

# ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK BAKIMINDAN FIDIC SÖZLEŞME ŞARTLARININ VE MÖHUK m. 24/4'TE BELİRLenen İSTİSNA KURALININ İNCELENMESİ

(Examination of the FIDIC Conditions of Contract and the Exception Rule in Art. 24/4 of the Private International Law Code in respect to the Applicable Law to the Substance of International Construction Contracts)

Yrd. Doç. Dr. H. Akif KARACA\*

## ÖZET

Uluslararası inşaat sözleşmeleri, teknik özelliklere sahip olan, yüksek meblağlı inşaat projelerinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan ve sözleşme taraflarının hak ve borçları da dikkate alındığında karmaşık nitelikli sözleşmelerdir. Bu nedenle, tarafların hukuk seçimi yapmaları öngörülebirlilik ve belirlilik açısından tarafların lehinedir. Taraflar, ayrıca, *Fidic* standart sözleşme şartlarını *incorporation* teorisi kapsamında sözleşmenin parçası haline getirebilirler. Bununla birlikte, milli mahkemelerde yapılacak yargılamalarda bu durum hukuk seçimi teşkil etmeyecektir. Milletlerarası tahkim yargılamasında ise bu standart sözleşme şartları hukuk kuralları olarak uygulanabilecektir. Tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır. Bununla birlikte, ifa yeri ülkesinin uluslararası inşaat projelerinde taşıdığı önem istisna kuralına dayanarak ifa yeri ülkesi hukukunun uygulanmasına neden olabilecektir. Bu makalede, öncelikle, inşaat sözleşmeleri maddi hukuk düzenlemesi bakımından ele alınmış, daha sonra ise uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun hukuk seçimi yolu ile veya objektif bağlama kuralı ya da istisna kuralının uygulanması yolu ile belirlenmesi incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** İnşaat sözleşmesi, uygulanacak hukuk, hukuk seçimi, fidic şartları, daha sıkı ilişkili hukuk

## Abstract

International construction contracts has some technical particularities and they are signed to realize construction projects with exorbitant sum of money. Moreover,

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

when the rights and obligations of the contracting parties are considered, these contracts are complex in nature. Therefore, choosing an applicable law to the contract is advantageous to the parties in terms of predictability and certainty. In addition to this, contracting parties can incorporate the Fidic standard contract conditions to the construction contract between them. However, this will not be regarded as a choice of law in national courts. In international arbitration, these contract conditions can be applied as rules of law. If the parties do not make a choice of law, according to the objective rule, applicable law of the contract will be the law of the country, where the constructor has its' place of business. However, the significance of the country of place of performance with regard to the international construction projects can result in the application of the law of the country of place of performance which is characteristic to the contract, according to the more closely connection criteria. In this article, firstly, construction contracts are studied from the point of substantive law. Then, determination of applicable law to international construction contracts through choice of law or based on objective rule or the more closely connection criteria is studied.

**Keywords:** Construction contract, applicable law, choice of law, fidic conditions, more closely connected law

## GİRİŞ

İnşaat sektöründe, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yapılan büyük inşaat projelerinde, yabancı ülke yüklenicilerinin teknolojik imkanları, *know-how* birikimleri, tecrübeleri ve bu projeler için gerekli finans temini iş sahibi ülkeler bakımından onları ön plana çıkarmaktadır. Öte yandan, Türk inşaat firmaları da yabancı ülkelerde büyük inşaat projeleri üstlenmektedir. Bu durum yabancılik unsuru içeren uluslararası inşaat sözleşmelerinin yapılmasını gerektirmektedir. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin birden çok hukuk sistemiyle bağlantılı olması nedeniyle bu sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi problemi ile karşılaşılmaktadır<sup>1</sup>.

Uluslararası inşaat projelerinin teknik boyutu ağır basan, kompleks nitelikli projeler olmaları ve uluslararası inşaat sözleşmelerinin birbirinden oldukça farklılık gösteren birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olmaları nedeniyle uluslararası uygulamada da yeknesaklığı sağlamak amacıyla bu projelerin özellikleri gözetilerek hazırlanmış olan *Fidic*<sup>2</sup> sözleşme şartları gibi çeşitli standart kurallar hazırlanmıştır<sup>3</sup>. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin önemli bir kısmı gelişmekte olan bir ülkenin hü-

<sup>1</sup> AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 1-2.

<sup>2</sup> Fidic (International Federation of Consulting Engineers): Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu

<sup>3</sup> HÖK, Götz Sebastian, Uluslararası İnşaat Hukuku Fidic Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Çev. Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet, 2009, s. 1-2; TÜZEMEN ATİK, Ebru, "Fidic (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, GÜHFD, C. 18, Y. 2014, S. 2, s. 54.

kümeti ya da hükümet birimi ile gelişmiş ülkelerde kurulmuş yüklenici firmalar veya bu firmaların oluşturduğu *joint-venturelar* arasında yapılmaktadır. Hastane, köprü, boruhattı inşaatından bir şehrin bütününe inşasına kadar konusu çeşitlilik gösterebilen bu projelerin finansmanı da önem arz etmektedir. Genellikle IBRD (International Bank for Reconstruction and Development), EIB (European Investment Bank) gibi uluslararası yatırım bankalarından kredi temin edilmekte ve bu finans kuruluşları sözleşmelerin belirli formda hazırlanmasını talep edebilmektedir<sup>4</sup>. Dünya Bankası ve bazı diğer çok taraflı yatırım bankalarının, belli büyüklükteki projeler için kredi şartı olarak, *Fidic* şartlarının uygulanmasını istemeleri de bu kurallara yaygınlık kazandırmaktadır<sup>5</sup>. Tarafların aralarındaki sözleşmede *Fidic* şartlarının uygulanacağını kararlaştırmaları hukuk seçimine engel değildir. Bu durum bizatihi *Fidic* şartlarında da düzenlenmiştir<sup>6</sup>.

Bu makalede, öncelikli olarak inşaat sözleşmeleri maddi hukuk düzenlemesi bakımından, Türk Borçlar Hukuku ve uygulamada en çok kullanılan, *Fidic* tarafından hazırlanmış “İnşaat İşleri için Sözleşme Şartları” isimli ve Kırmızı Kitap olarak da bilinen *Fidic* şartlarının karşılaştırmalı incelenmesi yoluyla, ele alınmıştır. Bu çerçevede, inşaat sözleşmesinin tarafları, hukuki unsur ve özellikleri açıklandıktan sonra sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin borçları incelenmiştir. Daha sonra ise yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu ve inşaat sözleşmesinin sona ermesi açıklanmıştır. Makalenin bundan sonraki bölümünde ise uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi kanunlar ihtilafı kuralları bakımından ele alınmıştır. Bu çerçevede, tarafların hukuk seçimi yapmaları yoluyla uygulanacak hukukun belirlenmesi, *Fidic* kurallarının seçiminin hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceği, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda uygulanacak hukukun tespiti ve istisna kuralının uygulanma şartları uluslararası inşaat sözleşmelerinin kendine has özellikleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

## I- İnşaat Sözleşmesi

### 1. Kavram, Tarafları ve Hukuki Unsurları

İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesinin en çok uygulama alanı bulan türlerinden birisidir<sup>7</sup>. Eser sözleşmesi ise TBK m. 470'de belirtildiği üzere “yüklenicinin bir eser

<sup>4</sup> MURRAY, Carol/HOLLOWAY, David/TIMSON-HUNT, Daren, Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 11th. ed., Sweet and Maxwell, 2007, s. 597-598.

<sup>5</sup> KÖKSAL, Tunay, “Uluslararası İnşaat Sözleşme Modeli Olarak Fidic İnşaat İşleri Sözleşme Şartları”, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2010/1, S. 20, s. 87; TÜZEMEN ATİK, s. 55.

<sup>6</sup> HÖK, s. 3

<sup>7</sup> EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 49; KAPLAN, İbrahim, “İnşaat

meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir.” İnşaat sözleşmesi de iş sahibinin ödeyeceği ücret karşılığında yüklenicinin inşa eseri<sup>8</sup> meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen, sözleşmedir<sup>9</sup>.

Sözleşmenin tarafları iş sahibi ve yüklenicidir. İş sahibi ödeyeceği ücret karşılığında inşa eserinin meydana getirilmesini yükleniciye tevdi eder. İş sahibi işin yönetimi için bir mühendisi ya da mimarı vekalet sözleşmesi ile görevlendirebilir. Yüklenici ise inşa eserini meydana getirmeyi borçlanmış kişidir<sup>10</sup>. Yüklenici de iş sahibi de gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Birden fazla yüklenicinin kendi aralarında adi ortaklık sözleşmesi yaparak konsorsiyum veya joint venture oluşturmaları ve iş sahibi ile inşaat sözleşmesi yapmaları mümkündür<sup>11</sup>. İş sahibi genellikle inşaat yapılacak arsanın sahibi olup, meydana getirilecek inşa eserinin kendisine teslim edileceği kişidir<sup>12</sup>. Bununla birlikte, arsa yükleniciye de ait olabilir<sup>13</sup>.

İnşaat sözleşmesinin unsurları bir inşa eserinin meydana getirilmesi, bunun karşılığında ücret ödenmesi ve tarafların anlaşmasıdır. İnşaa eseri, iş sahibinin meydana getirmeyi üstlendiği bir bütün oluşturan ve maddi varlığa sahip olan sonuçtur<sup>14</sup>. Meydana getirme ise yapma edimi olup, yeni bir inşaat yapmanın yanı sıra mevcut inşaatta değişiklik veya tamiri de kapsar<sup>15</sup>. Meydana getirilecek inşa eseri karşılığı ücret ödenmesi sözleşmenin bir diğer kurucu unsurudur<sup>16</sup>. İnşaa eserinin mutlaka ücret karşılığı meydana getirilmesi gerekir. Aksi durumda vekalet sözleşmesi veya kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibi isimsiz bir sözleşme yapılmış olur<sup>17</sup>. Sözleşmenin bir diğer unsuru ise tarafların asli edimleri olan meydana gelecek inşa eseri ve ödenecek

---

Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu”, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 119; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. bs., Ankara, Turhan, 2014, s. 456.

<sup>8</sup> İnşaa eseri (inşaat): “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan...trafi az çok kapalı, insan emeğiyle suni olarak yapılmış ve az çok toprağa bağlı bir şeydir.” bkz, EREN, Borçlar Kanunu Açısından..., s. 55.

<sup>9</sup> EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 49; KAPLAN, s. 119.

<sup>10</sup> YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 985-986.

<sup>11</sup> Ortakların aldıkları inşaat işinin hangi kısmının hangi yüklenici tarafından yapılacağı belliyse konsorsiyum; bütün yükleniciler elbirliği ile işi yapacaklarsa joint venture söz konusudur. Bkz., ÖZ, Turgut M., İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2012, 44-45.

<sup>12</sup> KAPLAN, s. 121.

<sup>13</sup> KAPLAN, s. 120.

<sup>14</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 454-456.

<sup>15</sup> EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 56; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 991; KAPLAN, s. 121; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 458.

<sup>16</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 460.

<sup>17</sup> ÖZ, s. 53; EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 56-57.

ücret konusunda anlaşmalarıdır<sup>18</sup>. Kural olarak şekle bağlı olmamakla birlikte uygulamada inşaat sözleşmeleri adi yazılı şekilde veya noter huzurunda resmi yazılı şekilde yapılmaktadır<sup>19</sup>.

İnşaat sözleşmesinin özellikleri, yüklenicinin eser meydana getirip teslim etme borcu karşısında iş sahibinin bedel ödemeyi taahhüt etmesi nedeniyle, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve ani edimli bir sözleşme olması olarak belirtilebilir<sup>20</sup>. Eser meydana getirme edimi ve ücret ödeme birbirinin karşılığı olan edimlerdir. Yüklenicinin eser meydana getirme karşılığı ücrete hak kazanması nedeniyle ivazlı bir sözleşmedir<sup>21</sup>. Bu sözleşme, yüklenicinin edimini teslimle yerine getirmesi nedeniyle ani edimli bir sözleşmedir. Sürekli borç doğuran bir sözleşme değildir<sup>22</sup>.

## 2. İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Borçları

### 2.1. Yüklenicinin Borçları

#### 2.1.1. Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu

TBK m.471.1'de belirtildiği üzere yüklenici, eseri meydana getirirken iş sahibinin menfaatlerini gözetmek ve edimini sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlüdür. İfa aşamasında sadakat ve özen borcu iç içe girmişken, ifadan önce ve sonra sadece sadakat borcu vardır. Sadakat borcu özen borcundan daha geniş olup, iş sahibinin yararına hareket etmeyi ve ona zarar verici her türlü fiilden kaçınmayı gerektirir<sup>23</sup>. Sadakat borcunun gereği olarak ifa sırasında iş sahibinin malvarlığı değerleri korunmalıdır. TBK m. 472 gereği malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde yüklenicinin malzemeyi özenli kullanmakla<sup>24</sup> veya iş sahibince sağlanan malzemenin veya arsanın inşa eserini meydana getirmeye elverişli olmaması ya da eserin meydana getirilmesi ve teslimini engelleyecek başka bir tehlikenin varlığı halinde yüklenicinin bunu iş

<sup>18</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 992.

<sup>19</sup> EREN, s. 57-58; KAPLAN, s. 123.

<sup>20</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 994; EREN, s. 51.

<sup>21</sup> EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 51; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 471.

<sup>22</sup> İnşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olmasına rağmen sürekli sözleşme görünümü vermektedir. Bunun sebebi uzun süreli inşaat sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesinin uzun süreye yayılmasıdır. Bununla birlikte, bu durum sözleşmenin ani edimli olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Bkz., EREN, Fikret, "İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları" İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 64; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 469-470.

<sup>23</sup> ÖZ, s. 121; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 487.

<sup>24</sup> Malzemeyi özenle kullanmak "onu cins ve niteliğine uygun bir biçimde koruyup muhafaza etmeyi, diğer yandan da bu malzemeyi üçüncü kişilerin olumsuz etkilerinden korumak için değer ve özelliğine uygun her türlü tedbiri almayı ifade eder." EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 70.

sahibine bildirmekle yükümlü olması da sadakat borcunun kapsamındadır. Aksi durumda, yüklenici iş sahibinin bundan doğan zararını karşılamakla yükümlüdür. TBK m. 476 ve 483.2'deki bildirim yükümlülükleri de sadakat borcunun görünümüdür<sup>25</sup>. Yüklenici, inşaat sözleşmelerinde sadakat borcunun gereği olarak işin ifası sırasında öğrendiği iş sahibine ait sırları, mesela iş sahibince inşaat için yükleniciye verilen planları korumak, başka işlerde kullanmamak yükümlülüğü altındadır<sup>26</sup>. Yüklenici, iş sahibini üçüncü kişilere karşı sorumlu hale getirecek her türlü fiilden kaçınmalıdır<sup>27</sup>. Eser, sözleşmede kararlaştırılan özelliklere sahip olarak teslim edilse bile sadakat borcuna aykırılık durumunda iş sahibi uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Eser tamamlanmadan bu borca aykırı hareket edilirse TBK m. 484, m. 473.2 veya m. 125'e dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir<sup>28</sup>.

Özen borcu ise yüklenicinin "inşaat işlerinde egemen olan anlayışa göre, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak ve kullanmak<sup>29</sup>" konusunda yükümlü olduğu dikkat ve çabadır. Bu borcun derecesi TBK m.471.2'de belirtildiği üzere "benzer işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış" olarak objektif bir biçimde belirlenmiştir<sup>30</sup>. Sadakat borcunun somutlaşmış hali olan bu özen borcu ifanın bütün aşamalarını kapsar<sup>31</sup>. Yüklenici, özen borcu gereği inşa eserinin meydana gelmesi için hukuki ve fiili engellerin bulunup bulunmadığını, plan ve projenin inşa eserinin amacına uygun olup olmadığını, malzemenin inşa eserinin sözleşmede belirtilen nitelikleri için yeterli olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür<sup>32</sup>. Yüklenicinin ekonomik durumunun ve uzmanlığının işi yapmaya yeterli olup olmadığını araştırması da özen yükümlülüğünün parçasıdır<sup>33</sup>. Yüklenici, alt yüklenicinin ve elemanların seçiminde, projenin genel yönetimiyle ilgili organizasyonun amaca uygunluğunu sağlamada özen göstermelidir<sup>34</sup>. Eserin meydana getirilmesinden teslimine kadar geçen sürede eserin korunması ve iş sahibinin eserin kullanımı hakkında aydınlatılması da özen

<sup>25</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1001-1002; Doktrinde bazı yazarlar bu durumları özen yükümlülüğünün parçası olarak nitelendiriyor. Bu durum ifa sırasında sadakat ve özen yükümlülüklerinin iç içe geçmesinden kaynaklanabilir. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 491-493.

<sup>26</sup> ÖZ, s. 121.

<sup>27</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 77; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1002.

<sup>28</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1002; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 487.

<sup>29</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 74.

<sup>30</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 1003.

<sup>31</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 488.

<sup>32</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 490.

<sup>33</sup> ÖZ, s. 120.

<sup>34</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 492-493.

borcunun kapsamındadır<sup>35</sup>. Özen borcuna aykırılık durumunda iş sahibi zarara uğramışsa TBK m. 112 kapsamında zararın giderilmesini isteyebilir .

*Fidic* şartlarında yüklenicinin sadakat yükümlülüğünden açıkça bahsedilmemekle birlikte, özen yükümlülüğü m. 17.2'de düzenlenmiştir. Yüklenici, işin başlangıcından geçici kabul belgesi (teslim alma sertifikası) düzenlenene kadar, ifa boyunca, işi özenle yapmak ve malzemeleri korumak yükümlülüğündedir. İş sahibine yüklenemeyecek nitelikteki özen yükümlülüğünün ihlalden doğan her türlü zarardan yüklenici sorumludur<sup>36</sup>. Teslimden sonra da m. 4.1.c'de düzenlendiği üzere eserin kullanılması için her türlü kılavuzu ve bilgiyi verme yükümlülüğü altındadır<sup>37</sup>.

