

EDİTÖRLER

PROF. DR. DR. H.C.
YEŞİM M. ATAMER

*Zürich Üniversitesi
Hukuk Fakültesi*

DOÇ. DR.
ECE BAŞ SÜZEL

*İstanbul Bilgi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi*

ELLIOTT
GEISINGER

*Ortak Avukat,
Schellenberg Wittmer Ltd.,
İsviçre Tahkim Derneği Başkanı*

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE BEKLENMEYEN HAL KAVRAMI

İSTANBUL ULUSLARARASI
İNŞAAT HUKUKU KONFERANSLARI - IV

onikilevha
11000 11000001 01110 0100010101111

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	V
FOREWORD.....	IX
KATKIDA BULUNANLAR.....	XIII
CONTRIBUTORS	XIV
İÇİNDEKİLER.....	XV
AYRINTILI İÇİNDEKİLER.....	XIX
KISALTMALAR CETVELİ.....	XXXI

Birinci Bölüm UYGULAMADA BEKLENMEYEN HALLER

§ 1 Beklenmeyen Haller: Uygulamadan Vaka Çalışmaları	3
<i>Ümit Yamantürk / Elliott Geisinger</i>	

İkinci Bölüm
SÖZLEŞMELERDE RİSK YÖNETİMİ

- § 2 Risk Dağılımına İlişkin Bir Tipoloji: FIDIC Sözleşmeler Serisi Örneği** **17**
Micheal E. Schneider
- § 3 Teoride ve Uygulamada İş Sahibinin ve Yüklenicinin Due Diligence Ödevi** **51**
Wim van de Koot
- § 4 Toprağın Niteliklerine İlişkin Riskin Yönetimi: Bir Mühendislik Jeoloğunun Deneyimi** **69**
David T Shilston / Stephen J Coates

Üçüncü Bölüm
ULUSAL HUKUKLARDA BEKLENMEYEN HAL KAVRAMINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

- § 5 Kara Avrupası Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz** **91**
Başak Baysal
- § 6 Anglosakson Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz** **127**
Tariq A Baloch
- § 7 Ekonomik Sebeplere Dayanan Aşırı İfa Güçlüğü** **149**
Anya George

Dördüncü Bölüm
SÖZLEŞMENİN AYNEN UYGULANMASI MI,
UYARLANMASI MI?

- § 8 Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulları Nezdinde
Öngörülemezlik Kavramına Yaklaşımlar** 167
Yasemin Çetinel
- § 9 Hakem Heyetlerinde Beklenmeyen Hale İlişkin Uygulamalar** 177
Christoph Brunner
- § 10 Sektörün Eleştirel Bakış Açısı** 197
Alexander Schilling

Beşinci Bölüm
ORIGINAL VERSIONS OF THE ENGLISH
ARTICLES

- § 1 Unforeseen Circumstances: Case Studies Taken From
Practice** 209
Ümit Yamantürk / Elliott Geisinger
- § 2 A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC
Suite of Contracts** 221
Micheal E. Schneider
- § 3 The Owner's and Contractor's Due Diligence in Theory
and in Practice** 255
Wim van de Koot
- § 4 The Role of Engineering Geology in the Management of
Ground Risk** 271
David T Shilston/ Stephen J Coates

§ 5 The Unforeseen in National Laws: A Comparative Overview in Common Law Jurisdictions	291
<i>Tariq A Baloch</i>	
§ 6 Special Focus: Economic Hardship	309
<i>Anya George</i>	
§ 7 Approaches to the Unforeseen before Arbitral Tribunals	323
<i>Christoph Brunner</i>	
§ 8 A Critical View from the Industry	343
<i>Alexander Schilling</i>	

AYRINTILI İÇİNDEKİLER

Birinci Bölüm

UYGULAMADA BEKLENMEYEN HALLER

§ 1 Beklenmeyen Haller:

