

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİ**



DOKTORA TEZİ

Ferda Nur GÜVENALP

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

HAZİRAN 2023

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİ**



DOKTORA TEZİ

Ferda Nur GÜVENALP

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

HAZİRAN 2023

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışmanın konusu, inşaat projelerinde alt yüklenicilik ilişkilerinin sadece medeni hukuk açısından değil, milletlerarası özel hukuk açısından da birçok problemi gündeme getirebileceğinin ve bu problemler ile potansiyel çözümleri konusunda bütüncül bir çalışmaya ihtiyaç duyulduğunun tespit edilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinin, sözleşme olmaları nedeniyle, öncelikle konunun üzerine oturacağı borçlar hukuku temelini oluşturulması gereği hasıl olmuştur. Bu yapılırken alt yüklenicilik sözleşmeleriyle ilgili gündeme getirilebilecek çok fazla sayıda borçlar hukuku meselesi arasından titizlikle bir eleme yapılması sürecine başlanmış, özellikle incelenecek milletlerarası özel hukuk meseleleri için temel teşkil edebilecek olanlar tespit edilerek borçlar hukuku açısından adeta bir iskelet oluşturulmaya çalışılmıştır. Çalışmaya devam edildikçe, alt yüklenicilik sözleşmelerinin milletlerarası özel hukuk açısından incelenebilmesi için borçlar hukuku temelini oluşturacak birçok önemli kavramın da gerek Türk Hukuku'nda gerek diğer milli hukuklarda bugüne kadar fazla ele alınmadığı ve tartışılmadığı görülmüş, dolayısıyla bu tür kavramlar da mercek altına alınmış, Türkçe'de nasıl ifade edilebilecekleri ve hukuki nitelikleri üzerinde düşünülmüştür. Milletlerarası inşaat hukuku uygulamasında oldukça sık duyulan “*back to back contract*”, “*pay if paid clause*”, “*pay when paid clause*”, “*nominated subcontractor*”, “*named subcontractor*” gibi kavramlar bu tür kavramlara örnek gösterilebilir. Alt yüklenicilik sözleşmeleri milletlerarası özel hukuk açısından incelenirken ele alınması gereken başlıklar, tez konusunun belirlendiği 2019 yılından tezin savunulduğu yıl olan 2023 yılına kadar süren uzun ve detaylı incelemeler sonucunda belirlenmiştir.

Sayın Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı'nın danışmanlığında bu tezi yazmış olmak benim için en büyük onur, gurur ve mutluluk kaynaklarından biri. Bütün bu çalışmaların yapılabilmesini sağlayan, tez danışmanlığımı yaparak beni onurlandıran ve tezin hazırlanması sırasında desteğini, anlayışını, yardımını ve yol göstericiliğini esirgemeyen, lisans yıllarımdan beri uzmanlaşmayı hayal ettiğim tahkim konusunda deneyim kazanmamın yolunu açan, kendisinden çok şey öğrendiğim ve kendisine çok şey borçlu olduğum Sayın Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı'ya sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Benim için en büyük onur, gurur ve mutluluk kaynaklarından biri de Sayın Hocalarım Prof. Dr. Turgut Öz ile Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'ın tez izleme komitesinde yer almış olmaları. Lisans yıllarımda en çok keyif aldığım dersin Milletlerarası Özel Hukuk olmasında ve bu alanda akademik çalışmalar yapma kararını vermemde çok büyük rolü olan Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a ve yine lisans yıllarımda ilk Borçlar Hukuku derslerimi kendisinden alma şansına eriştiğim büyük hukukçu Prof. Dr. Turgut Öz'e, bu çalışmanın her aşamasındaengin bilgilerinden ve kıymetli görüşlerinden istifade etmemin yolunu açtıkları ve yolumu aydınlattıkları için teşekkürlerimi ve saygılarımı sunmayı bir borç bilirim.

Tez savunmamda jüri üyesi olmayı kabul ederek beni onurlandıran, çok kıymetli yorumları ve değerlendirmeleriyle ufkumu açan Sayın Hocalarım Prof. Dr. Ayfer Uyanık'a ve Doç. Dr. Öz Seçer'e teşekkürlerimi ve saygılarımı sunmayı bir borç bilirim.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde yoğun iş tempomuzda bu tezin de en güzel şekilde ortaya çıkabilmesi için bana tüm imkanları sunan, hep destekleyen, teşvik ve motive eden, hayata dair ve hukuka dair görüşleriyle yeni ufuklar açan Sayın Hocam Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay'a ve yine desteklerini her daim hissettiğim Av. Sümer Altay ile Dr. Öğretim Üyesi Sabah Altay'a en içten teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Omuz omuza çalıştığımız, hoşgörülerini ve arkadaşlıklarıyla her zaman yanımda olan, hayatımdaki en büyük zenginliğim sevgili arkadaşlarım ve meslektaşlarım Av. Leyla Orak Çelikboya'ya, Av. Murat Can Alayoğlu'na, Av. Suha Yılmaz'a, Av. Aysuda Pasinlioğlu'na, Av. Tuğçe Şengezer Vatansever'e, Av. Melike Naz Başoğlu'na, Av. Utku Ersan'a, Av. Esra Nur Kuşcan'a, Arş. Gör. Eylem Işık'a ve Dr.