### 2.1.2 Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu

TBK m. 471.3'de belirtildiği üzere “yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.” İnşaat sözleşmeleri gibi edimin şahsen ifasında iş sahibinin genellikle yararının bulunmadığı ve her kısmının şahsen ifasının mümkün olmadığı durumlarda iş sahibi kendi yönetimi altında yardımcı kişiler veya alt yükleniciler vasıtasıyla edimini ifa edebilir<sup>38</sup>. Yüklenici, işin özelliklerine göre kişisel yetenekleri önem taşımadıkça işin bir kısmının yapılmasını, iş sahibinin rızası bulunmak koşuluyla, kendi adı ve hesabına yaptığı sözleşme ile alt yükleniciye yaptırabilir<sup>39</sup>. Alt yüklenici, asıl yüklenicinin kendi adı ve hesabına yaptığı bir inşaat sözleşmesi ile borcun ifasını ona bıraktığı, kendi hesabına çalışan kişidir<sup>40</sup>. Alt yüklenici, bağımsız faaliyet gösteren bir ifa yardımcısı olup, asıl yüklenicinin gözetim ve denetimi olmaksızın kendi adına hareket eder<sup>41</sup>. Alt yüklenicilik sözleşmesi nispi ilkesi gereği yüklenici ve iş sahibi arasındaki asıl sözleşmeden bağımsızdır. İş sahibi alt yükleniciye, alt yüklenici de iş sahibine doğrudan talep ileri süremez<sup>42</sup>. Alt yüklenicinin kusuruyla sebep olduğu zararlardan yüklenici sorumludur. Bununla birlikte, alt yüklenici iş sahibince seçilmiş ve yüklenicinin işe uygun olmadığı bildirimine rağmen iş sahibi ısrar etmişse asıl yüklenici alt yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışlarından sorumlu olmaz<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 77; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 494.

<sup>36</sup> Madde metni için bkz. HÖK, s. 70.

<sup>37</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 65.

<sup>38</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 499.

<sup>39</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1008; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 502.

<sup>40</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 64-65; , YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1010.

<sup>41</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 65; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 502.

<sup>42</sup> ÖZ, s. 47; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 501.

<sup>43</sup> ÖZ, s. 126; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 492-493.

*Fidic* şartları uyarınca da esas olan yüklenicinin işi bizzat yapmasıdır. Bununla birlikte, uygulamada da sıklıkla görüldüğü üzere işin bir kısmını, mühendisin de onayını alarak, alt yüklenicilere yaptırabilir. İşin tamamını yaptırmak m. 4.4 uyarınca yasaklanmıştır.<sup>44</sup> Yüklenici, m. 4.4 gereği alt yüklenicinin ve çalışanlarının eylemlerinden sorumlu olacaktır. Bu konuda onaylanmış alt yüklenici veya atanmış alt yüklenici<sup>45</sup> için bir ayırım yapılmamıştır. Oysa, atanmış alt yüklenici için esas yüklenici gerekli denetimi yaptıysa iş sahibi sorumlu olmalıdır<sup>46</sup>.

### 2.1.3. Yüklenicinin Araç Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

Yüklenicinin bir diğer borcu, TBK m. 471.4'de belirtildiği üzere aksine adet ve anlaşma yoksa araç gereç ve malzemeyi<sup>47</sup> sağlamaktır. TBK m. 472.1'deki ifadeden malzemenin kural olarak iş sahibi tarafından sağlanacağı anlaşılrsa da eser sözleşmelerinin ve özellikle inşaat sözleşmelerinin yapısı bugün buna elverişli değildir. Teknik bilgisi olmayan iş sahibinin ne tür malzeme sağlanacağını bilmesi de mümkün değildir<sup>48</sup>. Uygulamada da malzeme genellikle yüklenici tarafından sağlanmaktadır<sup>49</sup>.

Malzemenin inşa eserinin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli, sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre gerekli nitelikleri taşıması, ayıplı olmaması gerekir<sup>50</sup>. Aksi durumda, satıcının sorumluluğuna yapılan m. 472.1'deki kural gereği, ayıba karşı tekeffül kuralları değil, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>51</sup>. İnşa eserinin üzerinde yapılacak arsa yükleniciye aitse bu malzeme değildir. İnşaat sözleşmesi ile birlikte taşınmaz satışı vardır. Arsanın ayıpları için taşınmaz satışına ilişkin kurallar uygulanacaktır<sup>52</sup>. *Fidic* şartları m. 7'de kullanılacak araç gereç ve malzemenin sözleşmeye uygun olması düzenlenmektedir. *Fidic* şartları uyarınca yapılacak testlerin sonucu, mühendis, ayıplı veya sözleşmeye uygun olmadığını belirterek ilgili malzeme ve araç gerecin kullanılmasını

<sup>44</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 61-63.

<sup>45</sup> Atanmış alt yüklenici asıl yüklenici tarafından seçilmeyip mühendis ya da işsahibi tarafından seçilen alt yüklenicidir. Onaylanmış alt yüklenici ise asıl yüklenici tarafından seçilip mühendis veya işsahibince onaylanan yüklenicidir. Bkz. TÜZEMEN ATİK, s. 62.

<sup>46</sup> TÜREGÜN, Necip, "Fidic Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 270; TÜZEMEN ATİK, s. 63.

<sup>47</sup> Araç gereç eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve inşa eserine dahil olmayan iş makineleri, iskele vb. şeylerdir. Malzeme ise eserin kendisinden üretildiği tuğla, kum, çimento gibi esere dahil olan hammadde niteliğindeki şeylerdir. Bkz. EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 68.

<sup>48</sup> ÖZ, s. 122-123; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1016-1017.

<sup>49</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 504.

<sup>50</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 69-70; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 505.

<sup>51</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1016; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 505.

<sup>52</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1015.



yükleniciye yapacağı bildirimle reddedebilir. Yüklenici buna rağmen bu eksiklikleri gidermezse *Fidic* kuralları m. 15 uyarınca sözleşme feshedilebilir<sup>53</sup>.

#### 2.1.4. Yüklenicinin Genel Bildirim Yükümlülüğü

Yüklenici, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek grev, lokavt vb. önemli ve olumsuz durumların varlığı veya var olma ihtimali durumunda ya da sağlanan malzeme veya arsanın ayıplı olması halinde bunları iş sahibinin zarar görmemesi için ona bildirmekle ve konu hakkında onu aydınlatmakla yükümlüdür. TBK m. 472.3'de belirtilen bu bildirim yükümlülüğü esasen sadakat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır<sup>54</sup>. Alt yüklenici veya ifa yardımcılarının bildiği ya da bilmesi gereken durumlar da yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün kapsamındadır<sup>55</sup>. Bildirim yükümlülüğünün bir diğeri de m. 482.1'de yer alan eseri meydana getirmenin masrafının yaklaşık bedeli fazlasıyla aşacak olması durumunda yüklenicinin bunu iş sahibine bildirmekle yükümlü olmasıdır. Bildirimin hemen yapılmaması ya da hiç yapılmaması durumunda yüklenici TBK m. 112 ya da ilgili maddelerde belirtilen hükümlere göre sorumlu olur<sup>56</sup>.

#### 2.1.5. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

TBK m. 473.1'den anlaşıldığı üzere yüklenicinin işe zamanında başlaması ve sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmemesi gerekir. Buna aykırı olarak ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenle meydana gelen bir gecikme yüzünden işin kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceği açıkça anlaşılırsa iş sahibi teslim gününü beklemeden sözleşmeden dönebilir. Bu durumda teslimde temerrüt değil, meydana getirmede temerrüt vardır<sup>57</sup>. İş sahibi, bütün tahminlere rağmen işin zamanında bitmeyeceği anlaşılmadıkça, yükleniciye gecikmeden ifa için ihtarda bulunmalı ve süre vermelidir. Verilen süre faydasız olmuşsa iş sahibi dilerse m. 473.1'e göre sözleşmeden döner, dilerse de TBK m. 125'deki diğer hakları kullanabilir<sup>58</sup>. Teslim için sözleşmede süre kararlaştırılmamışsa veya işin özelliği gereği süre anlaşılamıyorsa, TBK m. 90 gereği sözleşme yapılır yapılmaz işe başlanmalıdır. İş benzer işlerdeki tempoyla yürütülmelidir<sup>59</sup>. *Fidic* şartları m. 8 uyarınca iş sahibine, yüklenicinin işe zamanında başlamaması, tamamlamaması veya ifada gecikme hallerinde, sözleşmenin feshi imkanı tanınmıştır. Ayrıca, mühendis, işin ilerleme hızını kontrol edip, gerekli görürse

<sup>53</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 59.

<sup>54</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1017; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 506-507.

<sup>55</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1017-1018.

<sup>56</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 508.

<sup>57</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 510.

<sup>58</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1019-1020.

<sup>59</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; , YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1019.

müdahale edebilir. Zamanında bitirilme ve kontrol için iş belli bir programı takiben yapılı ve gecikme durumunda cezai şart ödenir<sup>60</sup>.

### 2.1.6. Yüklenicinin İnşa Eserini Teslim Etme Borcu

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temel borcu inşa eserini sözleşmedeki şartlara uygun bir şekilde meydana getirip teslim etmektir<sup>61</sup>. Teslim borcu TBK'da açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, teslimden bahseden TBK m. 473.1, m. 474.1 ve m. 475 gibi maddelerden örtülü olarak borç kabul edildiği anlaşılmaktadır<sup>62</sup>. Yüklenicinin temel borçlarını düzenleyen *Fidic* m. 4.1'e göre "yüklenici işleri (sözleşmede belirlenen kapsamda) sözleşme ile mühendisin talimatlarına uygun olarak planlamalı, yerine getirmeli ve tamamlamalı ve aynı şekilde işlerde doğacak tüm kusurları bertaraf etmelidir." Bu düzenlemeden yüklenicinin inşa eseri meydana getirmek ve teslim etmek üzere iki asli borcu bulunduğu anlaşılmaktadır<sup>63</sup>.

Teslim, tamamlanmış olan inşa eserinin iş sahibine sunulması yoluyla onun fiili egemenlik alanına geçirilerek, iş sahibinin doğrudan doğruya zilyed haline getirilmesidir<sup>64</sup>. Tamamlanmış eser, sözleşmedeki şartlara uygun olarak meydana getirilmiş eserdir. İş sahibi, eserin kendisine sunulmasına olumlu yanıt vermezse temerrüde düşer<sup>65</sup>. İnşaat iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa eserin yapıldığının bildirilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur. Kesin kabul tutanağının düzenlenmesi kural olarak teslimin yapıldığını gösterir. Çünkü, inşaatın arsanın bütünüyle parçası olması nedeniyle mülkiyet zaten geçmiştir<sup>66</sup>. Bununla birlikte, arsanın yüklenici tarafından sağlanması durumunda teslim için inşa eserinin iş sahibi adına tescili gerekir<sup>67</sup>.

*Fidic* şartlarında da teslim için eserin sözleşmeye uygun olarak, esas itibariyle tamamlanmış olması gerekir. Esas itibariyle tamamlanma iş sahibinin kullanmasına ve yararlanmasına uygun olarak inşa eserinin bitirilmesidir<sup>68</sup>. Teslim m. 10.1'de düzenlenmiştir. Yüklenici işin tamamlandığını mühendise bildirir. Mühendis veya oluş-

<sup>60</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 60-61.

<sup>61</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 63; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 475.

<sup>62</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1020.

<sup>63</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 57.

<sup>64</sup> EREN, İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları", s. 72; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 478.

<sup>65</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1021.

<sup>66</sup> ÖZ, s. 145.

<sup>67</sup> "Yapının yüklenicinin arsasında yapılmasının ve sonra bu arsanın...mülkiyetinin devri ile birlikte tesliminin kararlaştırıldığı sözleşmeler, aslında yalın bir inşaat sözleşmesi değil, bir inşaat taşınmaz satımı karması bir bileşik sözleşme oluşturur. Burada sadece inşaatın bitirilmesi yüklenicinin ediminin ifasını oluşturmaz, ayrıca o taşınmazın...mülkiyeti de tapuda iş sahibi/alıcıya devredilmelidir." Bkz. ÖZ, 145; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 479-480.

<sup>68</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 65.

turacağı heyet tarafından yapılan tamamlama testleri neticesi eksiklikler ve kusurlar varsa yükleniciden giderilmesi istenir. Bu sürecin sonunda geçici kabul belgesi verilir. Geçici kabul belgesinin verilmesi *Fidic* şartları uygulanan sözleşmeler bakımından teslim tarihidir. Bundan sonra kesin kabul süreci başlar<sup>69</sup>. *Fidic* şartlarında teslimle ilgili belirlenen sürelerin uzatılması ya tarafların anlaşması ya da yüklenicinin talebi üzerine m. 8.4'de<sup>70</sup> belirtilen nedenlerle veya diğer *Fidic* şartları ile atıfta bulunulan nedenlerin varlığı halinde mümkündür<sup>71</sup>.

İfa zamanı, çok nadir rastlanmakla beraber sözleşmede kararlaştırılmamışsa, TBK m. 90 gereği tarafların varsayılan iradeleri ve işin niteliğine göre “deneyimli uzmanın zamanında başladığı işi makul araç gereç ve işgücü kullanarak” ne kadar sürede tamamlayacağı esas alınarak belirlenir<sup>72</sup>. İnşaa eserinin sözleşmede belirtilen tarihten sonra ya da önce teslim edilmesi ihtimali için taraflar sözleşme ile gecikme tazminatı veya pirim kararlaştırabilir<sup>73</sup> Zamanı geldiği halde eseri tamamlayıp teslim etmeyen yüklenici temerrüde düşer. Bu durumda temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır<sup>74</sup>.

*Fidic* şartları m. 8.7'de yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde her bir gün için gecikme tazminatının ödenmesi öngörülmüştür. İş sahibi, ayrıca, sözleşmenin feshini düzenleyen m. 15'e göre sözleşmeyi sona erdirebilir. İş sahibince sözleşmenin sona erdirilmesi halinde m. 12'ye göre yüklenici o ana kadar yaptığı işlerin bedelini talep etme hakkına sahiptir. Temerrüd halinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin *Fidic* düzenlemelerinden sözleşmeden dönmenin değil feshin tercih edildiği anlaşılmaktadır<sup>75</sup>. *Fidic* şartlarında erken teslim durumunda iş sahibi tarafından pirim ödenmesine rastlanmasa da taraflar bunu sözleşmeyle kararlaştırabilirler<sup>76</sup>. Teslim alma ile beraber *Fidic* şartları m. 17.2 uyarınca hasar işverene geçer ve m. 11.1 uyarınca ayıbı bildirim süresi başlar. Yüklenici, işin başlamasından geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar olan hasarları üstlenmektedir. Bu belgenin düzenlenmesinden itibaren hasar iş sahibine geçer<sup>77</sup>. Eserin yok olması halinde sözleşmenin sona ermesini düzenleyen TBK m. 483.1 düzenlemesinden de hasarın teslim ile geçtiği anlaşılmaktadır.

<sup>69</sup> Madde metni için bkz., HÖK, s. 71-72; TÜZEMEN ATİK, s. 66-67.

<sup>70</sup> Bu nedenler “projede bulunmadığı halde yapılan fazladan ve ek işler, beklenmeyen istisnai nitelikteki olumsuz iklim koşulları, işsahibinden kaynaklanan gecikmeler ve engeller, yüklenicinin kusuru ve sözleşmeye aykırı davranışı olmaksızın ortaya çıkan özel durumlar olarak belirtilmiştir.” Bkz. TÜZEMEN ATİK, s. 67-68.

<sup>71</sup> Uyulması gerekli süreler ve prosedür için bkz., m. 20.1.b, TÜZEMEN ATİK, s. 68 dn. 48.

<sup>72</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 482.

<sup>73</sup> ÖZ, s. 156; EREN, İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları, s. 73.

<sup>74</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 483.

<sup>75</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 70-71.

<sup>76</sup> KÖKSAL, s. 101.

<sup>77</sup> HÖK, s. 76-77.

## 2.2. İş Sahibinin Borçları

### 2.2.1. İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin başlıca borcu yüklenicinin meydana getireceği inşa eserinin karşılığında para borcunu ödemektir<sup>78</sup>. Ücretin miktarı sözleşmede götürü bedel veya yaklaşık tahmini bedel olarak belirlenebileceği gibi sözleşmede belirlenmemiş de olabilir<sup>79</sup>. Götürü bedel, bedelin önceden, sözleşmede kesin olarak belirlenmesidir. Eserin bütünü için baştan toptan kararlaştırılan bir rakam olabileceği gibi birim fiyat olarak da belirlenebilir<sup>80</sup>. Bedelin birim fiyat esasına göre götürü olarak belirlenmesi durumunda kaç birim kullanılacağıın eserin tamamlanmasından sonra ortaya çıkması nedeniyle bu alt türün götürü özelliği zayıftır<sup>81</sup>. Götürü bedel sisteminde bedelin önceden bilinmesi iş sahibi tarafından kesinlik arz etmekte ve finans kuruluşları tarafından da tercih edilmesine yol açmaktadır<sup>82</sup>.

TBK m. 480'de eserin öngörülenden fazla ya da az masrafı gerektirmesi halinde dahi yüklenicinin götürü bedelin artırılmasını ya da azaltılmasını isteyemeyeceği belirtilmiştir. Ahde vefa prensibinin istisnası ise aynı maddede düzenlenen başlangıçta öngörülemeyen olağanüstü durumlar neticesi, belirlenen götürü bedelle sözleşmenin ifasının mümkün olmaması ya da aşırı güçleşmesidir. Bu durumda, yüklenici, hakimden sözleşmenin uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmazsa veya karşı taraftan beklenemeyecekse sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Yüklenici, dürüstlük kuralının gerektirmesi halinde, dönme hakkı yerine fesih hakkını kullanabilir<sup>83</sup>. Uyarlama, ücretin artırılması yerine sürenin uzatılması ya da edimin kapsamının daraltılması şeklinde de olabilir<sup>84</sup>. TBK m. 480.2'deki değişen şartlara uyarlama hükmü emredici olmadığı için taraflar bunun uygulanmamasını kararlaştırabilir<sup>85</sup>. Uzun dönemli inşaat sözleşmelerinde fiyatın sabit tutulması taraflar arasındaki menfaat dengesini bozabilecektir. Bu nedenle, özellikle *Fidic* şartlarını esas alan sözleşmelerde ayrıntılı mekanizmalara yer verilmiştir. Öngörülebilir fiyat değişimleri için endeks sepeti bazlı fiyat değişimleri esas alınabilir. Öngörülemeyen değişimler içinse sözleşmeye hardship hükümleri konulmalıdır<sup>86</sup>.

