükümde sayılması bu hususla ilgili sorunlarda sözleşmeye uygulanacak hukukta bir çözüm aranması istendiği şeklinde de yorumlanabilir. Madde 15.2 (c) madde 8.4'e de bir yollama yapmamıştır. O halde çözümün sözleşmeye uygulanacak hukuka bırakıldığı yorumu da yapılabilecektir. Böylece işin zamanında başlamaması veya zamanında tamamlanmaması makul sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığı yorumlanması sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edecektir⁸¹.

Belirtelim ki, burada karşımıza bir sorun daha çıkmaktadır. Şöyle ki, yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere yüklenici makul sebeplerin varlığı halinde ilave süre isteyebilir. Böylece işi zamanında tamamlayamama riskini bertaraf edebilir. Fakat yüklenici makul sebeplerin varlığı halinde ilave süre talep etmemiş ve işleri zamanında da tamamlayamamışsa böyle bir durumda sırf makul sebebin bulunması iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını elinden alındığı anlamına gelip gelmeyeceğini tartışmak gerekir. Kanaatimizce ilave süre için makul sebeplerin varlığına rağmen bunu talep etmeyen yüklenici işi zamanında tamamlayamaz ise iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda yüklenicinin ilave süre alabilmek için yerine getirmesi gereken külfetleri yapmaması nedeniyle iş sahibinin sırf makul sebeplerin varlığı nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanamaması söz konusu olmamalı ve sözleşmeyi sona erdirebilmelidir.

Belirtelim ki, işin tamamlanamaması iş sahibinin risk alanından kaynaklanan bir durumdan meydana gelmişse yüklenicinin sırf ilave süre için ihbarda bulunmadığı gerekçe gösterilerek iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olması hakkaniyete aykırı olacaktır⁸².

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BAKER, Elis /MELLORS, Ben/CHALMERS, Scott/LAVERS, Anthony**, FIDIC Contracts: Law and Practice, London, 2009, s. 408.

⁸¹ **BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS**, s. 445.

⁸² **ACAR**, s. 65.

3- İş Sahibinin Yükleniciye Bildirim Göndermesi

Yüklenici işe zamanında başlamazsa veya işe zamanında yerine getirilmezse iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmek için yükleniciye bildirimde bulunması gerekmektedir. Burada en önemli husus bu bildirimin bir fesih beyanı olmadığı sadece yükleniciye sözleşmeye uygun davranması gerektiği hususlarının ihtarından ibarettir⁸³.

Türk hukukunda ihtar kavramı, alacaklının borçluyu borçlanılan edimi yerine getirmeye çağırması, davet etmesi olarak ifade edilen, ifa istediğini kapsayan tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklamasıdır⁸⁴. Türk hukukunda TBK 117/I hükmünün lafzında hareket edilmesi ve borç muaccel olduktan sonra ihtar yapılması gerekecektir. Bu noktada TBK 473/I hükmü bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK 473/I deki hâllerde iş sahibi alacağın muaccel hale gelmesinden önce ihtar yapabilir. TBK 473/I hükmü henüz iş görme sürecinde iken yükleniciyi temerrüde düşürmeyi sağlayan bir hükümdür. Eser sözleşmelerinde yüklenicin eseri teslim borcunu ifada temerrüdü Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 470-486 hükümleri arasında düzenlenmemiştir. Bu sebeple yüklenicinin temerrüdünde, temerrüdün şartları ve sonuçları borçlu temerrüdüne ilişkin madde 117-125 hükümleri uygulanacaktır⁸⁵.

FIDIC kırmızı kitapta sözleşmenin makul bir sebep olmaksızın iş zamanından tamamlanamaması veya tamamlanamayacağının anlaşılması halinde sözleşmeye aykırılık ortaya çıkacak ve iş sahibi yükleniciye göndereceği bir bildirim ile 14 günlük bir süre vererek sözleşmeyi sona erdirebilir ve yükleniciyi şantiyeden çıkarabilir. Hatta 15.2 bent (e) ya da (f)'de belirtilen hallerde (ör. İflas, borç ödemedi acizlik vd.) iş sahibi sözleşmeyi süre vermeden de doğrudan feshedebilir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus iş sahibinin verdiği 14 günlük süre sonunda sözleşmenin kendiliğinden fesh olup olmayacağı yani verilen 14 günlük süreden sonra ayrıca bir fesih beyanında bulunup bulunulamayacağıdır. Acar'a göre, gönderilecek ihtarname 14 gün

⁸³ FIDIC Guide, s. 261.

⁸⁴ ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, s. 168-169.