Öğr. Üyesi Fatma Beril Özcanlı ile Arş. Gör. Seda Palanduz’a en içten teşekkürlerimi sunarım. Onlar iyi ki varlar.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde en stresli anlarımın şahidi olan, varlıkları, deneyimleri ve nasihatleriyle bana güç veren ve aramızda kilometrelerce mesafe olsa da her an yanımda olduklarını bildiğim ve kızları olmaktan gurur duyduğum sevgili annem Zühal Güvenalp ve sevgili babam İrfan Güvenalp’e ve tabii ki sevgili kardeşim Mehmet Ziya’ya teşekkürlerin en büyüğünü borçluyum. Bu sebeptendir ki, bugüne kadar benim için yaptıkları fedakarlıkların karşılığı olamayacak olsa da, yüksek lisans tezim gibi bu eser de en güzel duygularımın bir ifadesi olarak aileme ithaf edilmiştir.

Bu tez hazırlanırken ülkemiz ve dünya pek çok zorluktan geçti ve tabii bizler de hep birlikte geçtik. Çok şey atlattık, çok şeye üzüldük, endişelendik, nereye gidiyoruz ve neler yapabiliriz diye düşündük. Covid 19 pandemisi, Suriye’deki iç savaş, göç sorunları, Rusya-Ukrayna savaşı, 6 Şubat’ta meydana gelen ve ülkemizin 10 ilinde büyük yıkımlara yol açan Kahramanmaraş merkezli deprem, ekonomik kriz ve niceleri. Bu sürecin hepimiz üzerinde olduğu gibi, şüphesiz bu çalışma üzerinde de etkileri olmuştur.

Yüksek lisans tezimde olduğu gibi, bu çalışmayı hazırlamak da benim için ruhumun her zerresini katarak bir beste yapmak gibiydi. Böylece bu çalışmayla birlikte bestenin ikinci bölümü de tamamlanmış oldu. Çalışma planının her bir ögesi ise bu besteyi icra edecek orkestranın vazgeçilmez birer parçası. Orkestranın bir ahenk içinde bu besteyi icra etmesini ve bu eserin içerdiği konular hakkında akademide ve uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm olmasını temenni ederim.

Yazar Ursula Kroeber Le Gain’in dediği gibi, “Bir yolculuğu tamamlamak güzeldir, ama sonunda önemli olan yolculuğun kendisidir”.

Ferda Nur Güvenalp

İstanbul, Nisan 2023

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	xii
RESUME.....	xiv
ABSTRACT	xviii
ÖZET.....	xxii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİ

I. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	3
A. Kavram	3
B. Türk Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler..	8
C. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerine Getirilen Sınırlamalar ve Sınırlamaların İstisnaları	9
1. Türk Borçlar Kanunu’nda Getirilen Sınırlama Olarak Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu.....	9
2. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcunun İstisnaları.....	12
a. Asıl Yüklenicinin Kişisel Niteliklerinin Önem Taşımadığı Haller....	12
b. Türk Borçlar Kanunu’nun 471/3 Hükümünün Emredici Nitelikte Olması	13

c. Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri Açısından Eseri Şahsen Yapma Borcu	14
3. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının İş Sahibi Olduğu İnşaat Projeleri Açısından-Alt Yüklenici.....	16
a. İş Sahibinin Onayı Şartı	16
b. İşin Tamamının Alt Yüklenicilere Verilmesi Yasağı	18
c. Alt Yüklenici Olarak Görevlendirilebilecek Kişiler	20
4. FIDIC Kuralları'nda Getirilen Sınırlamalar.....	22
a. Müşavir Mühendisin Onayının Alınması Şartı	24
b. Alt Yüklenicinin İş Başlangıç Tarihinin Önceden Müşavir Mühendise Bildirilmesi Yükümlülüğü	26
c. İşin Tamamının Alt Yüklenicilere Verilmesi Yasağı	27
D. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	27
E. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Asıl Yükleniciyle Alt Yüklenicinin Birbirine Karşı Hak ve Yükümlülükleri.....	37
1. Genel Olarak	37
2. Alt Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri.....	37
3. Asıl Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri	40
F. İş Görme Borcu İhtiva Eden Diğer Sözleşme Türleriyle İlişkisi.....	43
G. Alt Yüklenicinin Asıl Yüklenici Karşısında Hukuki Durumu ve Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Borçlarından Sorumluluğu	46
II. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNİN TÜRLERİ	51
A. Alt Yüklenicinin Belirlenme Şekli Açısından.....	51
1. Alt Yüklenicilerin Asıl Yüklenici Tarafından Belirlenmesi	51
2. Alt Yüklenicilerin İş Sahibi Tarafından Atanması.....	53
B. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinin İçeriğiyle İlişkisi Açısından.....	55
1. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesiyle Sırt Sırta (Back to Back) Olmayan Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri	55

2. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesiyle Sırt Sırta (Back to Back) Olan Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri	57
C. Alt Yükleniciye Yapılacak Ödemelere İlişkin Sözleşme Maddesinin Düzenleniş Şekli Açısından	61
1. Sırt Sırta (Back to Back) Ödeme Maddesi İçermeyen Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri	61
2. Sırt Sırta (Back to Back) Ödeme Maddesi İçeren Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri	61
III. İŞ SAHİBİYLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TÜRK HUKUKU VE MİLLİ HUKUKLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	66
A. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinin Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinden Bağımsızlığı Prensibi	69
B. Alt Yükleniciye Özel Olarak Doğrudan İş Sahibine Başvurma İmkânı Tanımayan Milli Hukuklar.....	71
C. Alt Yükleniciye Özel Olarak Doğrudan İş Sahibine Başvurma İmkânı Tanıyan Milli Hukuklar.....	77

İKİNCİ BÖLÜM

ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. GENEL OLARAK.....	84
II. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNDE YABANCILIK UNSURU.....	86
III. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK	97
A. Tarafların Sözleşmeye Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri Durumu	97
1. Genel Olarak	97
2. Hukuk Seçiminin Şekil ve Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	98
3. 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Hukuk Seçiminin Çeşitleri.....	103
a. Şartlı Hukuk Seçimi	103
b. Kademeli Hukuk Seçimi	104

c. Olumsuz Hukuk Seçimi	106
d. Kısmi Hukuk Seçimi	107
e. Açık Hukuk Seçimi	110
f. Zımni Hukuk Seçimi	112
aa. Genel Olarak	112
bb. Zımni Bir Hukuk Seçimi Yapıldığına İlişkin Emarelerin Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Açısından Değerlendirilmesi	114
aaa. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Yetkili Mahkemenin Seçilmesi veya Tahkim Sözleşmesi Yapılması.....	114
bbb. Tarafların Yargılamadaki Davranışları	116
ccc. İfa Yeri ve Sözleşmenin Kurulduğu Yer.....	118
ddd. Sözleşmenin Belli Bir Hukuka İstinaden Kaleme Alınmış Olması	119
eee. Sözleşmenin Dili.....	121
fff. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Asıl Yüklenicilik Sözleşmesine Yollama Yapılmış Olması.....	121
4. Hukuk Seçiminin Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alması	123
5. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde FIDIC Kuralları'nın Esas Alınmasının Hukuk Seçimi Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu.....	126
6. Seçilen Hukukta Hukuk Seçiminden Sonra Meydana Gelen Değişiklikler ve İstikrar Klozları	129
7. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Yapılırken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar	131
8. Uyuşmazlığın Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözülmesi Halinde Hukuk Seçiminin Özellikleri	134
B. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmemiş Olması.....	135
1. Genel Olarak	135
2. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Karakteristik Edim	136

3. Alt Yüklenicilik Sözleşmeleriyle En Sıkı Bağlantılı Hukukun Belirlenmesi	137
C.Alt Yüklenicinin Asıl Yükleniciye Karşı Talepleri Açısından Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Sorununa Uygulanacak Hukuk.....	139
D. Yabancı Hukukun Uygulanmasının Sınırları	141
1. Kamu Düzeni	141
2. Doğrudan Uygulanan Kurallar	142
IV. ALT YÜKLENİCİNİN DOĞRUDAN İŞ SAHİBİNE MÜRACAAT İMKANINA UYGULANACAK HUKUK	152
A. Vasıflandırma Sorunu	152
B. Uygulanacak Hukukla İlgili Görüşler	158
1. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Esas Alınması Gerektiği Görüşü	158
2. Alt Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Esas Alınması Gerektiği Görüşü	159
3. Hem Asıl Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun, Hem de Alt Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Esas Alınması Gerektiği Görüşü	160
4. Uygulanacak Hukukun İki Aşamada Tespit Edilmesi Gerektiği Görüşü	161
5. Alternatif Görüş	161
6. Değerlendirme	161
C.İnşaatçı İpoteği Konusunda Uygulanacak Hukuk	162