<sup>78</sup> KAPLAN, s. 125.

<sup>79</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1042.

<sup>80</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1042.

<sup>81</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532.

<sup>82</sup> MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 615.

<sup>83</sup> ÖZ, s. 64.

<sup>84</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542-543.

<sup>85</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1046; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 540.

<sup>86</sup> KÖKSAL, s. 97.

Yaklaşık bedel ise sözleşmede belirli bir fiyat aralığında belirlenir<sup>87</sup>. İş bittikten sonra yapılacak keşifle m. 481'de belirtildiği üzere eserin değeri ve yüklenicinin giderine<sup>88</sup> göre iş sahibince ödenecek ücret belirlenir.<sup>89</sup> Bununla birlikte, bu ücret sözleşmede belirtilen fiyat aralığından fazla ya da az olamaz<sup>90</sup>. Sözleşmede ücretin belirlenmemesi durumunda da yaklaşık ve tahmini bedelin hesaplanmasına ilişkin m. 481'deki esaslar uygulanacaktır<sup>91</sup>. Bu durumda, yapılan giderler iş sahibinin umduğundan aşırı fazla olsa dahi iş sahibi bu bedeli ödemekle yükümlüdür<sup>92</sup>.

Bedelin ifa zamanı kural olarak TBK m. 479.1'de belirtildiği üzere teslim anıdır. Ancak, 2. fıkrada belirtildiği üzere eser kısım kısım teslim edilecekse her kısmın tesliminde bedel muaccel olur. Bununla birlikte, büyük inşaat projelerinde bedel, genellikle teslimden önce birer aylık dönemler için iş ve masrafın değeri göz önüne alınarak düzenlenen, geçici hakediş belgeleri neticesi ödenir. Bu halde eser parça parça teslim edilmemektedir<sup>93</sup>. İfa yeri ise sözleşme veya tarafların iradelerinden anlaşılıyorsa TBK m. 89 uyarınca alacaklı olan yüklenicinin yerleşim yeridir.

*Fidic* şartları m. 12.3'te temel olarak birim fiyat esasını kabul edilmiştir. Birim fiyatın belirlenmesi m. 3.5'te yer alan tarafların uzlaşmasını sağlama mekanizmasını uygulamak suretiyle mühendisin görevlerindedir<sup>94</sup>. *Fidic* şartları m.12.1-2'de ücretin belirlenmesi usulü ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Yüklenicinin temsilcisinin bu sürece katılımı ve mühendis ile uzlaşması gerekmektedir<sup>95</sup>. *Fidic* şartları m.14 ayrıntılı ve sürelerle tabi bir ödeme sistemi düzenlemiştir. Buna göre m. 14.7'de belirtildiği üzere iş sahibi, kabul mektubunun düzenlenmesinden sonra m. 14.2'de ayrıntılı olarak düzenlenen avansın ilk taksitini, yükleniciden m. 14.3'te belirtilen her ayın sonunda düzenlenecek olan ve mühendis tarafından kontrol edilecek olan hakediş raporu alındıktan sonra m. 14.6 uyarınca düzenlenen ara ödeme sertifikasında belirlenmiş meblağı, m. 14.10-11'de düzenlendiği şekilde geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra ise yüklenicinin nihai hakediş raporunda belirlenmiş meblağı ödemekle yükümlüdür.

<sup>87</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 543.

<sup>88</sup> Eserin değeri iş karşılığı yüklenicinin elde edeceği kara mesleki kurumların tarifelerine, resmi birim fiyatlarına göre hesaplanacak giderlerin ilavesi sonucu hesaplanır. Yüklenicinin giderleri ise yüklenicinin eseri meydana getirirken fiilen yaptığı giderlere göre hesaplanır. ÖZ, s. 55; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1043.

<sup>89</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1043.

<sup>90</sup> ZEVKİLELER/GÖKYAYLA, s. 545.

<sup>91</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 550.

<sup>92</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1042.

<sup>93</sup> ÖZ, s. 95-97; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552.

<sup>94</sup> Madde metni için bkz., HÖK, s. 48-49.

<sup>95</sup> Madde metni için bkz., HÖK, s. 50-51.

*Fidic* şartları m. 14.1.b uyarınca, iş sahibi, m. 13.7'de belirtilen kanun değişikliğinden kaynaklanan uyarlamalar dışında tüm vergi, ücret ve harcamalara katlanmalıdır. Hukuki düzenleme değişikliklerinden kaynaklanmak şartıyla, yükleniciyi edimini ifa etmesi esnasında etkileyen masraflardaki artış veya azalış nedeniyle sözleşme bedeli uyarlanmalıdır. Bu değişiklikler neticesi bir gecikme veya masraf artışı olursa yüklenici m. 8.4 uyarınca sürenin uzatılmasını ve bedele eklenecek bu masrafların tazminini talep edebilir. Kanun değişikliğinden kaynaklı uyarlamalara ilaveten, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, m. 14.1.a uyarınca ücret sözleşmede yer alan hükümlerle uyumlu şekilde uyarlanabilir<sup>96</sup>. Tarafların ücret ve diğer masrafların uyarlanmasını kararlaştırmaları halinde m. 13.8'de yer alan masraf değişikliğinden kaynaklanan uyarlamalar hükmü uygulanır. Bu hükmün uygulanması için sözleşme ekinde "uyarlama verileri tabelası" (endeks) bulunması gerekir<sup>97</sup>. İnşaat projelerinin uzun süreli ve kompleks işler olması nedeniyle, *Fidic* şartları m. 13.1'de düzenlendiği üzere, işin ifası sırasında mühendis değişiklik yapılmasını isteyebilir<sup>98</sup>. Değişiklik talimatı iş ünitelerinin miktarı, kalitesi ve diğer özellikleri hakkında olabilir. Madde metninde bu değişiklikler için özel bir fiyat uyarlama sistemi öngörülmemesi nedeniyle, genel hüküm olan m. 12.3 uyarınca, öngörülmeyen ve fiyat biçilmemiş işler için mühendis yeni fiyat belirlemelidir<sup>99</sup>.

### 3. Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu

Yüklenici, eseri sözleşmede belirtilen niteliklere göre meydana getirip teslim etmek durumundadır. Aksi durumda, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar<sup>100</sup>. Bu sorumluluk için TBK m. 474.1'den anlaşıldığı üzere eser teslim edilmiş olmalı ve ayıplı olmalıdır. Ayıplı eser, tarafların sözleşmede üzerinde anlaştıkları özellikleri taşımayan veya dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişli olmayan eserdir<sup>101</sup>. Sözleşme ve dürüstlük kuralına göre inşa eserinde olması gereken niteliklerle eserde fiilen mevcut olan nitelikler arasındaki fark ayıptır<sup>102</sup>. Ayıp fiili veya hukuki, açık veya gizli, asli veya tali olabilir<sup>103</sup>.

TBK m. 476'da belirtildiği üzere ayıp iş sahibine yükletilemeyecek nitelikte olmalıdır. Ayıp, iş sahibinin verdiği talimattan veya iş sahibince sağlanan malzeme, arsa, plan proje veya onun tavsiye ettiği alt yükleniciden kaynaklarsa, yüklenici

<sup>96</sup> HÖK, s. 52-53.

<sup>97</sup> Formülleri de içeren madde metni için bkz., HÖK, s. 54-56.

<sup>98</sup> HÖK, s. 56.

<sup>99</sup> HÖK, s. 57-58.

<sup>100</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1024.

<sup>101</sup> ÖZ, s. 190; Yavuz/ACAR/ÖZEN, s. 1025-1026.

<sup>102</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 79.

<sup>103</sup> ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 514.

m. 476'daki bildirim yaparak sorumluluktan kurtulabilir<sup>104</sup>. Sorumluluktan kurtulmak için, bildirimle rağmen, iş sahibinin verdiği talimat, sağladığı malzeme ya da arsada ısrarcı olması gerekir<sup>105</sup>. Ayrıca, TBK m. 477.1'de belirtildiği üzere eser kabul edilmiş olmamalıdır. TBK m. 477.2'de belirtildiği üzere gözden geçirme ve bildirim zamanında yapılmazsa eser kabul edilmiş olur ve yüklenici sorumluluktan kurtulur. Kabulün sorumluluğu ortadan kaldırması ancak teslim sırasında açıkça göze çarpan, gizli olmayan nitelikteki ayıplardandır. Yüklenici tarafından gizlenen veya gözden geçirme aşamasında fark edilemeyecek nitelikteki ayıptan sorumluluk devam eder. TBK m. 477.3 gereği ayıbın sonradan ortaya çıkması durumunda iş sahibi bu durumu gecikmeksizin bildirmelidir. Aksi halde yüklenici sorumluluktan kurtulur<sup>106</sup>. Ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu için kusur şart değildir. Burada sebebe bağlı sorumluluk vardır<sup>107</sup>.

İnşaat sözleşmeleri için önemli olan bir husus, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun sonucunu düzenleyen m. 475'in son fıkrasında belirtildiği üzere iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşa eserinin sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, iş sahibi m. 475.1'de yer alan sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Bunun yerine maddenin 2. veya 3. fıkralarında yer alan haklardan birini kullanacaktır. Bunlardan ilki, eseri alıkoymak ve ayıp oranında bedelden indirim istemektir. İndirim, ayıpsız olması gereken eser ile ayıplı eserin objektif piyasa değeri arasındaki, teslim anındaki, farka göre hesaplanır<sup>108</sup>. İkincisi ise aşırı masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını istemektir. Aşırı masrafın tespitinde yüklenici ve iş sahibi arasındaki menfaat dengesi esas alınır<sup>109</sup>. Ayıbın giderilmesinin yapma borcu olması nedeniyle, TBK m.113'e göre zorla ifaya ilişkin dava açılabilir gibi borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere de başvurulabilir<sup>110</sup>. İş sahibi, bu hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zararının<sup>111</sup> tazminini de yüklenicinin kusurlu olması şartıyla TBK m. 112 uyarınca isteyebilir<sup>112</sup>.

*Fidic* şartları m. 11.1-2 uyarınca da yükleniciye atfedilebilecek bir sebeple sözleşmede belirtilen özellikleri taşımayan bir eserin teslimi durumunda, mühendis

<sup>104</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1031.

<sup>105</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 80.

<sup>106</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 518; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1032.

<sup>107</sup> EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 83.

<sup>108</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 521-522; ÖZ, s. 205.

<sup>109</sup> ÖZ, s. 207.

<sup>110</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1040.

<sup>111</sup> Buradaki zarar genellikle doğrudan ayıptan kaynaklanan zarar yerine ayıplı olmanın dolaylı yol açtığı, çatının kusurlu inşa edilmesi sonucunda ev eşyalarının zarar görmesi gibi, zararlardır. Çünkü, doğrudan ayıptan kaynaklanan zararlar m. 475'deki hakların kullanılması yoluyla giderilebilirler. Bkz, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 523.

<sup>112</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1040-1041.

yapacağı inceleme sonucunda kesin kabul belgesi vermek yerine ayıbın giderilmesi için yükleniciye başvurabilir<sup>113</sup>. *Fidic* şartlarında yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumlu olacağı süre kesin olarak belirlenmemiştir. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa uygulanacak hukuk tarafından tespit edilecektir. Bununla birlikte, *Fidic*'in örnek şartlarında bu süre tamamlama sertifikasının düzenlenmesinden itibaren 365 gün olarak belirtilmiştir<sup>114</sup>.

Yüklenici, *Fidic* şartları m. 11.4'de belirtildiği üzere mühendisin ayıp bildiriminden sonra makul bir sürede masrafları kendisine ait olmak üzere ayıpları gidermekle yükümlüdür. Aksi durumda, m. 11.4-a'ya göre mühendis masrafları yükleniciye ait olmak üzere ayıpların başka bir yüklenici tarafından giderilmesini talep edebilir. Ayrıca, iş sahibi m. 11.4-b'ye göre ücretten indirim yapılmasını da talep edebilir<sup>115</sup>. İş sahibi, ayıbın giderilemeyecek durumda olması veya eserden yararlanmayı önemli ölçüde engellemesi halinde, ayıbın giderilmesi yerine m. 15.2 gereği sözleşmeyi feshedebilir<sup>116</sup>.

#### 4. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

İnşaat sözleşmelerinin sona ermesi TBK m. 482-486 tarafından düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre inşaat sözleşmesini sona erdiren unsurlardan başlıcası TBK m. 482.1'de belirtildiği üzere sözleşmede yaklaşık olarak belirlenen bedelin iş sahibine yüklenemeyecek nedenlerle aşırı aşılması ya da aşılacağıın anlaşılmasıdır. Yaklaşık bedel inşaat sözleşmesinde işlem temelini oluşturur<sup>117</sup>. Bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Aşırı artışın miktarı her bir somut olaya göre belirlenmelidir. Uygulamada yüzde 10'luk bir tolerans oranı kullanılmaktadır<sup>118</sup>. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda TBK m. 125'te düzenlenen sözleşmeden dönmenin sonuçları doğar. Bedelin aşırı artmasına yüklenicinin sözleşmeye aykırı hareketleri neden olmuşsa, m. 112 gereği iş sahibi müspet zararının tazminini de isteyebilir<sup>119</sup>. TBK m. 482.2 ise inşa eserinin iş sahibinin arsası üzerinde yapılması durumunu düzenlemiştir. Bu durumda, eser tamamlanmışsa iş sahibi ancak ücretten uygun bir indirim isteyebilir. Bu indirimde yapılan aşırı masraf gereği eserin değerinde meydana gelecek artış dikkate alınır<sup>120</sup>. Tamamlanmadan masrafın çok artacağı anlaşıl-

<sup>113</sup> Madde metni için bkz., HÖK, s. 33-34.

<sup>114</sup> TÜZEMEN ATİK, s. 78-79; HÖK, s. 77.

<sup>115</sup> Madde metni için bkz., HÖK, s. 34-35.

<sup>116</sup> HÖK, s. 35.

<sup>117</sup> EREN, Fikret, "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi" İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, Ankara, 2001, s. 89-90.

<sup>118</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1055.

<sup>119</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1057; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 564.

<sup>120</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 564.



mıssa iş sahibi dilerse yapılan kısım için uygun tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirir, dilerse inşa eseri tamamlandıktan sonra indirim isteyebilir<sup>121</sup>. Bu durumda, iş sahibi sözleşmeden dönmekte, ileriye etkili olarak sözleşmeyi feshetmektedir<sup>122</sup>. Tamamlanınca dönememenin sebebi inşaatın artık arsanın bütünleyici parçası haline gelmesi ve mülkiyetinin iş sahibine geçmesidir<sup>123</sup>.

Bir diğer sona erme hali, TBK m. 484'de düzenlenen iş sahibinin tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshetmesidir. Bunun için eser tamamlanmamış olmalı ve iş sahibi o ana kadar yapılmış kısmın bedelini ödemelidir. İş sahibi, ayrıca, yüklenicinin fesih nedeniyle uğradığı zararın tamamını gidermekle yükümlüdür. İş sahibinin sebep göstermesi ya da sebebin haklı sebep olması gerekli değildir<sup>124</sup>. İleriye etkili olarak sözleşmeyi fesheden iş sahibi yüklenicinin müspet zararını gidermek zorundadır<sup>125</sup>.

Sözleşmeyi sona erdiren sebeplerden bir diğeri ifa imkansızlığıdır. TBK m. 483.1'e göre yüklenici temerrüde düşmedikçe, eserin beklenmedik bir olay sonucu teslimden önce yok olması halinde sözleşme sona erer. Yüklenici, ücretin ve yaptığı giderlerin ödenmesini isteyemez. Malzemeye gelen hasarın yükleniciye ait olacağı düzenlenmiştir. Eserin yok olmasına yol açan ve iş sahibi ile yükleniciye yükletilemeyecek her olay beklenmeyen olaydır<sup>126</sup>. Bu durumda kusursuz ifa imkansızlığına ilişkin TBK m. 136 hükümleri uygulanacaktır. İş sahibi yaptığı ödemeleri m. 136.2'ye göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecektir. Bir diğer imkansızlık nedeni ise TBK m. 485'de düzenlenen inşa eserinin yapılmasının iş sahibiyle ilgili beklenmedik olay nedeniyle imkansızlaşmasıdır. Bu durumda, yüklenici yaptığı işin değerini ve buna girmeyen masrafları isteyebilir. Ayrıca, iş sahibi kusurluysa tazminat isteme hakkı vardır. İş sahibi ile ilgili beklenmedik olay onun şahsında ya da hakimiyet alanında meydana gelen, sağlayacağı arsanın kamulaştırılması ya da imar planında değişiklik olması gibi maddi veya hukuki olaydır<sup>127</sup>. TBK m. 486' da yüklenicinin ölümü ya da aczi<sup>128</sup> inşaat sözleşmesinin onun kişisel nitelikleri göz önünde tutularak yapılması durumunda bir ifa imkansızlığı ve sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu halde, iş sahibi tamamlanan kısım kullanmaya elverişli ise bunu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

<sup>121</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1057.

<sup>122</sup> ÖZ, s. 79.

<sup>123</sup> EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 90.

<sup>124</sup> Bunun nedeni iş sahibi ve yüklenici arasındaki güven ilişkisidir. İş sahibi artık hangi sebeple olursa olsun istemediği yükleniciyle arasındaki sözleşmeyi feshedebilecektir. Bkz. ÖZ, s. 233.

<sup>125</sup> EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 91; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 565.

<sup>126</sup> EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 97.

<sup>127</sup> EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 99.

<sup>128</sup> İş yapma kabiliyetini temelli kaybettiren hastalık ve sakatlık durumunda da bu hüküm uygulanır. Acze düşmek ise objektif maddi sebeplerle yüklenicinin işi bitirmesinin imkansız olmasıdır. İflas bu hüküm alanında bir imkansızlık oluşturmaz. Bkz. EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 101.