Uygulamadan Vaka Çalışmaları.....	3
I. Giriş.....	3
II. Beklenmeyen Fiziksel Riskler - Doğa Koşulları: Vaka Çalışması No. 1 – İnekler Tek Tek Ölüyordu.....	4
III. İnsan Kaynaklı Beklenmeyen Fiziksel Riskler: Vaka Çalışması No. 2 – İş sahibinin Eksik Girdi Verisi (Input Data).....	6
IV. Beklenmeyen HUKUKİ Riskler: Vaka Çalışması No. 3 – Yavaş İlerleyen Gümrük Süreçleri	7
V. Beklenmeyen SİYASİ Riskler: Vaka Çalışması No. 4 – Libya’da İş Yapmak	8
VI. Due Diligence Sorunları.....	9
A. Vaka Çalışması No. 2 (Tekrar Ele Alınmaktadır) – İş sahibinin Eksik Girdi Verisi (Input Data).....	9
B. Vaka Çalışması No. 1 (Tekrar Ele Alınmaktadır): İnekler Tek Tek Ölüyordu.....	10
VII. Her Şey Açık Gözüküyor Ama...: Vaka Çalışması No. 5- Ulaşılmaması Güç Ağaç Kesme İzinleri	12
VIII. Sonuç	13

İkinci Bölüm**SÖZLEŞMELERDE RİSK YÖNETİMİ**

§ 2 Risk Dağılımına İlişkin Bir Tipoloji: FIDIC Sözleşmeler Serisi Örneği	17
I. Giriş	17
II. FIDIC Standart Sözleşmeleri	18
III. FIDIC Standart Sözleşmelerinin Tarihi Gelişimi ve Çeşitliliği ..	18
IV. Risk Türleri.....	24
V. Sözleşmesel Risk Dağılımına İlişkin İstisnalar	28
VI. İstisna Şartlarının Tanımlanması	34
VII. İstisnanın Meydana Gelmesinin Sonuçları	42
VIII. Sonuç.....	49
§ 3 Teoride ve Uygulamada İş Sahibinin ve Yüklenicinin Due Diligence Ödevi.....	51
I. Giriş.....	51
II. Beklenmeyen Hal mi yoksa Öngörülemezlik mi?.....	51
III. Önemli Risk Alanları	52
A. Mevcut Verinin Kapsamı ve Doğruluğu	53
B. Tasarım Yükümlülükleri.....	53
C. Temel Zemini Şartları	54
IV. Uygulamada İş Sahibinin Due Diligence Ödevi.....	55
A. Önemli Risk Alanı: Erişilebilir Verinin Kapsamı ve Doğruluğu	56
B. Önemli Risk Alanı: Tasarım yükümlülükleri	56
C. Önemli Risk Alanı: Temel zemini şartları	58
V. Uygulamada Yüklenicinin Due Diligence Ödevi.....	58
A. Önemli Risk Alanı: Mevcut Verinin Kapsamı ve Doğruluğu	61
B. Önemli Risk Alanı: Tasarım Yükümlülükleri	62

C. Önemli Risk Alanı: Temel Zemini Şartları.....	64
VI. Teoride İş Sahibi ve Yüklenicinin Due Diligence Ödevi	64
A. Değerlendirme	65
B. Sağlanan Verilere ve Temel Zeminine İlişkin Şartlar	65
C. Tasarım Yükümlülükleri.....	66
D. İki Aşamalı Fiyat Denetimi.....	67
VII. Sonuç	67

§ 4 Toprağın Niteliklerine İlişkin Riskin Yönetimi: Bir Mühendislik Jeoloğunun Deneyimi.....69