⁸⁵ ŞAHİN, s. 171-172.

sonra kendiliğinden hüküm doğuracaktır ve hüküm doğurma anı yükleniciye varma zamanı olarak kabul edilecektir (m.15.2/II)⁸⁶.

Belirtelim ki, biz Acar'ın görüşüne katılmamaktayız. Zira sözü edilen 14 günlük süre sonunda sözleşmenin kendiliğinden yükleniciye varma anından itibaren geçmişe etkili olarak sona ereceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca belirtelim ki, iş sahibinin fesih için ayrıca bir bildirim göndermesinin gerektiği hususunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce 14 günlük süre kesin olmayıp iş sahibi bu süre sonunda da sözleşmeyi feshetme hakkını kullanmayabilir. Yeniden süre verebilir. Belirtelim ki, iş sahibi yükleniciye 14 günlük süreyi verir ve bu süre içinde borca aykırılık giderilmez ise ve iş sahibi de sözleşmeyi feshetmek isterse ayrıca bir fesih bildiriminde bulunması daha uygun gözükmektedir.

İş sahibi fesih bildiriminde sözleşmeyi hangi gerekçelerle feshettiğini açıklamalıdır. Ancak belirtelim ki, fesih gerekçeleri 15.2'de sayılanlarla sınırlı değildir. Hükümde sayılmayan fakat feshe neden olan tüm sebepler de açıklanmalıdır⁸⁷.

TBK madde 473/I yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden erken dönmeyi düzenlemiştir. Fakat TBK. m. 124 belirtilen durumlarda TBK m.473/I'den yararlanmak için, yüklenici sözleşme konusu işe başlamakta gecikmesi veya yüklenicinin iş görme faaliyetlerini sözleşmeye aykırı olarak yavaş yürütmesi ve erteleme, yüklenicinin sözleşme konusu eseri tamamlamasını kararlaştırılan tarihe yetiştiremeyeceğini anlaşılması gerekir⁸⁸.

Kural olarak borç muaccel olmadan sözleşmeden dönme imkân bulunmamaktadır. TBK m. 473/I hükmü özel bir düzenlemeyle teslim için belirtilen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönmeye imkân tanımaktadır⁸⁹. Fakat söz konusu madde hükümlerini iş sahibinin kullanmak için her şey önce yükleniciye ihtar bulunmak ve mehil vermek gerekmektedir. Yukardaki söylediğiniz gibi bazı durumlarda iş sahibinin ihtarına da gerek bulunmamaktadır. Bu durumlar

⁸⁶ ACAR, s. 66.

⁸⁷ FIDIC Guide, s. 261.

⁸⁸ YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1020.

⁸⁹ TANDOĞAN, s. 113.

madde 124 tarafından düzenlenmiştir. Böyle duruma karşılansa iş sahibinin genel temerrüt hükümlerine istinaden TBK madde 125 teki hakları kullanabilir⁹⁰. Hükme göre " Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde borcu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasının ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminat isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcu ifa edilmesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir." Belirtelim ki, TBK. m.123-125, TBK.m.473 f.1'i tamamlayıcı olarak uygulanmak gerekmektedir⁹¹.

III- İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLANAN DİĞER HAKLARI

İş sahibinin sözleşmeye sona ermesi bazı sonuçları meydana getirecektir. Fakat belirtelim ki, sözleşmenin sona erdirilmesi, iş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan diğer haklarını ortadan kaldırmayacaktır. İş sahibinin, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işe zamanında tamamlamaması nedeniyle alabileceği tazminatı talep hakkı mevcuttur. Sözleşme sona erdikten sonra yüklenici şantiyeden çıkarılabilecektir. Yüklenici bütün malzemeleri ve şantiye ile ilgili belgeleri mühendise iade etmek zorundadır⁹². Diğer yandan iş sahibi kendisi iş tamamlayabilecek veya başkasına tamamlatabilecektir.

İşin tamamlaması için yapılacak olan masraflar ve diğer zararlar FIDIC kırmızı kitap madde 2.5 uyarınca iş sahibi tarafından yükleniciden talep edilebilecektir. İş sahibi yükleniciden alacağını alamaz ise sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında alacağını karşılamak için yüklenicinin malzemelerini satılabilir⁹³. Diğer taraftan iş sahibi yüklenicinin risk ve masraflarıyla şantiyede var olan ekipmanları ve geçici işleri çıkarmasına izni vermelidir. Mühendis ise, yüklenici tarafından

⁹⁰ ACAR, s. 67.

⁹¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1020.

⁹² ROBINSON, s. 80.