## II. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukukun Tespiti

### 1. İnşaat Sözleşmelerinde Uluslararasılık Unsuru

Bir sözleşmenin hangi hallerde uluslararası nitelik kazanabileceği hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>129</sup>: Bunlardan birincisi, birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlı olmasını esas almıştır. Bir diğer görüş ise sözleşmenin uluslararası niteliğini tayin ederken sözleşme ile ilgili şahsi ve coğrafi unsurlardan hareket etmiştir. Yabancılık unsuru teşkil edecek ve sözleşmeye uluslararası nitelik kazandırabilecek şahsi veya coğrafi unsurlar olarak sözleşme taraflarının farklı vatandaşlığa, yerleşim yerine ya da mutad meskene sahip olması durumunda; sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri<sup>130</sup> veya sözleşme konusu şey, hizmet veya ödemelerin ülke sınırlarını aşması durumunda sözleşme yabancılık unsuru taşıyacak ve uluslararası nitelik kazanacaktır. Bu alanda bizim de katıldığımız yeni görüş ve uygulama ise sözleşmenin maddi, ekonomik özelliğini esas almış ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren her türlü sözleşmeyi şahsi ya da coğrafi olarak yabancılık unsuru taşımasa dahi uluslararası nitelikte saymıştır<sup>131</sup>.

Bu çerçevede, uluslararası inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ve yüklenicinin yerleşim yerlerinin, mutad meskenlerinin veya işyerlerinin ayrı ülkelerde olmasının yanı sıra, bu niteliklere sahip olmasalar bile bu sözleşmelerin uluslararası ticareti ilgilendirmeleri, örneğin yabancı bir ülkeden sağlanan kredi ile inşaatın yapılması durumunda da, uluslararası inşaat sözleşmesi yapılmış olur. Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkelere Dair Kanun<sup>132</sup>'un 2. maddesinde de sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı kredi veya teminat sağlanması da yabancılık unsurunu sağlayan hususlardan birisi olarak belirtilmiştir. Yurt dışından kredi veya teminat mektubu temininin yabancılık unsurunu sağlayacağı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>133</sup> m. 2.3'de de belirtilmiştir. Kanuni düzenlemeler de göstermektedir ki, klasik manada yabancılık unsuru bulunmasa dahi uluslararası kredi temini neticesi uluslararası ticareti ilgilendiren bir durum ortaya çıktığında sözleşme uluslararası nitelik kazanmaktadır.

<sup>129</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, BTHAE, 1986, s. 29-31.

<sup>130</sup> ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 324.

<sup>131</sup> ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 5-6.

<sup>132</sup> RG. T. 22.1.2000, S. 23941.

<sup>133</sup> RG. T. 5.7.2001, S. 24453

## 2. Hukuk Seçimi Yoluyla Uygulanacak Hukukun Tespiti

### 2.1. Genel Olarak

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde projenin hazırlanmasında, teminatın verilmesi, inşaatın yapılması ve kabul belgesinin düzenlenmesi aşamalarına kadar farklı kişilerce ifa edilen edimler mevcuttur. Sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibi olmakla beraber, çoğu kez iş sahibince yetkilendirilen müşavir mühendis projeyi yönetmekte, sözleşmenin ifasını denetlemektedir. Projenin ilerleme safhalarında projede değişikliğe gidilebilmektedir. Bu nedenle bu sözleşmelerde tarafların hak ve borçları ile sözleşmeye dahil olan müşavir mühendis ve diğer kişilerin hukuki durumları da ayrıntılı olarak düzenlenmektedir<sup>134</sup>. Uluslararası inşaat sözleşmeleri kompleks ve teknik boyutu ağır basan sözleşmeler olmaları nedeniyle sözleşme şartlarından, alınması gereken idari izinlere ve uygulanacak hukuka kadar karmaşık bir hukuki düzenlemeye sahiptirler. Sözleşme öncesi sorumluluk da diğer sözleşmelere nazaran daha fazladır<sup>135</sup>. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi, sözleşmeye çoğunlukla kendi hukuku olan ifa yeri hukukunun uygulanmasını talep edecek, bu hukukun seçilmesi ise olası uyuşmazlık durumunda yüklenicinin aleyhine olabilecektir. Sözleşmeyi taraflar her ne kadar ayrıntılı düzenleseler de, sözleşmede düzenlenmeyen konular seçilen hukuk tarafından doldurulacaktır. İnşaatın planlanması ve yapılması aşaması arasında farklılıkların ortaya çıkabilmesi, ücretin birim fiyat esasına göre belirlenmesi durumunda inşaatın yapımı sırasında kesinleşecek olması ve çoğunlukla büyük miktarda uyuşmazlıklara neden olabilecek nitelikte sözleşmeler olmaları nedeniyle bu sözleşmeler bakımından hukuk seçiminin yapılması tarafların son derece menfaatindedir<sup>136</sup>.

Tarafların yaptıkları sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını seçebilmele-ri borçlar hukuku alanındaki irade serbestisi prensibinin kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki yansımasıdır<sup>137</sup>. Sözleşmeye uygulanacak hukuka dair genel hüküm olan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu<sup>138</sup> m. 24.1'de sözleşmenin tarafların seçtiği hukuka tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Maddi hukukta irade serbestisi prensibi emredici hükümler haricindeki hükümlerin seçimiyle sınırlıyken, milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi seçilen hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümleri dahil bir bütün halinde sözleşmeye uygulanmasını sağlar<sup>139</sup>. Bununla birlikte, hukuk seçi-

<sup>134</sup> AKINCI, s. 77-78.

<sup>135</sup> CARDUCCI, Guido, "Major Infrastructure Projects in EU Private International Law", *Construction Law International*, V. 14/8, 2013, s. 19.

<sup>136</sup> AKINCI, s. 74-75.

<sup>137</sup> ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGENMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4.bs., İstanbul, Vedat, 2015, s. 252; ÇELİKEL/ERDEM, s. 324.

<sup>138</sup> RG. T. 12.12.2007 S. 26728.

<sup>139</sup> ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri", *MHB, C.9, S. 2, 1999*, s. 104.

mi de bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi ya belirli maddi hukuk olayları, mesela belirli sözleşme tipleri açısından, ya da hukuk seçimi yaparak taraf menfaatini gözeten emredici normlardan kaçınmayı önlemek amacıyla sınırlandırılır<sup>140</sup>. Kamu menfaatleri ya da zayıf tarafı korumak amacıyla hukuk seçimi, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler gibi belli sözleşmeler açısından tamamen, ya da iş ve tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi hukuk seçiminin etkisini sınırlamak yoluyla sınırlandırılabilir<sup>141</sup>. Bununla birlikte, makale konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından böyle bir sınırlama yoktur.

Objektif olarak yabancılık unsuru taşımayan, ifa yeri, kurulma yeri, vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken, işyeri gibi unsurlardan hiç biri yabancı nitelikte olmayan sözleşmelerde hukuk seçiminin yapılabilip yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda doktrindeki bir görüş, hukuk seçiminin ancak objektif manada yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde mümkün olabileceği, yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde yapılacak hukuk seçiminin, maddi hukuktaki sözleşme serbestisi sınırları içerisinde, sözleşmenin parçası haline geleceğidir<sup>142</sup>. Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş ise, yabancı hukuk seçiminin bizatihi yabancılık unsurunu sağlama ya yettiğini, yabancılık unsurunun sözleşmenin birden fazla hukuk sistemi ile irtibat halinde bulunması anlamına geldiği düşünüldüğünde, yabancı hukukun seçilmesinin sözleşmeyi birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlı hale getirdiğini ileri sürmektedir. Her ne kadar MÖHUK m.1'de kanunun uygulama alanının yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkileriyle sınırlı olduğu belirtilmişse de MÖHUK m. 24'te uygulanacak hukukun seçilmesi ile ilgili sınırlama bulunmamaktadır<sup>143</sup>. Taraf iradelerine yabancılık unsuru sağlama imkanı vermek suretiyle taraf iradesini bağlama noktası haline getirmek taraf iradelerine göre uygulanacak hukuku belirlemenin *ratio legisine* de uygun olacaktır<sup>144</sup>. Ayrıca, sözleşmeye uygulanmak üzere hukuku seçilen devlet ile sözleşmenin tarafları arasında veya uygulanacak hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantı olması ya da o hukukun seçiminde tarafların kabul edilebilir bir menfaatinin olması gerekmez. O hukukun seçimi bizatihi bağlantıyı sağlar. Taraflar kendi menfaatlerini en iyi kendileri gözetir<sup>145</sup>.

<sup>140</sup> NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21.bs., İstanbul, Beta, 2015, s. 312.

<sup>141</sup> TARMAN, Zeynep Derya, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi", BATİDER, C. XXVI, S. 1, 2010, s. 154-155.

<sup>142</sup> DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara, 2010, s. 24; TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, 11. bs., İstanbul, Vedat, s. 369.

<sup>143</sup> NOMER, s. 315, ÇELİKEL/ERDEM, s. 328; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 261-262.

<sup>144</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 113.

<sup>145</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 353; ÇELİKEL/ERDEM, s. 328.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda sözleşmede açıkça düzenlenmeyen konular sözleşmeye uygulanmak üzere objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuk tarafından doldurulacaktır. Taraf iradeleri de geçerliliğini seçilen hukuktan alır. Hukuk seçimi yapılmadığında ise uygulanacak hukuk *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından tespit edilecektir. Bu durum ise taraflar açısından belirsizlik yaratabilir<sup>146</sup>. Öte yandan, hukuk seçimi olmadan sözleşmenin müzakere edilebilmesi dahi zordur. Çünkü, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşme üzerinde sınırlandırıcı bir çok etkisi vardır. Sözleşme, kendisine uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olamaz<sup>147</sup>. Bu gibi nedenlerle, sözleşmelerde taraf menfaati ağır bastığı için, objektif bağlama kuralından önce, basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü olan tarafların kendi haklarını en iyi koruyacak hukuku bilecekleri öngörülerek, taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır<sup>148</sup>. Ayrıca, irade serbestisi neticesi sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimi yoluyla, uyumsuzluk hangi ülke mahkemesinde çözülsün, sonucun öngörülebilir olması sağlanarak da taraf menfaatine hizmet edilmektedir<sup>149</sup>.

Taraflar, hukuk seçimini MÖHUK m. 24.1 uyarınca açık ya da örtülü olarak yapabilecekleri gibi seçilen hukukun sözleşmenin bir kısmına ya da tamamına uygulanmasını seçmeleri de mümkündür. Bu durum Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü<sup>150</sup>'nün hukuk seçimini düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrası ile de uyumludur. Açık hukuk seçimi, sözleşme hükümlerinden, yoruma gerek duyulmadan, hangi hukukun uygulanacağını anlaşılmasıdır<sup>151</sup>. Örtülü hukuk seçimi ise, tarafların sözleşmede hukuk seçimi konusunda açık iradelerini beyan etmemiş olmalarına rağmen, "sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde" hangi hukukun seçildiğinin anlaşılmasıdır<sup>152</sup>. Örtülü hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek iradeleri mevcuttur. Bununla birlikte, bu irade sözleşme hükümlerinden yola çıkarak anlaşılabilir. Sözleşmedeki belirtilerin çoğunluğu aynı hukuka işaret etmeli, birbirini bertaraf etmemelidir<sup>153</sup>. Örtülü hukuk seçimine örnek olarak, Lloyd deniz sigortası sözleşmesi gibi,

<sup>146</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 253-254.

<sup>147</sup> FOX, William, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th. ed., Wolters Kluwer, 2009, s. 130.

<sup>148</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 349; ÇELİKEL/ERDEM, s. 345.

<sup>149</sup> ÖZEL, Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24.II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", MHB, Y. 22, 2002, s. 57; Tarmar, s. 147.

<sup>150</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), Official Gazette of European Union, 4.7.2008, L177.6.

<sup>151</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 254.

<sup>152</sup> NOMER, s. 317.

<sup>153</sup> TARMAN, s. 149; NOMER, s. 318-319.

prensip olarak belli bir hukuka tabi olan standart sözleşme şartlarının kullanılmış olması, taraflar arasında daha önce yapılan benzer sözleşmelerde aynı ülke hukukunun seçilmiş olması ya da aynı devlet mahkemelerinin yetkilendirilmiş olması verilebilir. Bunlara ilaveten, sözleşmenin diğer unsurları da gözetilmek şartıyla yetki sözleşmesinden tarafların uyuşmazlığı yetkili kıldıkları mahkemenin ülkesinin hukukuna tabi kılmak istediklerinin anlaşılması ya da sözleşmede bir hukukun belli kurallarına atf yapılmış olması örtülü hukuk seçimine işarettir<sup>154</sup>. Yetki sözleşmesi hukuk seçimine işaret etmekle birlikte, tek başına yeterli değildir. Sözleşmenin kuruluş yeri ve ifa yeri ile yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin bulunduğu ülkenin örtüşmesi durumunda ise bu durum hukuk seçimine güçlü karine teşkil eder<sup>155</sup>. Örtülü hukuk seçiminde hukuk seçimine dair işaretler birbiriyle çelişmemeli, birbirini yok eden nitelikte olmamalıdır<sup>156</sup>. Örtülü hukuk seçimi mümkün olmakla beraber, tarafların iradelerinin tahmin edilmesi yoluyla, sözleşmeyi yaptıkları sırada hangi hukuku seçecekleri varsayımından hareketle, farazi hukuk seçiminin tespiti mümkün değildir<sup>157</sup>.

Kısmi hukuk seçimi, yani sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasının seçilmesi, MÖHUK m. 24.2 uyarınca mümkün olmakla beraber, bu imkan sözleşmenin içeriği itibarıyla hukuki ve ekonomik açıdan bölünebilir olup olmamasına bağlıdır<sup>158</sup>. Kısmi hukuk seçimi, sözleşmenin ve uygulanacak hukukun mantiki tutarlılığını ortadan kaldırmamalı, sözleşmenin genel, çekirdek hükümleri aynı hukuka tabi tutulmalıdır. Örneğin, sözleşmenin ifası, yorumu veya ayıba karşı tekeffül<sup>159</sup> ya da bir endeks maddesinde kısmi hukuk seçimi mümkünken, sözleşmenin ihlali taraflar bakımından ayrı ayrı hukuklara tabi kılınmamalıdır<sup>160</sup>. Kısmi hukuk seçimi, uyuşmazlık çıkması durumunda uyuşmazlığın çözümünde seçilen hukuklar arası ahengin sağlanamayacağı<sup>161</sup> ve karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların hak ve borçlarının adil ve uyumlu şekilde aynı hukuka tabi olmasını engellediği<sup>162</sup> gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi, ifası uzun zaman alan ve ev sahibi ülke hukukuyla sıkı ilişkili olan, zaman zaman da, örneğin boru hattı ya da tünel inşası gibi, farklı ülkelerde ifası gereken sözleşmelerde kısmi hukuk seçimi tavsiye edilebilir<sup>163</sup>.

<sup>154</sup> GIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, Council Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Relations, Official Journal of the European Communities, C. 282.1, 1980, s. 17; aynı yönde NOMER, s. 319.

<sup>155</sup> TARMAN, s. 150.

<sup>156</sup> FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen M., Cheshire, North and Fawcett Private International Law 14th. ed., OUP, 2008, s. 705; NOMER, 318.

<sup>157</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 255; konu hakkında ayrıntılı bilgi ve farazi hukuk seçiminin eleştirisi için bkz TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 358-360.

<sup>158</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 255; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 354.

<sup>159</sup> TARMAN, s. 151.

<sup>160</sup> GIULIANO/LAGARDE Report, s. 17; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 691.

<sup>161</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 256.

<sup>162</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 354.

<sup>163</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 256.

Hukuk seçiminin zamanı açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Üçüncü kişilerin hakkı korunmak şartıyla sonradan hukuk seçimi yapılabilir veya değiştirilebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, hukuk seçiminin sözleşmenin kuruluşu anından beri etkili olacağı kabul edilmelidir. Sözleşmenin iki farklı hukuka tabi olması tarafların menfaatine değildir<sup>164</sup>. Tarafların sonradan hukuk seçimi yapabilmeleri gibi şartlı hukuk seçimi –floating choice of law- yapmaları da geçerlidir. Örneğin, taraflar davanın açılacağı mahkeme ülkesinin hukukunun sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırabilirler. Yapıldığı andan itibaren geriye etkilidir<sup>165</sup>. Bu tür bir seçimin mümkün olduğunu tarafların seçtikleri hukuku ileride değiştirebilmeleri veya hukuk seçimi yoksa mahkeme aşamasında hukuk seçimi yapabilmeleri de desteklemektedir<sup>166</sup>. Sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukta sonradan yapılacak değişikliklerin etkisi ise o hukukun intikal hükümlerine göre değerlendirilecektir. İntikal hükümlerine göre geçmişe etkili olmadıkça sözleşmenin yapıldığı tarihteki hukuk uygulanacaktır. Geçmişe etkili olması durumunda doğabilecek olumsuzlukları engellemek için taraflar sözleşmenin, yapıldığı andaki hukuka tabi olacağını kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, değişiklikler kamu düzenine ilişkinse sözleşmeye koyacakları bu hüküm uygulanmaz<sup>167</sup>.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri çok defa şemsiye sözleşme niteliği taşır. Tarafları ve konusu aynı olmayan fakat aynı proje kapsamında yapılan birden fazla sözleşme bulunmaktadır. Örneğin, iş sahibi ülke, tünelin inşaatlarını kısım kısım farklı yüklenicilere ihale etmiş olabilir; yükleniciler ise çeşitli alt yüklenicilerle sözleşme yapmış olmalarının yanı sıra malzeme ve araç gereç temini için farklı sözleşmeler, projeyi finanse etmek için bankalarla kredi sözleşmeleri yapmış olabilirler. Tarafları ve konusu birbirinden farklı, fakat aynı inşaat projesi kapsamında yapılan bu tür sözleşmeler projenin uyumlu bir şekilde yürütülmesi, sözleşmelerdeki edimler arası uyumun sağlanması için aynı hukuka tabi tutulmalıdır<sup>168</sup>.