Özet.....	69
I. Giriş.....	69
II. Riskin Kapsamı.....	70
III. Sağlık, Güvenlik ve Çevre Tehlikeleri İle Riskleri	71
IV. Teknik ve Ticari Tehlikeler ve Riskler	73
V. Jeoloji Mühendislerinin Risk Yönetimindeki Araçları.....	74
A. Jeoloji Mühendislerinin Modelleri.....	74
B. Tehlikelerin ve Risklerin Değerlendirilmesi ve Yönetimi.....	76
C. Jeoloji Mühendisi'nin Rehber ve Kuralları Kullanımı.....	78
D. İngiltere, Dorset, Lyme Regis'te Heyelan Stabilizasyon ve İyileştirme	80
VI. Sonuç	84
Kaynakça.....	85

Üçüncü Bölüm

ULUSAL HUKUKLARDA BEKLENMEYEN HAL KAVRAMINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

§ 5 Kara Avrupası Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz.....91

I. Giriş.....	91
---------------	----

II.	Kara Avrupası Hukuk Sistemlerinde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü Kavramlarının Karşılaştırmalı Kısa Analizi	93
III.	İnşaat Sözleşmelerinde Öngörülemez Durum Değişikliklerine İlişkin Hüküm Bulunması	97
A.	İnşaat Sözleşmelerinde Yer Alan Mücbir Sebep ve Uyarlama Hükümlerinin Farkı	97
B.	Olumlu ve Olumsuz Uyarlama Hükümleri	99
IV.	İnşaat Sözleşmelerinde Öngörülemez Durum Değişikliklerine İlişkin Hüküm Bulunmaması	101
A.	Genel Olarak	101
B.	Ortaya Çıkan Durum Değişikliğinin Mücbir Sebep Sayılması	102
C.	İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması	107
1.	Genel Olarak	107
2.	Kara Avrupası Sisteminde Yer Alan Kanun Hükümlerinde Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Öngörülen Şartların Karşılaştırmalı Analizi	108
a.	Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ortaya Çıkan Önceden Görülemez Esaslı Durum Değişikliği	108
b.	Risk Dağılımı Anlayışına Uygunluk Çerçevesinde İfanın Beklenemezliği	114
3.	Kara Avrupası Sisteminde Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Kanun Hükümlerinde Kabul Edilen Sonuçların Karşılaştırmalı Analizi	117
a.	Genel Olarak	117
b.	İnşaat Sözleşmesinin Taraflar Arasında Yeniden Müzakaresi	118
c.	İnşaat Sözleşmesinin Dar Anlamda Uyarlanması veya Sona Erdirilmesi	123
V.	Sonuç	124

§ 6 Anglosakson Hukuk Sistemlerine İlişkin Mukayeseli Bir Analiz.....127

I.	Giriş.....	127
II.	İngiliz Hukuku	128
	A. İşlem Temelinin Çökmesi (Doctrine of Frustration).....	128
	1. Fiili İmkânsızlık.....	130
	2. Ticari İmkânsızlık	131
	3. Sözleşmenin Amacının Ortadan Kalkması	132
	4. Hukuki Sonuçlar.....	134
	B. Sözleşmede Öngörülen Hukuki Sonuçlar: İngiliz Hukuku ve Dürüstlük Kuralı	135
III.	Amerikan Hukuku	138
IV.	Kapanış Öncesi Tespitler: COVID 19.....	144
	§ 7 Ekonomik Sebeplere Dayanan Aşırı İfa Güçlüğü	149
I.	Giriş.....	149
II.	Ekonomik Sebeplere Dayanan Aşırı İfa Güçlüğü'nün Şartları... 150	
	A. Borcun İfasının Aşırı Derecede Güçleşmiş Olması	151
	B. Öngörülemezlik	153
	C. Riskin Üstlenilmemiş Olması.....	154
	D. Değişen Koşulların İlgili Tarafın Hâkimiyeti Dışında Gelişmiş Olması	155
III.	Uygulamada Ekonomik Sebeplere Dayanan Aşırı İfa Güçlüğü 156	
	A. Borcun İfasının Aşırı Derecede Güçleşmiş Olması	156
	B. Öngörülemezlik.....	159
	C. Riskin Üstlenilmemiş Olması.....	161
IV.	Ekonomik Sebeplere Dayanan Aşırı İfa Güçlüğü'nü Düzenleyen Sözleşme Hükümleri	162
V.	Sonuç.....	163