⁹³ ROBINSON, s. 80.

o zaman kadar yapılan işin değerini, malların ve yüklenici tarafından işle alakalı yapılan diğer masrafların miktarını madde 3.5⁹⁴ çerçevesinde tespit edecektir⁹⁵.

Fransız hukukunda isin zamanında tamamlanmaması durumunda iş sahibinin iki seçimlik hakkı vardır. Fransız Medeni Kanunu madde 1184 yeni madde 1224 vd. uyarınca iş sahibi mümkünse, cebri icra talep edecek veya sözleşmeden dönme hakkı dâhil olmak tazminat talep edebilecektir⁹⁶. Söz konusu madde sözleşmeden dönmeyi düzenlemiştir. Kanunda "*résolution judiciaire*" ifadesine yer verildiği için iş sahibi sözleşmeden dönmek için hâkim kararına ihtiyaç vardır. Böylece hâkim, durumlara göre sözleşmeden dönülebileceği veya dönülemeyeceği yönünde karar verebilir. Hâkim bazı durumlarda karar vermeden önce bilirkişi incelemesi yaptırabilir⁹⁷. Ayrıca hâkimin sözleşmeden dönmeye karar vermeden önce yükleniciye mehil (*délai de grace*) vermesi gerekir.

Türk hukukunda ise Türk Borçlar Kanunu madde 473/I işe zamanında tamamlanmaması halinde iş sahibi sözleşme dönme hakkı sahiptir düzenlemiştir. Maddeye göre "*yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye hükümlere aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenmeyerek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştıran zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirtilen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.*". Hâkim olan görüşe göre yüklenici iş başlaması ve iş tamamlaması verilen süre faydalanmazsa iş sahibinin iki seçimlik hakkına sahiptir. Birinci isterse madde 473/I uyarınca sözleşmeden dönecektir. İkincisi isterse madde 125 hükümlere faydalanacaktır. Bu şekilde söz-

⁹⁴ İş bu şartlarda mühendisin işbu fıkra 3.5 uyarınca bir mesele hakkında uzlaşma sağlamaya ya da bir karar almaya yönelik davranması öngörüldüğü durumlarda, Mühendis her bir tarafa uzlaşmayı sağlamaya yönelik tavsiyelerde bulunmalıdır. Uzlaşma sağlanamazsa, Mühendis tüm ilgili durumları dikkate alarak, sözleşmeye uygun bir karar almak zorundadır. Mühendis taraflara her bir uzlaşmayı ya da kararı detaylarını belirterek bildirmelidir. Her iki taraf her uzlaşmaya ya da karara, bu kararlar madde 20 (talepler, uyumsuzluklar ve tahkim) uyarınca değiştirilmedikleri sürece uymalıdır.

⁹⁵ ACAR, s. 66.

⁹⁶ PAISANT, Gilles, Les Conditions de Résolution Du Contrat en Droit Français, http://www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/com._gilles_paisant.pdf, s. 192.

⁹⁷ LE MONITEUR, Les Préjudices en Matière de Batiment et de Construction, Inventaire -Evaluation- Vérification, www.Lemoniteur-expert.com, no 5276. 7 janvier 2005.

leşme ifasından vazgeçip müspet zararının tazminatı isteyecektir. Madde 123-124 ve madde 473 tamamlayıcı olarak uygulanmalıdır⁹⁸.

SONUÇ

FIDIC kırmızı kitap yüklenici iş zamanında başlamaması veya zamanında tamamlamaması nedeniyle iş sahibinin baz haklarına aittir. Söz konusu haklarından iş sahibin gecikme tazminatı içerindedir. Fakat FIDIC kırmızı kitap gecikme tazminat niteliği hususunda hiçbir düzenlemede bulunmamaktadır. Kanaatimizce Türk hukukunda bakımında ceza şart belirtilen şartlar açısından FIDIC kırmızı kitap bahseden gecikme tazminat ceza şart olduğu kabul edebilir.