## 2.2. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde *Fidic* Sözleşme Şartlarının Seçilmesinin *Lex Mercatoria* ve *Incorporation* Teorisi Işığında Uygulanacak Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Ortacağ'dan beri özellikle serbest ticaret şehirlerinde tacirler arası uygulanan çeşitli prensipler bulunmakla ve 18. ve 19. yüzyıllardaki kanunlaştırma hareketlerinde bunların bazıları milli hukuk sistemlerinin parçası haline getirilmiş olmakla beraber, *lex mercatoria* teorisinin uluslararası ticari ilişkilere uygulanabilir bir hukuk rejimi

<sup>164</sup> NOMER, s. 321.

<sup>165</sup> TARMAN, s. 152; NOMER, s. 322.

<sup>166</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 355.

<sup>167</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 260.

<sup>168</sup> ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 50-51.



olarak ortaya konulması Schmitthoff'un "Uluslararası Ticaret Hukuku: Yeni Tacir Hukuku" isimli ve 1961 tarihli ve devam eden makaleleriyle gerçekleşmiştir<sup>169</sup>. Makalede tacir hukukunun temel kaynağının pozitif hukuk kurallarından ziyade uluslararası ticaret uygulaması kapsamında geliştirilmiş ve yaygın olarak benimsenmiş örf-adet, teamül ve ticari uygulamalar olduğu belirtilmiştir<sup>170</sup>. *Lex mercatoria*, herhangi bir milli hukuk sistemine atıfta bulunmaksızın, uluslararası ticaret uygulaması içerisinde geliştirilmiş genel prensipler ve örf ve adet kuralları bütünüdür<sup>171</sup>.

Milli hukuk sistemlerinin sınırlamalarından kurtulmak, uluslararası ticaretin pratiğinin çeşitli hukuk sistemleri arasında temel olarak benzerlik göstermesi ve milli hukuk sistemlerinin gelişen uluslararası ticaret uygulamalarına cevap vermekte yetersiz kalması ticaret hukukunun uluslararasılaştırılmasının sebeplerini teşkil etmektedir. Taraflar *lex mercatoria*'yı seçmekle aynı zamanda sözleşme taraflarından birinin hukuk sisteminin sözleşmeye uygulanmasını da engellemiş olmaktadır<sup>172</sup>. *Lex mercatoria* herhangi bir milli hukuk sistemine dayanmamakta, bağlayıcılığını onlardan almamaktadır. Dayandığı temel ilkeler, sözleşmelerde hukuk seçimine imkan veren irade muhtariyeti prensibi ile ahde vefa ilkesi ve onun doğal sonucu olan mahkeme ve hakem heyeti kararlarının bağlayıcı olmasıdır<sup>173</sup>.

*Lex mercatoria* teorisinin ortaya konduğu ilk dönemlerde, yukarıda da belirtildiği üzere, *lex mercatoria*'nın uluslararası ticaret alanında gelişen örf-adet kuralları ve ortak prensipler doğrultusundaki uygulamalar olduğu ileri sürülmüştür. Doktrinde, günümüzde *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak, hukukun genel prensipleri, yeknesak kurallar, uluslararası organizasyonlar tarafından geliştirilen uluslararası ticarete ilişkin kurallar, örf-adet ve teamüller, standart sözleşmeler ve hatta yayınlanmış hakem kararları, ileri sürülmektedir<sup>174</sup>. Bu durum da göstermektedir ki, *lex mercatoria*'nın kapsamı, teoriyi ilk ortaya koyanların tanımladıkları şekilde ticari örf-adet ve uygulamaların ötesine geçmiştir. Bu çerçevede, bir camiada uzun süredir yaygın olarak uygulanması yanında bağlayıcı olduğuna dair bir ortak inanç da bulunması gereken

<sup>169</sup> SCHMITTHOFF, Clive M., "International Business Law: A New Law Merchant", II Current Law and Social Problems, 1961, in Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law", Ed. Chia-Jui Cheng, Martinus Nihoff Publishers, London, 1988, s. 20-37. Yazarın konu ile ilgili diğer makaleleri için de atıf yapılan bu esere bakınız.

<sup>170</sup> ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Legal, 2008; SCHMITTHOFF, s. 20.

<sup>171</sup> GOLDMAN, Berthold, "The Applicable Law: General Principles of Law: Lex Mercatoria" in Contemporary Problems in International Arbitration", ed. Julian D. M. Lew, Springer, s. 116.

<sup>172</sup> ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 143.

<sup>173</sup> SCHMITTHOFF, s. 31; FOX, s. 32.

<sup>174</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. LANDO, Ole, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, V. 34, 1985; s. 748-752; CUNIBERTI, Gilles, "Three Theories of Lex Mercatoria" Colombia Journal of Transnational Law, V. 52, 2014, s. 381.



örf adet kurallarının<sup>175</sup> yanı sıra ICC gibi ticari kuruluşların ortaya koydukları *Inco-terms* ya da Akreditif'e dair yeknesak kurallar, *Fidic* gibi meslek odalarının hazırladığı, konumuz açısından ehemmiyetli olan *Fidic* standart sözleşmeleri ya da BM ya da AB bünyesinde oluşturulmuş uluslararası ticaret alanında ortak anlayış ve uygulama geliştirmek isteyen çeşitli komisyonların ortaya koydukları *Unidroit* Sözleşme İlkeleri veya Avrupa Birliği Sözleşme İlkeleri *lex mercatoria*'nın parçasını teşkil etmektedir.

Konumuz açısından önemli olan ve yukarıda incelenen *Fidic* sözleşmeleri gibi standart sözleşmelerle hukuk kuralları kendiliğinden, o sektörün şartları çerçevesinde gelişme göstermekte, taraflar kendi aralarındaki sözleşmenin içeriğini düzenlerken bu sözleşmeleri temel almakta veya en azından bu sözleşme şartları müzakerelerde başlangıç teşkil etmektedir.<sup>176</sup> Standart sözleşmeler, bir sektörde faaliyet gösteren aktörler arasında kullanılan, özel olarak geliştirilmiş ve o endüstrinin aktörlerinin çoğunluğuna aşina olduğu hukuk kuralları tarafından düzenlenmekle birlikte<sup>177</sup>, bizim de katıldığımız görüşe göre, *lex mercatoria*'nın kaynakları açısından en tartışmalı kısmını teşkil etmekte ve standart sözleşmelerin *lex mercatoria*'nın parçası olması için ticari teamül haline gelecek kadar o endüstri içerisinde yaygın olarak kullanılmaları gerekmektedir.<sup>178</sup>

Bu standart sözleşmeler, sözleşme prensipleri ve yeknesak kurallar ile herhangi bir hukuk sistemi esas alınmadan dünya genelinde kullanılmak amacıyla tarafsız kuralların tesisi amaçlanmıştır. Bu yönleriyle, ilgili ülke tarafından yasa haline getirilmedikleri sürece, herhangi bir milli hukuk sisteminin parçası değildirler. Bu kurallar, ancak, sözleşme taraflarının sözleşmeyi hukukun genel prensipleri veya *lex mercatoria*'ya tabi tuttuklarını kararlaştırmaları halinde uygulanırlar<sup>179</sup>. Uluslararası ticari sözleşmelerde *lex mercatoria*'nın seçilmesi, uyumsuzluğun mahkemelerde çözülecek olması durumunda bir milli hukuk seçimi ile tamamlanmalıdır. Tarafların sözleşmede tahkim klozuna yer vermeleri durumunda ise ayrıca milli bir hukuk seçimine gerek kalmayacaktır.<sup>180</sup>

Bu durumun sebebi, ulusal hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde MÖHUK ve Roma I Tüzüğü'nde de görüleceği üzere seçilen hukukun bir ülke hukuku olması gerektiği düzenlenmişken, tahkim kurumlarının düzenlemeleri, IC-SID Konvansiyonu m. 42.1'de ve ICC tahkim kuralları m. 17.1'de görüleceği üzere ya da UNCITRAL Model Kanunu m. 28 ve MTK örneğinde olduğu gibi ulusal hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkim kanunlarının düzenlemelerinde uygulanacak

<sup>175</sup> ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 148-149.

<sup>176</sup> ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 149.

<sup>177</sup> CUNIBERTI, s. 378.

<sup>178</sup> CUNIBERTI, s. 381.

<sup>179</sup> ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 147-148.

<sup>180</sup> CUNIBERTI, s. 374; SCHMITTHOFF, s. 31-32.

hukuk olarak “hukuk kuralları”na atıf yapılmış olmasıdır. Kanunlar ihtilafı kuralında sadece “hukuk” tabiri kullanılıyorsa bir ulusal hukuk sistemi seçilmelidir. Buna karşın, “hukuk kuralları” tabiri kullanılıyorsa *lex mercatoria* uygulanacak hukuk olarak seçilebilir<sup>181</sup>.

Bununla birlikte, hakemler, *lex mercatoria*'yı ancak açıkça seçilmiş olması durumunda ya da sözleşmede hukuk seçimi bulunmamış olması halinde uygulayabilirler. Hakemler, tarafların milli bir hukuk seçimi yönündeki iradelerini bertaraf edemezler<sup>182</sup>. Doktrinde, ulusalüstü bir hukuk sistemi olarak tanımlanan *lex mercatoria* için kullanılan hukuk sistemi ifadesinin yanıltıcı olduğu, kapsamının kolayca tespit edilemediği ve bir sözleşme kapsamında ortaya çıkabilecek bütün hususları düzenlemesinin mümkün olmadığı ve bu nedenle bir ulusal hukuk sistemi tarafından tamamlanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>183</sup>. Kanaatimizce, hakemler, doktrinde de belirtildiği üzere *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığı çözerken yetersiz kalması durumunda, uyuşmazlığın ilgili kısmı için, kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bir milli hukuk sisteminin kurallarını uygulayabilirler<sup>184</sup>.

Uluslararası ticari sözleşmelerde tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere *lex mercatoria*'yı seçebilmeleri, yukarıda belirtildiği üzere, ancak milletlerarası tahkim yargılaması bakımından geçerlidir. Milli mahkemelerde yapılan yargılamalarda bu kurallar, tarafların seçmesi halinde milletlerarası özel hukuk alanındaki ifadesiyle *incorporation* yoluyla, sözleşmenin hükümleri haline gelirler. Bu durum, kanunlar ihtilafı kapsamında bir hukuk seçimi değildir<sup>185</sup>. Hukuk seçimi ile yabancı hukukun belli maddelerinin ya da *lex mercatoria*'yı oluşturan çeşitli yeknesak kural ya da standart sözleşmelerin sözleşmenin parçası haline gelmesi karıştırılmamalıdır. *Incorporation* halinde taraflar kısıyoldan anlaştıkları hususları sözleşmede ifade etmektedirler<sup>186</sup>. Kanunlar ihtilafı anlamında hukuk seçiminde o hukukun belli kurallarından ziyade, bir bütün halinde seçilmesi söz konusudur. *Incorporation*'da ise *lex mercatoria*'yı oluşturan yukarıda belirttiğimiz kaynaklar, örneğin *Fidic* standart sözleşme şartları, sözleşme hükmü haline getirilir<sup>187</sup>.

Milli mahkemelerde yapılacak yargılamalarda *lex mercatoria*'yı oluşturan kuralların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılamamasının sebebi, kanunlar

<sup>181</sup> ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 151.

<sup>182</sup> MANIRUZZAMAN, A.F.M., “The Lex Mercatoria and International Commercial Contracts: A New Challenge for International Commercial Arbitration”, *American University Law Review*, V. 14/3, 1999, s. 706.

<sup>183</sup> MANIRUZZAMAN, s. 670-671; CUNIBERTI, s. 392; FOX, s. 33.

<sup>184</sup> MANIRUZZAMAN, s. 683.

<sup>185</sup> ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 56.

<sup>186</sup> FAWCETT/CARRUTHERS, s. 701.

<sup>187</sup> EKŞİ, Nuray, “Kanunlar İhtilafında Incorporation”, MHB, S. 19-20, 1999-2000, s. 266-267.

ihtilafı kurallarına göre, seçilecek hukukun bir devlet hukuku olmasının gerekmesidir. *Lex mercatoria* gibi uygulama alanı ülke ile sınırlanmamış kurallar m. 24 anlamında devlet hukuku değildir. Bu nedenle, hukuk seçimi teşkil etmezler<sup>188</sup>. Doktrinde ifade edildiği üzere, "...objektif olarak emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile bütünlüğü bulunan bir hukuk düzeni dışında yapılan hukuk seçiminin, hukuk güvenliği açısından ancak iç hukuktaki sözleşme serbestisi anlamını taşıdığı kabulü doğru olur.<sup>189</sup>" *Incorporation* yoluyla sözleşmenin parçası haline getirilen bu kuralların uygulanma imkanı sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen ya da seçim olmaması durumunda hakimlerce kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek olan milli hukuka göre tespit edilir. Milli hukuk *incorporation*'a izin vermiyorsa bu kurallar sözleşmenin parçası haline gelemezler. Ayrıca, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak zorundadırlar. Aksi halde, geçerli olmayacaklardır<sup>190</sup>.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında taraflar, yaygın olarak, *Fidic* standart sözleşmelerinden faydalanmakta, taraflar bu sözleşmelerde yer alan kurallarla hukuki ilişkilerini düzenlemektedirler. Taraflar, bu sözleşmelerde yer alan kuralları kabul etmekle inşaat sözleşmeleri alanında deneyimli ve uzman olan kişilerin deneyim ve uzmanlıklarından faydalanmaktadır<sup>191</sup>. *Fidic* standart sözleşmelerinde yer alan kuralların tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilmelerine karşılık, devlet yargılamasında uygulanacak hukuk teşkil etmeleri mümkün değildir. Tarafların herhangi bir milli hukuk sistemine dahil olmayan *Fidic* şartlarını sözleşmelerinin bir parçası haline getirmeleri durumunda dahi hukuk seçimi yapabilecekleri bizatihi *Fidic* şartları m. 1.4. tarafından düzenlenmiştir<sup>192</sup>. Bununla birlikte, *Fidic* şartları veya benzer standart sözleşme şartlarının *incorporation* yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilmesi kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi olmamakla birlikte, bu şartlar, sözleşmeye uygulanacak hukuk sisteminin emredici hükümlerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilirler. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde *Fidic* şartlarının sözleşmenin parçası haline getirilmesi durumunda, taraflarca seçilen ya da objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek milli hukuk ancak *Fidic* şartlarının düzenlemediği konular bakımından uygulanacaktır.

### 3. Objektif Bağlama Kuralına Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

#### 3.1. Genel Olarak

Sözleşme statüsünün belirlenmesinde taraflara hukuk seçimi imkanı tanınması-

<sup>188</sup> NOMER, s. 315.

<sup>189</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 356.

<sup>190</sup> EKŞİ, s. 276, ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 56.

<sup>191</sup> EKŞİ, s. 280.

<sup>192</sup> HÖK, s. 3.

na rağmen, tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşamamaları ya da bilerek seçmelerinde uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutad meskeni, en sıkı ilişkili hukuk, *lex fori* gibi unsurlar önerilmiştir<sup>193</sup>. Uygulanabilecek bağlama noktalarının fazlalığı sözleşme statüsünün tespitini de zorlaştırmaktadır. Akdin kuruluş yeri tesadüfi olması nedeniyle<sup>194</sup>, ifa yeri ise önceden bilinebilir olmasına rağmen, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin ifa yerlerinin farklı olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu eleştiri borçlunun mutad meskeni veya yerleşim yerinin uygulanacak hukukun tespitinde esas alınması durumunda da geçerlidir<sup>195</sup>. Bu mesele, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karakteristik edim kriterinin geliştirilmesiyle aşılmıştır<sup>196</sup>. Karakteristik edim teorisinin esas alınması durumunda da, mukayeseli hukuktaki gelişmeler dikkate alındığında, ifa yeri yerine, İsviçre MÖHUK<sup>197</sup>'nin 117. maddesinde ve Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesinde de kabul edildiği üzere karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, karine olarak, en yakın bağlantıyı tespit eden hukuk olarak kabul edilmektedir<sup>198</sup>. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin en sıkı ilişkiyi sağlamanın nedeni olarak ise sosyo-ekonomik açıdan sözleşmenin en çok bu yerle ilişkili olması ileri sürülmüştür. Karakteristik edim borçlusu sözleşmenin ifası için gerekli hazırlıkları, üretimi, ticaretinin koordinasyonunu bu ülkede yapmaktadır<sup>199</sup>.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak objektif bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK m. 24.4'te sözleşmesel ilişkiye sözleşmeyle "en sıkı ilişkili hukukun" uygulanacağı belirtilmiştir. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde ise karakteristik edimi merkeze alan bir karine mevcuttur. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde öncelikli olarak sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet için kurulup kurulmadığına göre bir ayrıma gidilmiştir. Kanunda karineyle en sıkı ilişkili olduğu belirtilen hukuk, ticari veya mesleki faaliyetler için kurulan sözleşmeler bakımından "karakteristik edim borçlusunun işyeri", birden çok işyeri varsa "sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri", işyeri yoksa yerleşim yeri hukukudur. Ticari veya mesleki olmayan faaliyetler için yapılan sözleş-

<sup>193</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 362.

<sup>194</sup> TEKİNALP, Gülören, "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulanması", Prof. E. E. HIRCH'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. s. 446.

<sup>195</sup> NOMER, s. 313.

<sup>196</sup> NOMER, s. 323-324.

<sup>197</sup> İngilizce metin için bkz. Switzerland's Federal Act on Private International Law, www.andreasbuscher.law.ch 17.03.2016

<sup>198</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 325.

<sup>199</sup> DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2.bs., İstanbul, Vedat, 2014, s. 321.

melerde ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu hukuk, sözleşmenin kurulduğu ana göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 24.4'ün son cümlesinde, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle karinede belirtilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda o hukukun uygulanacağını belirten bir istisna kuralına yer verilmiştir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, m. 24.4 düzenlemesi karineler vasıtasıyla öngörülebilirliği, karinenin bertaraf edilmesini sağlayan daha sıkı ilişkili hukuk kuralıyla da esnekliği sağlamaktadır<sup>200</sup>.