Dördüncü Bölüm**SÖZLEŞMENİN AYNEN UYGULANMASI MI,
UYARLANMASI MI?**

§ 8 Uyuşmazlık Önleme ve Çözüm Kurulları Nezdinde Öngörülemezlik Kavramına Yaklaşımlar	167
I. Giriş	167
II. Uyuşmazlık Kurulları	168
A. Uyuşmazlık Kurulu Nedir?.....	168
B. Uyuşmazlık Kurulu Tipleri Nelerdir?	169
1. Uyuşmazlık İnceleme Kurulu (Dispute Review Board – DRB).....	169
2. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Board - DAB).....	169
3. Karma Uyuşmazlık Kurulu (Combined Dispute Board – CDB).....	170
C. Uyuşmazlık Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği Nedir?..	170
III. Örnek Olay İncelemesi.....	171
A. Örnek Olay 1.....	171
1. Proje ve Olay	171
2. Maddi Vakıa.....	172
B. Örnek Olay 2.....	173
1. Proje ve Olay	173
2. Maddi Vakıa.....	173
IV. Değerlendirmemiz	174
§ 9 Hakem Heyetlerinde Beklenmeyen Hale İlişkin Uygulamalar	177
I. Giriş.....	177
II. 8873 sayılı ICC Kararı (1997).....	180
A. Sözleşmede Belirlenen Cezai Şartların İndirilmesi Talebi..	180
B. İlave Masrafların İadesi Talebi.....	183

III.	ICDR Kararı (2018) – ENI USA Gas Marketing LLC v. Gulf LNG LLC.....	185
	A. Arka Plan.....	186
	B. Şartların Değişmesi (Amacın Ortadan Kalkması)	188
	C. Zarar Gören Tarafça Riskin Üstlenilmemesi (Öngörülebilirlik dahil olmak üzere)	191
	D. Esnek Hukuki Sonuçlar.....	194
IV.	Sonuç	195
§ 10 Sektörün Eleştirel Bakış Açısı		197
I.	Tarafların Sözleşmeyi Aynen Uygulaması veya Uyarlaması	198
II.	Beklenmeyen Hale İlişkin Sözleşmesel Mekanizmalar	200
III.	Bir Uygulamacı, Bir Hakemden ya da Bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Üyesinden Ne Bekler?	202
	A. Öngörülebilirlik	202
	B. Tarafların İradesi.....	203
IV.	Beklenmeyen Hal İfaya Engel Teşkil Etmelidir	204
V.	Sonuç	205

Beşinci Bölüm

ORIGINAL VERSIONS OF THE ENGLISH ARTICLES

§ 1 Unforeseen Circumstances: Case Studies Taken From Practice	209	
I.	Introduction.....	209
II.	Unforeseen Physical Risks – Natural Conditions: Case Study #1-The Cows are Dropping Dead.....	210
III.	Unforeseen Physical Risks – Man-Made Conditions: Case Study #2-The Incomplete Employer’s Input Data	212

IV. Unforeseen LEGAL Risks: Case Study #3-The Slow-Moving Customs Processes	213
V. Unforeseen POLITICAL Risks: Case Study #4-Doing Business in Libya	214
VI. Due Diligence Issues	215
A. Case Study #2 (Revisited)-The Incomplete Employer's Input Data	215
B. Case study #1 (revisited): The Cows are Dropping Dead	216
VII. Things Look Clear, But...: Case Study #5-The Elusive Tree-Cutting Permits	217
VIII. Closing Remarks	219
§ 2 A Typology of Risk Allocation – The Example of FIDIC Suite of Contracts.....	221
I. Introduction.....	221
II. The FIDIC Conditions of Contract.....	222
III. Types of Risk	228
IV. Exceptions to the Contractual Risk Allocation.....	232
V. Defining the Conditions for the Exceptions	238
VI. The Consequences of the Occurrence of an Exception	245
VII. Conclusion	252
§ 3 The Owner's and Contractor's Due Diligence in Theory and in Practice.....	255
I. Introduction	255
II. Unforeseen or Unforeseeable?.....	255
III. Key Risk Area's.....	256
A. Level and Quality of Available Information	256
B. Design Obligations.....	257
C. Subsoil Conditions.....	258
IV. The Owners Due Diligence in Practice	259