FIDIC kırmızı kitap taraflar arasında ortaya çıkan her hangi bir uyuşmazlık çözüm bulunmak için FIDIC baz yöntemler belirlemiştir. Bu nedenle gecikme tazminat belirletmek için ortaya çıkan uyuşmazlık bunları sunabilir. Bunlar DAB (Dispute Adjudication Boards – Uyuşmazlık çözüm kurulu), dostane çözüm ve ICC (İnternational Chamber of Commerce- Uluslararası Ticaret Odası) söz konusudur. Fakat Taraflar sözleşmelerinde ilgili uyuşmazlık ortaya çıkarsa tahkim mahkemeye gitmeden önce DAB aşma zorunluk mı? Bu soru Doktrine ve Yargıtay kararı farklı görüşme varmıştır. Bize katımlımız görüşme tahkim gitmeden önce DAB aşma zorunluktur. Çünkü DAB uygulamasındaki, tarafların güvenini kazanmış, tarafsız ve konusunda uzman bir heyetin hızlı bir şekilde uyuşmazlık hakkında karar vermesini sağlamak, uyuşmazlıkları zaman kaybına ve masrafa sebep olmadan ve tahkim veya milli mahkemeler önüne taşınmadan sonlandırılmasını, amacı güder. Bu amacı bakımından DAB zorunlu aşama olduğu savunan görüş mantıklı güder. Şimdiden kırmızı kitap madde 20.7 ve 20.8 söz konusu tartışma bir çözüm bulunmuştur. Söz konusu maddeler belirtilen istisna dışında BAB aşması zorunlu düzenlemiştir. Birincisi, madde 20.7 memnuniyetsizlik bildirimi yapılmayan DAB kararına uyulmaması halinde tahkime gelmesini düzenlenmiştir. Diğer taraftan, madde 20.8 uyarınca DAB'ın atanmasının veya başka bir şekilde varlığının sona ermesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlık tahkim gitmeye kabul etmiştir.

Diğer yüklenicinin makul bir sebep olmaksızın yükümleri yerine getirilmezse iş sahibine sözleşmeyi sona edebilir. Fakat FIDIC kuralları

⁹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1020.

makul sebep ne olduğu belirtmemektedir. Kanaatimiz makul sebep bir tanıma vermesine rağmen süre uzatmak için m. 8.4 belirtilen hallerde atıf yapmıştır. Söz konusu madde işaret eden hallerle yüklenicinin iş zamanında başlamaması veya zamanında tamamlamaması rağmen sorumluluğu olamayacağı da dâhil olmak üzere süre uzatım hakkına kazanabileceğini kabul etmiştir. Bu sebeple madde 8.4 halleri ve süre uzatım ile ilgili diğer maddeler makul sebep olduğu yanlış olmayacaktır. Ayrıca belirtelim ki, makul sebep teşkil eden haller 8.4'te açıkça sayılmışken, 15.2 (c)'de sayılmamış olmasının farklı bir nedeni de olabilir. Diğer taraftan makul sebep tanımlanmaması sözleşme uygulanacak hukuku bırakmak amacı olabilir. Bu durumda makul sebep değerlendirmesinden çıkabileceği bir uyuşmazlık ihtimamını azaltabilir.

Belirtelim ki, yüklenici makul sebepleri varlığına rağmen süre uzatım talep etmezse de dâhil olmak üzere işleri zamanında başlamazsa veya zamanında tamamlamazsa bu şekilde sırf makul sebebin bulunması iş sahibinin sözleşmeyi son erdirmeye hakkını elinden alındığı anlamına gelip gelmeyeceğini tartışma yol açacaktır. Kanaatimizce ilave süre için makul sebeplerin varlığına rağmen yüklenici süre uzatım talep etmezse dâhil olmak üzere işi başlayamazsa veya zamanında tamamlayamazsa iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kullanmaya sahip olacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumda yüklenicinin ilave süre alabilmek için yerine getirmesi gereken külfetleri yapmaması nedeniyle iş sahibinin sırf makul sebeplerin varlığı nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanamaması söz konusu olmamalı ve sözleşmeyi sona erdirebilmelidir.

İş sahibinin sözleşmeye sona erdirmeye hakkı bağlı olan şartlar yüklenici ihtarname göndermek içerisinde bulunmaktadır. Fakat kırmızı kitap sözleşmeye sona erdirmeye ilgili süre açık olmayan bir nokta bulunmaktadır. Çünkü FIDIC madde 15 sadece 14 günlük süre düzenlemiştir. Fakat söylemediği noktası söz konusu 14 günlük süre sona ermesiyle sözleşme kendiliğinden sona erecek veya iş sahibi başka bir ihtar göndermek gerekmemek veya gerekmemek belirtmemektedir. Kanaatimizce 14 günlük süre kesin olmayıp bu nedenle iş sahibi bu süre sonunda da sözleşmeyi feshetme hak kullanmak mümkün değildir. İş sahibi, yükleniciye yeniden süre vermek gerekmektedir. Kanaatimizce, iş sahibi yükleniciye 14 günlük süreyi verir ve bu süre içinde borca aykırılık giderilmez ise ve iş sahibi de sözleşmeyi feshetmek isterse ayrıca bir fesih bildiriminde bulunması daha uygundur.