Karakteristik edim borçlusunun işyeri veya mutad meskeninin en yakın bağlantıyı sağlamanın gerekçesi olarak ise karakteristik edimin taraflardan birinin ekonomik faaliyeti nedeniyle ifa edilen edim olduğu ve kural olarak ilgili ekonomik faaliyette bulunan tarafın ekonomik işlevini sürdürdüğü yerde ifa edilecek olması ileri sürülmüştür. Bu nedenle, hukuk sistemine bağlanırken bu şahsın mutad meskeni ya da işyeri bağlantı noktası olacaktır<sup>201</sup>. Doktrinde, eski MÖHUK düzenlemesinde yer alan ifa yeri bağlama noktası yerine, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde mutad mesken ya da işyeri bağlama noktasının kullanılmasının yukarıda belirtilen nedenlerle daha gerçekçi ve karakteristik edim borçlusunun menfaatine olduğu, mutad mesken hukukunun ifa yeri hukukuna göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olduğu ileri sürülmüştür<sup>202</sup>. Mutad meskenin, bağlama noktası olarak, ifa yerine tercih edilmesinin bir diğer sebebi ise ifa yerinin, özellikle taraflarca tespit edilebilmesi nedeniyle, kolayca değişebilen bir bağlama noktası olmasıdır. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya ticari faaliyetlerde işyerinin bağlama noktası olarak kullanılması ifa yerinin sebep olduğu değişkenliğin önüne geçmektedir<sup>203</sup>.

Objektif bağlama kuralının belirlenmesinde karine olarak yer alan karakteristik edim borçlusu kavramındaki karakteristik edim, akdi karakterize eden, ona ağırlığını veren edimdir. Karine olarak para ediminin karşısındaki edim karakteristik edimdir<sup>204</sup>. Bir sözleşme ilişkisinde çeşitli borçlar bulunmakla birlikte, bu borçların arasında sözleşmenin yapılmasının sebebi olan ve sözleşmenin sosyo-ekonomik amacını gerçekleştirecek olan edim karakteristik edimdir. Böylece, karakteristik edim sözleşmeyi parçası olduğu sosyo-ekonomik çevreye bağlamaktadır<sup>205</sup>. Karakteristik edim, sözleşmenin yapılma nedeni olan, borç ilişkisinde açık şekilde üstün rolü oynayan,

<sup>200</sup> BAYATA CANYAŞ, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet, Ankara, 2012, s. 149.

<sup>201</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 332.

<sup>202</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 336-337.

<sup>203</sup> TEKİNALP, "Akdi İlişkide...", s. 444.

<sup>204</sup> Karakteristik edim kavramı ve çeşitli sözleşme tipleri açısından karakteristik edim örnekleri için bkz. NOMER, 326-327.

<sup>205</sup> ÖZEL, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının, s. 582.

sözleşmeye damgasını vuran edimdir. Sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edici yönünü belirten, sözleşmenin adını oluşturan eylemi gerçekleştiren kişinin edimidir. Bu çerçevede, mesleki veya ticari faaliyetler kapsamında yapılan sözleşmelerde o mesleği icra eden veya ticari faaliyeti gerçekleştiren kişinin edimi karakteristik edimdir<sup>206</sup>. Karakteristik edim, uluslararası ticari sözleşmelerde taraflardan birinin ekonomik faaliyeti nedeniyle ifa edilen, sözleşme ilişkisinde rizikolu olarak kabul edilen edimdir<sup>207</sup>.

Bu çerçevede, konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi inşaatı meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin edimi ise bunun karşılığında ücret ödemektir. Bu nedenle, ekonomik faaliyet nedeniyle ve paranın karşılığında yerine getirilen karakteristik edim yüklenicinin edimidir. İsviçre MÖHUK m. 117.2.c'de inşaat sözleşmelerinde karakteristik edimin yüklenicinin edimi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Objektif bağlama kuralındaki karineyi esas aldığımızda, uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Objektif bağlama kuralını düzenleyen m.24.4'ün son cümlesinde yer alan ve sözleşmeyle karine olarak en sıkı ilişkiyi sağlayan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da işyeri hukukundan "daha sıkı ilişkili" hukukun bulunması durumunda, sözleşmeye bu hukukun uygulanacağını düzenleyen ve konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından özel önem arz eden istisna kuralı aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Eski MÖHUK<sup>208</sup> düzenlemesi, yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre MÖHUK'u ve Roma I Tüzüğü'ne aykırı olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni yerine karakteristik edimin ifa yerini bağlama noktası olarak kabul etmişti. Bu durum, mutad mesken hukukunun karakteristik edim borçlusunun menfaatinin daha iyi gözetildiği ve mutad mesken bağlama noktasının tercih edilmesi durumunda karakteristik edime verilen değerlerin daha iyi ortaya çıkacağı gerekçesiyle eleştirilmekteydi<sup>209</sup>. Doktrinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde, taraf menfaatinin gözetilmesi gereken temel menfaat olduğu, ifa yerinin ise öncelikle işlem menfaatine hizmet ettiği, tespitinin zor olduğu ve ifa yerinin tespitinde vasıflandırma problemleriyle karşılaşılabilceği ileri sürülmekteydi. İfa yeri ile yerleşim yeri veya mutad mesken bağlama noktaları karşılaştırıldığında, taraf menfaati açısından kişinin hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı ve hukukunu en iyi bileceği mutad meskeninin uygulanacak hukuku tespitinde bağlama noktası olarak kullanılması gerektiği; öte yandan, mutad meskenin fiili bir durum olması nedeniyle vasıflandırma problemi yaşanmayacağı ve tespitinin kolay olduğu ileri sürülmüştür<sup>210</sup>.

<sup>206</sup> DEMİRKOL, s. 251.

<sup>207</sup> TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 365.

<sup>208</sup> RG. T. 22.5.1982 S. 17701.

<sup>209</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 339-340.

<sup>210</sup> AKINCI, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, DEÜHF Yayınları, 1992, s. 46; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 363.

Taraf menfaatinin sözleşmeler alanındaki en önemli yansıması hukuk seçimi imkanı ve sosyal amacın bulunduğu sözleşmelerde zayıf tarafın korunmasına yönelik düzenlemelerdir<sup>211</sup>. Buna karşın, uluslararası ticari sözleşmelerde her iki taraf da işinin, mesleğinin gereği bu sözleşmeyi yapmaktadır. Bir tarafın diğerine nazaran öncelikle korunan bir menfaati olmadığı gibi zayıf tarafın korunmasının gerektiği sözleşme tiplerinden de değildir<sup>212</sup>. Bu nedenle, uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi sözleşmelerde taraf menfaatinden hareketle işyeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

### 3.2. Objektif Bağlama Kuralı ve Muhtemel Bağlama Noktalarının İnşaat Sözleşmeleri Açısından Doğurabileceği Problemler

Doktrinde, eski MÖHUK düzenlemesinde bağlama noktası olarak kullanılan ifa yeri hukukunun uygulanmasının en çok problem oluşturduğu alanlardan birisinin uluslararası inşaat sözleşmeleri olduğu belirtilmiştir. Bu durumun gerekçesi olarak şunlar ileri sürülmüştür: Uluslararası inşaat sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu yüklenici olmakla birlikte, yüklenicinin edimini ifa ettiği yer inşaatın yapıldığı yerdir. Bu yer ise çoğunlukla sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin bulunduğu yer olmaktadır. Bu nedenle, bağlama noktası olarak ifa yerinin kabul edilmesi durumunda, iş sahibinin hukuku olaya uygulanmaktadır. Bu durumun neticesi olarak ise karakteristik edim borçlusu olan yükleniciye daha yakın olan, onun menfaatini koruyan hukuk yerine iş sahibinin menfaatini koruyan hukuk sözleşmeye uygulanmaktadır. Bu problemin sebebi, ifa yeri bağlama noktasının sözleşmelerde esas olan taraf menfaatini korumak yerine, işlem güvenliğini gerçekleştirmeyi amaçlamasıdır. Oysa, taraf menfaatinin gerçekleştirilebilmesi için karakteristik edim borçlusunun edimini ifa ettiği yer hukukunun değil, karakteristik edim borçlusunun menfaatini daha iyi koruyacak olan, daha yakın ilişkili olduğu, daha iyi bildiği mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması daha doğrudur<sup>213</sup>.

İfa yerinin doğurabileceği problemlere örnek olarak, anahtar teslim fabrika inşaatlarında inşaatın önemli kısmının yüklenicinin merkezinin bulunduğu ülkede yapıldıktan sonra, sadece monte edilmek üzere inşaat yeri ülkesine getirilmesi durumu verilmiş ve bu durumda sözleşmenin ağırlık merkezi dikkate alınarak yüklenicinin işyeri hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>214</sup>. İfa yerinin doğurabileceği problemlere verilen bir başka örnek ise, alt yüklenicilik sözleşmesi şeklinde yapılan uluslararası inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti sırasında ortaya çıkabilecek sorunlardır. İsviçreli yüklenici firmanın Libya'da gerçekleştireceği inşaat

<sup>211</sup> GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 219.

<sup>212</sup> GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 221.

<sup>213</sup> AKINCI, s. 90-91; aynı yönde ÇELİKEL/ERDEM, s. 348.

<sup>214</sup> AKINCI, s. 91 dn. 225



projesinde Türk firmasıyla alt yüklenicilik sözleşmesi yapması durumunda, alt yüklenicilik sözleşmesi bakımından yüklenici ve karakteristik edim borçlusu olan Türk firmasının işyerinin bulunduğu Türk hukuku yerine ifa yeri olan Libya hukukunun uygulanması ne Türk ne de İsviçreli yüklenicinin beklentisine uygun olacak ve yararını sağlayacaktır. Bu çerçevede, doktrinde, eski MÖHUK düzenlemesinde yer almayan “daha sıkı ilişkili hukuk” bağlama noktasının istisna kuralı olarak kanuna eklenmesi teklif edilmiştir<sup>215</sup>. Öte yandan, alt yüklenicilik sözleşmesi şeklindeki uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken, yüklenicinin işyerinin bulunduğu yerin bağlama noktası olarak kullanılması durumunda ise iş sahibi ile yüklenici arasındaki esas inşaat sözleşmesi yüklenicinin işyeri hukukuna, yukarıdaki örnekte İsviçre hukukuna, yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşme ise alt yüklenicinin işyeri hukukuna, yukarıdaki örnekte Türk hukukuna, tabi olacaktır<sup>216</sup>. Kanaatimizce, bu durum ise proje kapsamındaki anlaşmalar ve bu anlaşmalarda yer alan edimlerin hukuki rejiminin farklı hukuklara tabi olacak olması nedeniyle projenin uyumunun bozulmasına neden olabilecektir. Bütün bu örnekler de göstermektedir ki, objektif kural gereği bağlama noktası olan mutad mesken bağlama noktasının direkt uygulanması yerine, her bir somut olay bakımından olayın bütün özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılması ve istisna kuralında belirtildiği üzere daha sıkı ilişkili hukukun tespitini sağlayacak bir bağlama noktası varsa, örneğin ifa yeri gibi, olayın şartlarına göre bu bağlama noktasının kullanılması daha uygun olacaktır.

Diğer eser sözleşmelerinde eserin yapıldığı yer fazla önem taşımamakta, bu nedenle yüklenicinin işyeri hukuku uygulanmaktadır. Bu çerçevede, *Keşel*, iç düzen menfaatinden bahsederek, inşaat sözleşmelerinde işin yapıldığı yer hukukunun dikkate alınmasının ve taşınmaz üzerinde yapılacak inşaatın taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olmasının doğru olacağını ifade etmiştir<sup>217</sup>. Bu görüş, doktrinde haklı olarak, nisbi nitelikte olan sözleşmelere uygulanacak hukuk tespit edilirken aynı nitelikli uyumsuzluklara uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktasının kullanılmasının hatalı olduğu, taşınmazlarla ilgili uyumsuzluklarda taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>218</sup>. Taşınmaza dair sözleşmelerde sözleşmenin konusu taşınmaz iken inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin konusu inşaatın yapılmasıdır<sup>219</sup>. Kanaatimizce de, taşınmazın bulunduğu yer ile ifa yeri aynı yer olmakla beraber, uluslararası inşaat sözleşmelerinde taşınmazın bulunduğu yerin bağlama noktası olarak kullanılması yanlıştır.

<sup>215</sup> Bkz., AKINCI, s. 85 dn. 215.

<sup>216</sup> AKINCI, s. 79.

<sup>217</sup> KEGEL, G., “Die Bankgeschäfte im deutschem internationalen Privatrecht” in *Cedachnisschrift für Rudolf Schmidt*, Berlin, 1966, s. 223, AKINCI, s. 79 dn 192’den naklen.

<sup>218</sup> AKINCI, s. 80-81.

<sup>219</sup> GIULIANO/LAGARDE Report, s. 21.



### 3.3. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Açısından İstisna Kuralının Değerlendirilmesi

#### 3.3.1. İrtibat Noktalarının Objektif Kurala Göre Tespit Edilen Ülkeden Başka Bir Ülkede Yoğunlaşması

Makalemizin bundan önceki kısımlarında, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya işyerinin uygulanacak hukuku tespit etmede bağlama noktası olarak kullanılması gerektiğini, bu çerçevede, uluslararası inşaat sözleşmelerinde objektif kurala göre uygulanacak hukukun yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku olduğunu, ancak, bu durumun uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından çeşitli problemlere yol açabileceğini, örnekleriyle beraber açıklamıştık. Makalemizin bu kısmında ise uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından istisna kuralının hangi hallerde uygulanabilir olup olmadığını açıklayacağız.

En sıkı ilişkili hukukun uygulanması kural olmakla ve bu hukukun belirlenmesi için karinelere maddede yer almakla birlikte m. 24.4.'ün son cümlesinde bir istisna kuralına yer verilmiştir. İstisna kuralına göre, halin bütün şartlarına göre, sözleşmeye, karinelere göre belirlenecek en sıkı ilişkili hukuktan da "daha sıkı ilişkili" bir hukuk varsa bu hukuk uygulanacaktır. Bu düzenlemeyle, kanun koyucu, sözleşmeler bakımından en sıkı ilişkili hukuka dair karineyle tespit edilecek hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun var olma ihtimalini dikkate almaktadır. Daha sıkı ilişkili hukuk, en sıkı ilişkili hukuka karine teşkil eden karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri bağlama noktasının bu karineyi gerçekleştirmemesi durumunda uygulanır. Daha sıkı ilişkili hukukun varlığı ortaya konulduğunda mutad mesken veya işyeri hukukunun en sıkı ilişkiyi sağladığı karinesinin de aksi ispat edilmiş olur<sup>220</sup>.

Doktrinde de belirttiği üzere, en sıkı ilişkili hukuka dair kanunda yer alan karine ile belirlenecek hukuktan başka bir hukukun sözleşme ile daha sıkı ilişkili olması demek, somut olayda, bu hukukun en sıkı ilişkili hukuka faraziye oluşturması anlamına gelmektedir<sup>221</sup>. İstisna kuralı, bir başka hukukun, objektif kuralda yer alan karineye göre tespit edilecek hukuktan, açıkça sözleşmeyle daha irtibatlı olması durumunda uygulanır<sup>222</sup>. Karakteristik edimin tespit edilememesi durumunda ise, karakteristik edim en sıkı ilişkili hukukun tespitinde bir karine, vasıta teşkil ettiğinden dolayı tekrar bütün bağlantı noktalarının değerlendirilmesi yoluyla en sıkı ilişkili hukukun tespiti yoluna gidilir<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 177.

<sup>221</sup> GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı, Ankara, Yetkin, 2007, s. 237.

<sup>222</sup> GÜNGÖR, Gülin, "The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure", Ankara Law Review, V. 5, N. 1, 2008, s. 19.

<sup>223</sup> BAYATA CANYAŞ, s. 162.

İstisna kuralının uygulanmasının ön şartı sözleşmenin objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuktan başka bir ülkenin hukukuyla daha yakın bağlantılarının bulunmasıdır. Objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukukla istisna kuralına göre tespit edilecek hukukun karşılaştırılması ve bu hukuka ilişkin bağlantıların açıkça daha fazla olması gerekir. Doktrinde verilen bir örnek, karakteristik edim borçlusunun işyerinin *off-shore* bir ülkede olması ve bu ülkenin sözleşme ile işyerinin orada bulunmasından başka hiçbir bağlantısının bulunmamasıdır<sup>224</sup>. Sözleşmenin çoğu unsurunun belli bir ülke hukuku çerçevesinde oluşmasına rağmen, borçlunun mutad meskeni veya işyerinin sözleşme ilişkisinin taşıdığı özelliklerden kopuk olarak başka bir ülke hukukunu işaret etmesi durumunda, somut olayın şartlarına göre, istisna hükmüne dayanarak sözleşmenin unsurlarının işaret ettiği daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır<sup>225</sup>.

Bununla birlikte, istisna hükmünün dar yorumlanması gerekmektedir. Somut olayla mutad mesken veya işyerinin bulunduğu ülke hukuku sıkı bir bağa sahipse hakim daha sıkı ilişkili hukuku araştırmamalıdır. Her somut olayda daha sıkı ilişkili hukukun araştırılması objektif kuralın istisna haline getirilmesine yol açar. Bu ise objektif bağlama kuralının kabulünün amaçladığı hukuki öngörülebilirliği ve kesinliği ortadan kaldırır. İstisna kuralına başvurmak için o ülke hukuku ile sözleşme ilişkisi arasında önemli bir yakınlık olmalıdır. Sadece birkaç unsurun tek ülkede toplanması yeterli olmayacaktır<sup>226</sup>. İstisna kuralının düzenleme amacı objektif kuralı anlamsız kılmak değil, uç olaylarda objektif kuralın uygulanmasının yol açabileceği sakıncaları gidermektir<sup>227</sup>.