A.	Key Risk Area: Level and Quality of Available Information.....	259
B.	Key Risk Area: Design Obligations.....	260
C.	Key Risk Area: Subsoil Conditions.....	261
V.	The Contractors Due Diligence in Practice.....	261
A.	Key risk area: Level and Quality of Available Information .	263
B.	Key Risk Area: Design Responsibility	264
C.	Key Risk Area: Subsoil Conditions.....	266
VI.	The Owner and Contractors Due Diligence in Theory.....	267
A.	Analysis.....	267
B.	Information and Soil Conditions	268
C.	Design Obligations.....	268
D.	Two-phase Price Development.....	269
VII.	Concluding Remarks.....	270

§ 4 The Role of Engineering Geology in the Management of Ground Risk271

	Abstract.....	271
I.	Introduction.....	271
II.	The Context of Risk.....	272
III.	Health, Safety and Environmental Hazards and Risks	273
IV.	Technical and Commercial Hazards and Risks	275
V.	Tools of the Engineering Geologist in Managing Risk	277
A.	Engineering Geological Models	277
B.	The Assessment and Management of Hazards and Risks....	278
C.	Engineering Geologists' Use of Guidance and Regulations	281
D.	Landslide Stabilisation and Remediation at Lyme Regis, Dorset, UK.....	283
VI.	Concluding Remarks.....	287
	References.....	288

§ 5 The Unforeseen in National Laws: A Comparative Overview in Common Law Jurisdictions.....	291
I. Introduction.....	291
II. English Law	291
A. Doctrine of Frustration.....	292
1. Physical Impossibility.....	294
2. Commercial Impossibility.....	295
3. Frustration of Purpose Cases	295
4. Remedies	297
B. Fashioning a Remedy under the Contract: English Law and Good Faith	298
III. US Law	300
IV. Concluding Thoughts: COVID 19	305
§ 6 Special Focus: Economic Hardship.....	309
I. Introduction.....	309
II. Requirements for Economic Hardship Defence.....	310
A. Excessive Onerousness.....	311
B. Lack of Foreseeability.....	312
C. No Assumption of Risk.....	313
D. Circumstances Beyond Sphere of Control	314
III. Economic Hardship in Practice	315
A. Excessive Onerousness.....	315
B. Lack of Foreseeability.....	318
C. No Assumption of Risk.....	319
IV. Contractual Mechanisms to Address Economic Hardship.....	320
V. Conclusion	321
§ 7 Approaches to the Unforeseen before Arbitral Tribunals	323
I. Introduction.....	323
II. Award in ICC Case No. 8873 of 1997.....	326

A. Claim for Reduction of Contractual Penalties	326
B. Claim for Reimbursement of Extra Costs	328
III. ICDR Award of 2018 – ENI USA Gas Marketing LLC v. Gulf LNG LLC.....	331
A. Background	332
B. Change of circumstances (frustration of purpose)	333
C. No risk assumption by the aggrieved party (including foreseeability)	337
D. Flexible Legal Consequences	339
IV. Conclusion	340
§ 8 A Critical View from the Industry	343
I. Introduction	343
II. Application or Adaption of the Contract by the Parties.....	344
III. Contractual Mechanisms Regarding Hardship	346
A. Foreseeability	347
B. Party Autonomy.....	348
IV. Conclusion	350