KAYNAKÇA

- ACAR, Hakan**, FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri (KIRMIZI KİTAP 1999), Ankara
- ATAMER, Yeşim M./ SÜZEL, Ece Baş / GEISINGER, Elliot**: Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2015.
- AYDOS, O. Sadık**, FIDIC Çerçevesinde Anahtar Teslim Sözleşmesi, Ankara 2013.
- BAKER, Elis /MELLORS, Ben/CHALMERS, Scott/LAVERS, Anthony**: FIDIC Contracts: Law and Practice, London, 2009.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba**, Götürü Tazminat, Ankara 2015.
- BÜYÜKAY, Yusuf**, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- CHERN, Cyril**, Chern on Dispute Boards Practice and Procedure, Second Edition, 2011.
- DİRİCAN, Gökhan**, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı CEZAİ ŞART ve Yargı-tay Uygulaması, İstanbul 2007.
- EKİNCİ, Hüseyin**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Doktrine ve Uygula-ma, Ankara 2015.
- EKŞİ ÇELİK, F. Elif**, Milletlerarası Hukukta FIDIC Kuralları Çerçevesinde Müte-ahhidin Akdi Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 2012.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016.
- GÖKÇEOĞLU, Kâmil Haluk**, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007.
- GOULD, Nicholas**, An Introduction to FIDIC International Procurement And De-velopment Bank Procurement ICE Leaned Event, 26-27 April 2016, s.37 vd.
- GÜLSEVEN, Hilal**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul 2015.
- HÖK, Götz-Sebastian**, Uluslararası İnşaat Hukuku, FIDIC Red Book (kırmızı kitap) 1999 Ankara 2009, (İnşaat Hukuku).
- HÖK, Götz-Sebastian**, "Dispute Adjudication in Civil Law Countries- Phantom or Effective Dispute Resolution method?", (2011) ICLR, s. 423 vd.
- HÖK, Götz- Sebastian**, Egalement Le Maitre de L'ouvrage Doit Strictement Res-pecter le FIDIC Red Book(1999), (FIDIC Red Book (1999).
- JAEGER, Axel Volkmar / HÖK, Götz Sebastian**, FIDIC-A Guide for Practitioners, Springer Heidelberg, 2010.
- KARACA, Mehmet**, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müte-ahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Ankara 2009.
- KARAYALÇIN, Yaşar**, FIDIC Sözleşmeleri Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, İnşaat Sözleşmeleri- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Se-miner (Ankara,18-19 Mart 1996), 1996.
- KAPLAN, İbrahim**, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.

- KLEE, Lukas**, International Construction Contract Law, First Edition 2015.
- KOCAAĞA, Köksal**, İnşaat Sözleşmesinde İşin Zamanında Teslim Etmeye Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı yoksa Götürü Tazminatı mıdır? TTB. Dergisi, Sayı 74, 2009, s. 149 vd.
- KOCAAĞA, Köksal**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK.m.158-161), Ankara 2003, Cezai Şart).
- KÖKSAL, Tunay**, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2009 (Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri).
- KÖKSAL, Tunay**, FIDIC İnşaat İşleri Şartnamelerine Göre Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizmaları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1282>.
- KOLDAŞ, Buket**, FIDIC Kapsamında Uyuşmazlıkları Çözümü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2008.
- KURŞAT Zekeriya**, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- LE MONITEUR**, Les Préjudices en Matière de Batiment et de Construction, Inventaire -Evaluation- Vérification, www.Lemoniteur-expert.com, no 5276. 7 janvier 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul 2016.
- PAISANT, Gilles**, Les Conditions de Résolution Du Contrat en Droit Français, http://www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/com._gilles_paisant.pdf
- ROBINSON, Michael D.**, Contractor's Guide to The FIDIC Conditions of Contract, First Edition 2011.
- SEPPALA, Chistopher R.**, "The Arbitration Clause in FIDIC C Contracts for Major Works" ICLR. (2005).
- SÖZEN, Zeynep**, FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi, İstanbul 2015.
- ŞAHİN, Turan**, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih**, Eser sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.
- TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- TÜZEMEN ATİK**, Ebru, FIDIC Kırmızı Kitap (NEW REB BOOK) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_2_2.pdf
- YAKUPPUR, Sendi**, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eser Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Yararlanılan diğer kaynaklar

FIDIC (1999), Conditions of Contract for Construction (1st Edition) FIDIC Lausanne.

FIDIC 2010, Conditions of Contracts for construction MDB Harmonised, Ed.2010.

FIDIC; The FIDIC Contrat Guide, 2000.