Daha sıkı ilişkili hukuk, somut bir bağlama noktası olmaktan ziyade uygulanacak hukukun belirlenmesinde bir yol haritası teşkil etmektedir. Sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri, tarafların ortak mutad meskeni veya ortak yerleşim yeri, sözleşmede yer alan yetki anlaşması, işyeri, sözleşmenin dili gibi sözleşme açısından önemli unsurlar daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde irtibat noktaları olarak esas alınır. Bununla birlikte, örtülü hukuk seçimine benzer bir şekilde bu unsurların birden fazlasının aynı hukuka işaret etmesi gerekir<sup>228</sup>. Sözleşme ile ilgili çeşitli irtibat noktalarının, objektif bağlama kuralında belirtilen mutad mesken ya da işyeri hukuku karinesinden, başka bir ülke hukukunun uygulanmasını gerektirecek derecede o ülkede yoğunlaşması ge-

<sup>224</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB, Y. 30, S. 1-2, 2010, s. 69.

<sup>225</sup> DEMİRKOL, s. 320.

<sup>226</sup> DEMİRKOL, s. 327-328.

<sup>227</sup> DEMİRKOL, s. 329.

<sup>228</sup> NOMER, s. 325.

rekmektedir<sup>229</sup>. Bu yoğunlaşmanın tespitinde temel alınabilecek bazı kriterler vardır. Ortak kişisel irtibatlar ortak olmayan irtibatlarla göre daha önemlidir. Ortak tabiiyetle ifa yerinin birleşmesi ya da ifa yeri ile sözleşmenin kuruluş yerinin birleşmesi veya ifa yeri ile yetkili mahkemenin bulunduğu yerin birleşmesi, somut olayın özelliklerine göre karineyi bertaraf edip en yakın irtibatı sağlayabilecektir<sup>230</sup>. İstisna kuralının uygulanmasında dikkat edilmesi gereken bir husus ise, sözleşmenin hukuki niteliğinden değil, somut olayın özelliklerinden hareketle bir hukuki ilişkinin karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukuk sistemi ile daha sıkı ilişki içinde olması gerekmektedir<sup>231</sup>.

İstisna kuralı gereği, objektif kuralın somut olayda sözleşmenin diğer irtibat noktalarına göre sözleşmeden izole olması, bu irtibat noktalarının çoğunluğunun bir ülkeyi işaret etmesi ve objektif kuralın karinede yer almaktan başka sözleşmeyle bir irtibatının bulunmaması durumunda irtibatların yoğunlaştığı ülke hukuku uygulanacaktır. Doktrinde bu duruma örnek olarak, bir satış sözleşmesinde objektif kuralın satıcının mutad meskeni hukukuna işaret etmesine rağmen, akdin ifa yeri, kuruluş yeri ve alıcının mutad meskeni aynı ülkede olursa, bu irtibat noktalarının toplandığı ülkenin hukukunun, daha sıkı ilişki kuralına dayanılarak uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>232</sup>. Objektif irtibat noktasının yer ve zaman itibarıyla sözleşmeden izole olmasına verilen bir diğer örnek ise uzun süreli sözleşmelerdir<sup>233</sup>. Bu bağlamda, ifası uzun zaman alan sözleşmelerde, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan vakalarda dikkate alınmalıdır. Sözleşmenin kurulmasından kısa süre sonra işyeri değişmişse, objektif kurala göre bağlama noktası olarak kullanılması gereken kuruluş anındaki işyerinin sözleşme ile bir bağlantısı kalmayacaktır<sup>234</sup>. Uluslararası inşaat sözleşmeleri de ifası uzun zaman alan sözleşmelerdir. Sözleşmenin ifa yeri ile iş sahibinin mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu ülke prensipte aynı olmaktadır. Bu gerekçeler de, çok defa tesadüfi olan kuruluş yeri ile örtüşme dahi, istisna kuralına dayanılarak, ifa yeri ülkesinin hukukunun uygulanmasını haklı kılmaktadır. İstisna kuralının uygulanması açısından yetkili mahkeme ile ifa yerinin örtüşmesi durumunda da objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun sözleşmeden izole olması durumu ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan, hukuk seçimini incelerken belirttiğimiz üzere büyük inşaat projelerinde şemsiye akit niteliğinde inşaat sözleşmesi ve bu proje ve inşaat sözleşmesinin ifası ile ilgili çeşitli sözleşmeler bulunmaktadır. Örneğin, tünel ya da otoyol inşaatın-

<sup>229</sup> GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 238.

<sup>230</sup> GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 216-217.

<sup>231</sup> DEMİRKOL, s. 332.

<sup>232</sup> TEKİNALP, Akdi Borç İlişkisi, s. 448.

<sup>233</sup> GÜNGÖR, The Principle of Proximity, s. 239; BAYATA CANYAŞ, s. 158.

<sup>234</sup> DEMİRKOL, s. 334.

da projenin belirli parçaları çeşitli alt yüklenicilere yaptırılmaktadır. İnşaat projesinin gerçekleştirilmesi için çeşitli araç gereç ve malzeme temini için satım sözleşmeleri yapılmaktadır. Öte yandan, projenin finansı için sözleşmeler yapılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere edimler ve sözleşmeler arası uyumun sağlanması için bütün sözleşmelere aynı hukukun seçilmesi tavsiye edilmektedir. Yabancı bir şirket tarafından iş sahibinin taşınmazının bulunduğu ülkede yapılan inşaat projesinde çok defa alt yükleniciler o ülkeden olacaktır. Aynı şekilde, araç, gereç ve malzeme sağlanması için yapılan satış sözleşmelerinde satıcılar taşınmazın bulunduğu ülkede olacaktır. Bu durumda, esas inşaat sözleşmesine yüklenicinin ülkesinin hukuku uygulanırken, alt yüklenicilik sözleşmelerine alt yüklenicinin ülkesi olan taşınmazın bulunduğu ifa yeri ülkesi hukuku uygulanacaktır. Bu örnekler de göstermektedir ki, uluslararası inşaat sözleşmelerine ifa yeri hukukunun uygulanması, projenin somut şartlarına bağlı olarak, hukuki bütünlüğün sağlanması açısından daha yerinde olabilecektir.

### 3.3.2. Karakteristik Edim Teorisinin Gerekçlendirilmesi Bakımından İstisna Kuralının İncelenmesi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukuku tespit ederken, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde karakteristik edim teorisini ve bu çerçevede karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak kullanılmasını ileri süren İsviçreli hukukçuların bu teorilerini gerekçelendirirken ileri sürdükleri görüşlerden hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu teoriyi ortaya koyan, *Schnitzer* ve onu takip eden yazarlar tarafından karakteristik edimin belirlenmesinde sözleşmenin ağırlık merkezinin yanı sıra sözleşmenin sosyal ve ekonomik işlevinin de dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Sözleşmeyi parçası olduğu sosyal ve ekonomik çevreyle ilişkilendirerek, sözleşmenin bu hukuk düzeninin sosyal ve ekonomik hayatında yerine getirdiği işlev dikkate alınmak suretiyle uygulanacak hukukun tespitine gidilecektir<sup>235</sup>. Bu bağlamda, ekonomik ve sosyolojik açıdan esaslı edimin yerine getirildiği sosyal düzen, yani karakteristik edim borçlusunun ticari işini gerçekleştirdiği yer hukuku uygulanacaktır. Bu yerde prensip olarak şirketin merkezi, şubesi veya kişinin işyerinin bulunduğu yerdir. Teori karakteristik edim borçlusunun işini yürüttüğü yer hukukunun uygulanması olarak somutlaşmaktadır<sup>236</sup>.

<sup>235</sup> SCHNITZER, A. D., "Les Contrats Internationaux en Droit International Prive Suisse", Rec. Des Cours, 1968/I, s. 578-581; P.M. Patocchi, "Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract" in: Etudes de Droit International en L'honneur de Pierre Lalive, Bale, 1993, s. 121, D'OLIVEIRA, H.U.J., "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", AJCL, 1977, V. XXV, 308-309'den naklen SARGIN, Fügen, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", AÜHFED, C. 50, S. 2, 2001, s. 45.

<sup>236</sup> SCHNITZER, s. 578-579'den naklen SARGIN, s. 52.

*Schnitzer*, karakteristik edim teorisine göre karakteristik edimin yerleştirilmesi ni yaparken borcun mahalli olarak, karakteristik edimin yerine getirilmesi gereken yeri belirtmektedir. Bununla birlikte, bu yeri, borcun fiilen ifa edildiği yer olarak değil, karakteristik edim borçlusunun ticari veya mesleki faaliyetini yürüttüğü yer olarak tespit etmiştir<sup>237</sup>. Aşağıda da açıklayacağımız üzere, kanaatimizce, bu durum fiili ifa yerinin karakteristik edim borçlusunun işyeri ile aynı olduğu durumlarla sınırlandırılmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi de önceleri karakteristik edimin fiili ifa yerini sözleşmeyle bir bütün olarak en yakın irtibatı sağlayan irtibat noktası olarak değerlendirdiği halde, daha sonraları, ifa yerinin kararlaştırılmadığı ya da tarafların borçlarını ifa etmedikleri hallerde bu prensip uygun görülmediğinden, karakteristik edim borçlusunun ikametgahı veya işyeri hukukunun sözleşmeye uygulanması gerektiği yönünde görüşünü değiştirmiştir. Sonrasında da, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda yer aldığı üzere ikametgah yerine mutad mesken hukukunun uygulanmasına geçilmiştir<sup>238</sup>.

Teorinin gerekçelendirilmesinden de anlaşıldığı üzere sözleşmeye karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun, ticari işlerde işyerinin hukukunun uygulanmasında, ifa için gerekli hazırlıkların bu yerde yapılması, işin bu yerde ifa edilmesi ve sözleşmenin ekonomik işlevi ile bu sosyal çevrenin, hukuk düzeninin daha sıkı ilişkili olduğu görüşünden hareket edilmektedir. Bu görüşün gerekçelendirilmesine katılmakla beraber, bu gerekçelendirmenin doğal sonucu olarak, fiili ifa yeri ile karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da işyerinin ayrıştığı durumlarda, istisna hükmüne dayanarak işin fiilen ifa edildiği yer hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi, kural olarak karakteristik edim borçlusunu yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede ve uzun bir sürede ifa edilen, ayrıca bu ülkeyle aşağıda inceleyeceğimiz üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları kapsamında da görüleceği üzere, hukuki anlamda da çok kapsamlı ilişkisi olan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunu yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülke yerine işin fiilen ifa edildiği yer hukukunun istisna kuralına dayanılarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin sözleşmenin sosyo-ekonomik çevresini teşkil etmesi nedeniyle sözleşme ile en sıkı ilişkiyi tespit ettiğini kabul etmekle beraber, uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken inşaatın temel olarak yapıldığı yer ekonomisine katkı sağladığı, inşa eserinin yapıldığı yerde kullanıldığı, inşa eserinin yapılmasında kullanılan malzeme ve araç gerecin inşa eserinin yapıldığı yer olan ifa yeri ülkesinden temin edildiği, özetle inşaat sözleşmesinin neredeyse bütün sosyo-ekonomik çevresinin inşaatın yapıldığı yer olduğunun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>237</sup> GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., 173.

<sup>238</sup> GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 173.

1990 yılından beri, sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit ederken Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü esaslarına göre hareket eden İngiliz hukukunda da, doktrinde, sözleşmenin ifa yerinin karakteristik edim borçlusunun işyerinden ayrı ülkede bulunduğu sözleşmelerde ifa yerinin esas alınması gerektiği, istisna kuralına dayanılarak bu hukukun sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olacağı belirtilerek savunulmaktadır. Bu görüşü, Roma Konvansiyonu ve Tüzüğü'nde yer alan ve birden çok işyeri bulunması durumunda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili işyerinin bulunması durumunda, yani sözleşme esas işyerinden farklı bir işyeri tarafından ifa edilecekse, bu işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği düzenlemesinin desteklediği, haklı olarak, ileri sürülmektedir<sup>239</sup>. Bu çerçevede, kanaatimizce, gerek karakteristik edim teorisinin temel gerekçelendirilmesi gerek MÖHUK m. 24.4'te yer alan ve birden çok işyeri bulunması halinde sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olan, sözleşmenin esas ifa edildiği, işyeri hukukunun uygulanması düzenlemesi uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işyeri ile ifa yerinin farklılaşması durumunda ifa yeri hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına dayanarak uygulanmasını teorik olarak desteklemektedir.

ICC'nin uluslararası sözleşmelere uygulanacak hukuk için oluşturduğu komisyon da, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda prensip olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulanacağını belirtmekte, bununla birlikte inşaat sözleşmeleri gibi bazı sözleşme tiplerinde daha yakın irtibatlı hukuk gerekçesine dayanarak bu prensibe istisna getirmektedir. Buna göre, inşaat sözleşmelerinde ilişkinin ağırlık merkezinin inşaatın yapıldığı yer olduğu ifade edilerek ifa yeri hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>240</sup>. Türk doktrininde de uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işyeri hukuku yerine sözleşmenin ifa edildiği, inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, yüklenicinin işyeri hukukuna öncelik tanımak, ancak, yüklenicinin işyerinde ifa edilen sözleşmeler bakımından haklı sayılacaktır. Sözleşme ile ifa yeri hukuku arasındaki bağlantı, özellikle ifa yeri ülkesinde sözleşmenin icrası ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde, hukuki anlamda da ortaya çıkar<sup>241</sup>. Yüklenicinin uluslararası inşaat sözleşmesini ifa ettiği yerin sözleşmeyle yakın bağlantılı olduğu açıktır. Yüklenici inşaat sözleşmesini yerine getirirken işin ifa edildiği yer hukukunu dikkate almaktadır. İşin ifa edildiği yer sözleşmeyle tesadüfi bağlantı noktası olan bir hukuk değildir<sup>242</sup>.

<sup>239</sup> DICEY, MORRIS, COLINS: *The Conflict of Laws*, 14th edition, 2006, par 32 127; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 715-718; aynı yönde ÖZEL, *Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24 II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının...*, s. 585; SARGIN, s. 53.

<sup>240</sup> LANDO, Ole, "Conflict of Law Rules for Arbitration", *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen, 1981, s. 102, AKINCI, s. 77 dn 183'den naklen.

<sup>241</sup> SARGIN, s. 75.

<sup>242</sup> ÖZEL, *Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24.II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının*, s. 602.

İnşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanmasını desteklemek amacıyla doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise inşaatın yapıldığı yerin inşaat sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu, objektif bağlama kuralı gereği yüklenicinin işyeri hukukunun uygulanmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı olduğu ve bu durumda örtülü kanun boşluğu olduğu iddiasına dayanarak bu boşluğu doldurmak için hakim kanunlar ihtilafı kuralı oluşturması gerektiğidir<sup>243</sup>. Kanunlar ihtilafı kurallarının temel amacı olan milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesi, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması suretiyle olmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeye uygulanacak hukuk bağlamında m. 24.4'te yer alan daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının sebebi, zaten en sıkı ilişkili hukuk için karine teşkil eden mutad mesken veya işyeri hukukunun bu karineyi gerçekleştirmemesi, dolayısıyla mutad mesken hukuku veya işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili hukukun tespiti ve sözleşmeye uygulanması yoluyla milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasıdır. Bu nedenle, inşaat sözleşmelerinde ifa yeri hukukunun uygulanması bakımından örtülü kanun boşluğundan hareket eden görüşe katılmamaktayız.

#### 4. Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller: Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları ve İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirler

Sözleşme statüsü sözleşme öncesi kusurlu davranıştan sözleşmenin kuruluşuna, ifa ve ifa engellerinden sözleşmenin sona ermesine kadar sözleşmeyle ilgili bütün hususlara uygulanır. Bununla birlikte, sözleşme statüsünün uygulanmasının bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan bazıları, uygulanacak hukukun *lex fori*'nin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda hakim kanunlarının uygulanması ve *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanlarına giren konularda ise o ülke mahkemelerinde görülen bütün uyuşmazlıklarda *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gibi genel istisnalardır. Bunun yanında, MÖHUK m. 31'de düzenlenen üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının ve m. 33'de düzenlenen ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirlere ilişkin ifa yeri ülkesinin kurallarının uygulanması da sözleşme statüsünün uygulanmasının istisnalarını oluşturmaktadır. Biz bu kısımda, üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları ve ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirlere ilişkin ifa yeri ülkesi kurallarının uygulanmasını uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından taşıyabilecekleri özellikleri dikkate alarak inceleyeceğiz.

Doğrudan uygulanan kurallar, ülkelerin sosyal, ekonomik, kültürel politikalarını uygulamak amacıyla çıkarttıkları, amaçları itibariyle kamu düzeni ve kamu menfaatini gerçekleştirmeyi hedefleyen kurallardır<sup>244</sup>. Belirtilen nitelikteki politikaların

<sup>243</sup> DEMİRKOL, s. 351-352.

<sup>244</sup> ERDEM, Bahadır, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk", Koç Üniversitesi, Avru-



özel hukuk ilişkileri alanındaki yansıması olan bu kurallar, ilgili ülkeler bakımından taşıdıkları önem itibariyle, ülke ile belirli bağlantıları bulunan durumlarda, sözleşmeye uygulanacak hukuk her ne olursa olsun uygulanırlar<sup>245</sup>. Hem özel hem de kamu hukuku karakterine sahip, devletin ve toplumun üstün yararlarının korunması amacıyla özel hukuk ilişkileri alanında etki gösteren kurallardır<sup>246</sup>.

*Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6 gereği, sözleşme statüsünden bağımsız olarak, o ülke mahkemelerinde görülen her türlü davada alanlarına giren durumlarda uygulanacaklardır. *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ise, yukarıda belirttiğimiz üzere, sözleşme statüsü emredici ve yedek kurallarıyla bir bütün halinde uygulandığından dolayı, sözleşme statüsünün parçası olarak uygulanacaklardır. *Lex fori* ve *lex causae* haricinde, üçüncü ülke hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kurallar ise, m. 31'de belirtildiği üzere, bu ülke ile sözleşme ilişkisi arasında sıkı ilişki bulunmak şartıyla, bu kuralların uygulanma amacı, kapsamı ve sonuçları dikkate alınarak uygulanacaklardır.

*Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarında kanunlar ihtilafı kuralı dikkate alınmaksızın uygulama amaçları ve alanlarına giren konularda bu kurallar doğrudan uygulanırken, üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için öncelikli olarak sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin hukukunda bulunan ve sözleşme ilişkisi çerçevesinde ihtilaf çözümlenirken etki tanınması gereken kurallara aykırı olup olmadığı belirlenecektir. Aykırılık durumunda ise, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır<sup>247</sup>. Sözleşmeler alanında taraf menfaatinin korunması çerçevesinde taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisi, sözleşmeyle ilgili üçüncü bir devletin kamusal ve sosyal nitelikli menfaatlerinin ihlal edilmesini gerektirmez. Bu ihlalin engellenmesi için bu ülkenin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmaktadır<sup>248</sup>.

*Lex fori* ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının yanı sıra sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanmasının sebebi, uluslararası ticari sözleşmelerin günümüzde, en önemlisi ifa yeri ülkesi olmak üzere, sözleşmenin karşı tarafının ikametgahının, mutad meskeninin

---

pa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, 2010, s. 102.

<sup>245</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 70-71.

<sup>246</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 91.

<sup>247</sup> ERKAN, Mustafa, "MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış" GÜHFD, C. XV, S. 2, 2011, s. 86.

<sup>248</sup> ERKAN, s. 100.

bulunduğu veya sözleşme konusu malların bulunduğu ülke gibi bir çok ülke ile ilişkili olmalarıdır<sup>249</sup>. İfa yeri ülkesi başta olmak üzere sözleşme ile sıkı ilişkili olabilecek belirtilen ülkelerin hukuklarında bulunan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki, kambiyo mevzuatına, dış ticaret rejimine, teknoloji transferine, yabancı personel istihdamına dair kurallar sözleşmenin ifasını imkansız kılabilir ya da sözleşmeyi geçersiz hale getirebilir<sup>250</sup>. Bu kuralların uygulanmaması durumunda ilgili ülkenin temel hukuk politikalarına aykırılık doğabileceğinden, verilecek kararın o ülkede tenfizinde sorunlarla karşılaşılabilir. Bu nedenle, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınması gerekir<sup>251</sup>. Öte yandan, taraflar hukuk seçimi neticesinde sözleşmeyi sözleşme ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bir ülkenin hukukuna tabi kılabilirler. Böyle bir durumda da sözleşmenin yukarıda belirtilen objektif kriterlerle bağlı olduğu ülke hukuklarına etki tanınması gerekebilir<sup>252</sup>. Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus o ülkenin sözleşmeyle sıkı ilişkili olmasının yetmeyeceği, sözleşme ilişkisi çerçevesinde üçüncü ülkenin korunmaya değer üstün bir kamu menfaatinin bulunması gerektirir<sup>253</sup>.

Doktrinde, maddede yer alan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınır ifadesinden bu kuralların bağımsız olarak uygulanacağını anlaşılmaması gerektiği, bunun bir bağlama kuralı niteliğini taşımadığı, ancak sözleşme statüsü kapsamında bir fiili durum olarak dikkate alınıp, örneğin sözleşmenin ifası noktasında bir mücbir sebep vb. teşkil ediyorsa bunların yansıma etkisinin kabul edilip, bu kapsamda uygulanmaları gerektiği belirtilmiştir<sup>254</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise etki tanımak uygulamakla aynı sonucu doğurur. Her ikisi de o kuralın emrettiği hukuki sonucun kabulü anlamını taşır<sup>255</sup>. Maddenin ikinci cümlesinde yer alan “söz konusu kurallara etki tanıyıp tanımamak ve uygulayıp uygulamamak” ifadesinin de bu sonuç çıkacak şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

MÖHUK'un mehzarı niteliğinde sayılabilecek Roma Konvansiyonu m. 7'de, kanunumuzdaki gibi, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için bu kuralların sözleşme ile sıkı ilişkili olması yeterli kabul edilirken, AB üyesi ülkeler arasındaki görüş farklılıkları nedeniyle bazı ülkelerin Konvansiyon'un 7. maddesine çekince koyması ve özellikle Konvansiyon'daki düzenlemenin yaratabileceği belirsizlik nedeniyle, Konvansiyon'un yerini alan Roma Tüzüğü m. 9'da sıkı ilişkinin aşikar biçimde olmasının yanı sıra doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınacak

<sup>249</sup> ERKAN, s. 106.

<sup>250</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 291.

<sup>251</sup> ERKAN, s. 100-101; KOCASAKAL, s. 86.

<sup>252</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 73.

<sup>253</sup> ERKAN, s. 105.

<sup>254</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 76; NOMER, s. 335.

<sup>255</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 290.

üçüncü ülkenin ancak ifa yeri ülkesi olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için bunların sözleşmeyi geçersiz kılacak derecede olmaları gerekmektedir<sup>256</sup>. Doktrinde, bu durum haklı olarak, ifa yeri dışında tarafların yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da sözleşme konusu malların veya borçlunun banka hesabının bulunduğu ülkelerdeki ithalat ihracat yasalarına ilişkin veya döviz mevzuatına ilişkin doğrudan uygulanan kuralların da edimin ifasını engelleyecek nitelikte olabilecekleri nedeniyle eleştirilmiştir<sup>257</sup>.

MÖHUK m. 31'de Roma Tüzüğü'nde yer alan ifa yeri sınırlaması bulunmaktadır. Ayrıca, uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından istisna kuralına dayanarak ifa yeri ülkesi hukukunun uygulanması ihtimali üzerinde durduğumuzdan dolayı bu durumun konumuz açısından ehemmiyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz açıklamalar çerçevesinde, ifa yeri ülkesi başta olmak üzere üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının özellikle sözleşmenin ifası üzerindeki etkileri dikkate alındığında, uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının önemi ortaya çıkmaktadır. Niteliği itibarıyla projenin gerçekleştirilmesi için yoğun malzeme ve nitelikli araç gereç gerektiren, projenin finansı için gayet yüksek miktarda kredilere ihtiyaç duyulabilen, yabancı uyruklu personel istihdam edilebilen, çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerde yapılan ve bu nedenle teknoloji transferinin yapıldığı uluslararası inşaat sözleşmelerinde ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının önemi bir kat daha artmaktadır. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin ifasında ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının taşıdığı bu önem de ifa yeri ülkesi ile sözleşme arasındaki sıkı bağlantıyı ortaya koymaktadır.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından ifa yeri ülkesinin bir diğer önemi ise m. 33 gereği "ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirlerin" bunların gerçekleştirildiği yer hukukuna, yani ifa yeri hukukuna, tabi kılınmasına ilişkin düzenlemedir. İnşaat sözleşmelerini incelerken yüklenicinin borçlarından birinin araç, gereç ve malzemeyi koruma borcu olduğunu, bu borcun yanı sıra inşaatın üzerine yapıldığı taşınmazın da korunması gerektiğini belirtmiştik. Bunun yanı sıra yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmaktadır. Eserin teslimi sırasında mühendis tarafından denetlenmesi ve ayıbın tespiti sırasında da ifa yeri ülkesinin kuralları önem arz edecektir. Bu çerçevede, yüklenici edimini ifa ederken ifa yeri ülkesinin bu nitelikteki kurallarını uygulamak zorundadır. Bu durum da ifa yeri ülkesinin hukukunun uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından taşıdığı önemi ortaya koymaktadır.

<sup>256</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ERKAN, s. 102-103; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 84-86.

<sup>257</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 86.

## SONUÇ

Uluslararası inşaat sözleşmeleri, teknik nitelikleri ağır basan, ifası çoğunlukla uzun zaman alan, kapsamı itibarıyla karmaşık ve sözleşme bedelinin oldukça yüksek olduğu, temel tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin yanı sıra müşavir mühendisin de sözleşmenin ifasında önemli rol üstlendiği sözleşmelerdir. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi inşa eserini meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin edimi de buna karşılık ücreti ödemek olmakla birlikte, yukarıda ayrıntılı incelendiği üzere, yüklenicinin edimini ifa ederken bir çok alt borçları, yükümlülükleri ve sorumlulukları mevcuttur.

Karmaşık nitelikli bu sözleşmelerde uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, ileride uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının ya da hakem heyetinin uygulayacağı kanunlar ihtilafı kurallarının ortaya koyabileceği muhtemel belirsizliği engellemesi, tarafların hak ve borçlarının tabi olacağı hukuku önceden bilmeleri ve yukarıda ayrıntılı olarak incelenen diğer nedenlerle, taraflar için elzemdir. Uygulanması gereken bir husus ise uygulamada uluslararası inşaat sözleşmeleri hazırlanırken sıklıkla başvuru ve günümüzde *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak kabul edilebilecek olan *Fidic* Standart Sözleşme şartlarının seçilmesinin, özellikle devlet mahkemelerinde, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi teşkil etmediğidir. Bunun sebebi, devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında uygulanacak hukukun bir ülke hukuku olmasının gerektiğinin belirtilmesidir. Devlet yargılamasında, *Fidic* şartları, ancak *incorporation* teorisi kapsamında sözleşmenin bir parçası haline gelebilecektir. Uygulanacak hukuk olarak değerlendirilemeyeceklerdir. Bununla birlikte, yukarıda incelendiği üzere, birçok tahkim kurumunun düzenlemelerinde ve devletlerin tahkim kanunlarında, tahkim yargılamasında sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın "hukuk kurallarına" göre çözüme bağlanabileceği ifade edildiği için *Fidic* standart sözleşme şartlarının *lex mercatoria*'nın parçası olarak uygulanacak hukuku teşkil etmeleri mümkündür.

Devlet yargılamasında *Fidic* sözleşme şartları, uygulanacak hukuku teşkil etmemekle birlikte, *Fidic* şartlarının sözleşmenin parçası haline getirilmesi, kanatimizce, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukukun ortaya koyabileceği belirsizlikleri engelleyecek niteliktedir. Bunun sebebi ise, kanunlar ihtilafı kuralları gereği uygulanacak hukukun ancak, sözleşme şartlarında hüküm bulunmaması ya da sözleşme şartlarının uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olması durumunda uygulanacak olmasıdır.

Objektif bağlama kuralı bakımından uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Sözleşmelerde taraf menfaati esas olmakla beraber, ticari nitelikli uluslararası inşaat sözleşmelerinde bir menfaat çatışması ve diğer tarafın menfaatine tercih edilmesi gereken bir menfaat olduğu kanaatinde değiliz. Ayrıca, uluslararası

inşaat sözleşmelerinin taşıdıkları kendilerine has özelliklerin, bir çok zaman, objektif kural yerine istisna kuralına dayanarak ifa yeri hukukunun uygulanmasını gerektirdiği kanaatindeyiz.

İstisna kuralına göre, objektif karineye göre uygulanacak hukuk olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülkeye nazaran, sözleşmeyle ilgili irtibatların başka bir ülkede yoğunlaşması durumunda o ülke hukuku uluslararası inşaat sözleşmesine uygulanacaktır. Objektif bağlama noktasının sözleşme ile irtibatlı diğer bağlama noktalarına göre sözleşmeden izole olması özellikle, uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi, ifası uzun zaman alan sözleşmelerde görülebilecektir. Yetki sözleşmesi tek başına yeterli olmamakla beraber, yetkili mahkeme ile sözleşmenin ifa yerinin aynı ülkede birleşmesi ya da uluslararası inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ülke ile sözleşmenin ifa yeri ülkesinin çoğunlukla aynı ülke olması, çok defa tesadüfi olmasına rağmen kuruluş yerinin de ifa yeri ülkesini işaret etmesi durumunda, bütün bu bağlantı noktalarının somut olay çerçevesinde ifa yerinde toplanması, yüklenicinin işyeri hukukunun sözleşmeden izole olmasına yol açacak ve bu hukuk yerine ifa yeri hukukunun istisna kuralına dayanarak sözleşmeye uygulanmasını gerektirecektir.

Karakteristik edim teorisinin gerekçelendirilmesinde, yukarıda ayrıntılı incelendiği üzere, sözleşmenin sosyal ve ekonomik çevresi dikkate alınmış, sözleşmenin bir ülkenin sosyal ve ekonomik hayatında oynadığı öneme işaret edilmiştir. Bu çerçevede, ekonomik açıdan esaslı olan karakteristik edimin yerine getirildiği sosyal düzen olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanması gerektiğine işaret edilmiştir. Teorinin gerekçelendirilmesinin, ifa yeri ile yüklenicinin işyerinin çoğunlukla ayrı olduğu uluslararası inşaat sözleşmelerinde, istisna kuralına dayanarak ifa yeri ülkesi hukukunun uygulanmasını gerektirdiği kanaatindeyiz. Gerek MÖHUK m. 24.4'te gerek Roma Tüzüğü'nde yer alan karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyeri varsa sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu, yani sözleşme konusu edimi ifa edecek işyerinin bulunduğu, ülke hukukuna tabi olması gerektiğini düzenleyen hükmünde, bu görüşü destekler nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

İfa yeri ülkesi başta olmak üzere üçüncü ülkelerin hukuklarının doğrudan uygulanan kuralları sözleşme ile sıkı ilişkili olmak şartıyla uygulanacaktır. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları özel önem arz etmektedir. Bu sözleşmelerin ifa edilebilmesi için yoğun malzeme ve nitelikli araç gereç gerekmekte, inşaat projesi çoğu defa yurt dışındaki bankalardan sağlanan, gayet yüksek miktartlı kredilerle finanse edilebilmekte, nitelikli yabancı uyruklu personel istihdamı gerekmekte ve inşaat projesi çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerde yapıldığı için teknoloji transferine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu hususların tamamı ise ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının kapsamında olan dış ticaret rejimi, kambiyo mevzuatı vb. tarafından düzenlenmektedir. Uluslararası inşaat sözleşmele-

rinde ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının taşıdığı önem de, sözleşmeye uygulanacak hukukun bütünlüğü de dikkate alınmak suretiyle, ifa yeri ülkesinin hukukunun sözleşme ile sıkı ilişkisini ortaya koymaktadır.

## BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996.
- AKINCI, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, DEÜHF Yayınları, 1992.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet, Ankara, 2012.
- CARDUCCI, Guido, “Major Infrastructure Projects in EU Private International Law”, *Construction Law International*, V. 14/8, 2013.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. bs., İstanbul, Beta, 2014.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, C.9, S.2, 1999, s. 103-120.
- CUNIBERTI, Gilles, “Three Theories of Lex Mercatoria, *Colombia Journal of Transnational Law*”, V. 52, 2014, s. 369-434.
- DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2.bs., Vedat, İstanbul, 2014.
- DICEY, MORRIS and COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14th ed., 2006.
- D'OLIVEIRA, H.U.J., “Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention”, *AJCL*, 1977, V. 25.
- EKŞİ, Nuray, “Kanunlar İhtilafında Incorporation”, MHB, S. 19-20, 1999-2000, s. 263-291.
- EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 45-58.
- EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları” İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 59-86.
- EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi” İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, Ankara, 2001, s. 87-103.
- ERKAN, Mustafa, “MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış” *GÜHFD*, C. XV, S. 2, 2011, s. 81-121.

- FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen M., Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14th ed., OUP, 2008.
- FOX, William F., International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes, 4th ed., Wolters and Kluwer, 2009.
- GOLDMAN, Berthold, "The Applicable Law: General Principles of Law: Lex Mercatoria" in Contemporary Problems in International Arbitration", ed. Julian D. M. Lew, Springer, 1986, s. 113-125.
- GIULIANO, Mario/ LAGARDE, Paul, Council Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations", Official Journal of the European Communities, C. 282.1, 1980.
- GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara, Yetkin, 2007.
- GÜNGÖR, Gülin, "The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure", Ankara Law Review, V. 5, N.1, 2008, s. 1-21
- HÖK, Götz Sebastian, Uluslar arası İnşaat Hukuku Fidic Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Çev. Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet, 2009.
- KAPLAN, İbrahim, "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu", İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 105-171.
- KÖKSAL, Tunay, "Uluslararası İnşaat Sözleşme Modeli Olarak Fidic İnşaat İşleri Sözleşme Şartları", Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2010/1, S. 20, s. 86-109.
- LANDO, Ole, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, V. 34, 1985; s.747-768.
- MANIRUZZAMAN, A.F.M., "The Lex Mercatoria and International Commercial Contracts: A New Challenge for International Commercial Arbitration", American University Law Review", V. 14/3, 1999, s. 657-734.
- MURRAY Carole/HOLLOWAY, David/TIMSON-HUNT, Daren, Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 11th ed., Sweet&Maxwell, London, 2007.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. bs., Beta, İstanbul, 2015.
- ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2012.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" MHB, Y. 30, S. 1-2, 2010.
- ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, İstanbul, 2008.



- ÖZEL, Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24.II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", MHB, Y. 22, 2002, s. 577-617.
- PATOCCHI, P. M., "Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract" in: *Etudes de Droit International en L'honneur de Pierre Lalive*, Bale, 1993.
- SARGIN, Figen, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s.37-94.
- SCHMITTHOFF, Clive M., "International Business Law: A New Law Merchant", *Current Law and Social Problems*, 1961, V. II, in Clive M. Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law*, Ed. Chia-Jui Cheng, Martinus Nihoff Publishers, London, 1988, s. 20-37.
- SCHNITZER, A. D., "Les Contrats Internationaux en Droit International Prive Suisse", *Rec. Des Cours*, 1968/I.
- ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5. bs., Beta, İstanbul, 2013.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGENMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. bs., Vedat, İstanbul, 2015.
- ŞANLI, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, BTHAE, 1986.
- TARMAN, Zeynep Derya, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", *BATİDER*, C. XXVI, S. 1, 2010, s. 143-159.
- TEKİNALP, Gülören, "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması", Prof. E. E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 443-450.
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları*, 11. bs., Vedat, İstanbul, 2011.
- TÜREGÜN, Necip, "Fidic Açısından İnşaat Sözleşmeleri", *İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer*, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 249-285.
- TÜZEMEN ATİK, Ebru, "Fidic (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu", *GÜHFD*, C. 18, Y. 2014, S. 2, s. 53-84.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. bs., İstanbul, Beta, 2014
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. bs., Ankara, Turhan, 2014.