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI YETKİ VE TAHKİM

I. GENEL OLARAK.....	164
II. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI YETKİ	165
A. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine İlişkin Kurallar	165

B. Yetki İtirazında Bulunulmaması Sebebiyle Türk Mahkemelerinin Yetkisinin Doğması.....	167
C. Yetki Sözleşmeleri	168
1. Genel Olarak	168
2. Yabancı Bir Mahkemenin Yetkilendirilmesi	169
3. Bir Türk Mahkemesinin Yetkilendirilmesi	171
4. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinde Yer Alan Yetki Şartının Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Üzerinde Etkili Olup Olamayacağının Değerlendirilmesi.....	172
5. Yetki Şartının Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alması ve Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alan Yetki Şartının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	174
D. Alt Yüklenicinin Doğrudan İş Sahibine Müracaatında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	176
III. ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ	177
A. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Tahkim Şartı	177
1. Genel Olarak	177
2. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şartının Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Üzerinde Etkili Olup Olamayacağının Değerlendirilmesi.....	179
3. Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alması ve Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	187
B. Alt Yükleniciyle İş Sahibinin Birbirine Doğrudan Müracaatı ve Tahkim ..	189
1. Çok Taraflı Tahkim Kavramı ve Alt Yüklenicilik İlişkileri Açısından Önemi.....	189
2. Çok Taraflı Tahkimin Tahkim Kurallarında Düzenlenişi.....	193
3. Çok Taraflı Tahkimin FIDIC Tarafından Hazırlanan İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartlarında Düzenlenişi	199

4. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Çok Taraflı Tahkim Şartına Yer Verilmesi	206
SONUÇ	211
KAYNAKÇA	222



KISALTMALAR

AAA	American Arbitration Association Amerikan Tahkim Kurumu
A.F.N.O.R	Association Française de Normalisation Fransız Standartlar Birliği
A.I.A	The American Institute of Architects Amerikan Mimarlar Enstitüsü
BGE	Schweizerisches Bundesgericht İsviçre Federal Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CECA	The Civil Engineering Contractors Association
DIAC	Dubai International Arbitration Centre Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi
E.	Esas
FCEC	Federation of Civil Engineering Contractors
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	International Chamber of Commerce Milletlerarası Ticaret Odası
I.C.E	Institution of Civil Engineers
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes

	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
ISTAC	Istanbul Arbitration Center İstanbul Tahkim Merkezi
J.C.T	The Joint Contracts Tribunal
K.	Karar
LCIA	London Court of International Arbitration Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi
m.	Madde
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NEC	New Engineering Contract
NFBTE	National Federation of Building Trades Employers
No	Numara
R.G	Resmi Gazete
RIBA	Royal Institute of British Architects
S.	Sayı
s.	Sayfa
S.I.A	Swiss Society of Engineers and Architects
SPV	Special Purpose Vehicle
T.	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
V.O.B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay

RESUME

Dans les projets de construction, les entrepreneurs principaux concluent souvent des contrats avec d'autres entrepreneurs pour l'exécution d'une partie ou de l'ensemble de leur travail, et ces contrats sont appelés contrats de sous-traitance. Bien que les contrats de sous-traitance soient courants même dans les projets de construction les plus simples, ils sont encore plus fréquents dans les grands projets internationaux. Les projets de construction internationaux déclenchent l'apparition de contrats de sous-traitance contenant des éléments étrangers, ce qui nécessite d'interroger dans quels cas l'on peut parler d'un contrat de sous-traitance ayant des éléments étrangers et sur ses conséquences possibles. L'idée de cette étude est née de la constatation que les relations de sous-traitance dans les projets de construction peuvent soulever de nombreux problèmes non seulement en droit civil, mais aussi en droit international privé, et qu'il est nécessaire de réaliser une étude globale sur ces problèmes et leurs solutions potentielles.

Dans la première partie de notre étude, nous avons examiné la nature et les types de contrats de sous-traitance, les relations entre le sous-traitant-l'entrepreneur principal et entre le sous-traitant-le maître d'ouvrage du point de vue du droit turc et comparé, dans le but de construire la base des deuxième et troisième parties de notre étude, limité par ce but.

Les contrats de sous-traitance désignent les contrats conclus par l'entrepreneur principal/s avec d'autres entrepreneurs pour exécuter tout ou une partie du travail. Ces entrepreneurs au deuxième rang (ou suivants) sont appelés "sous-traitants" ou "tâcherons".

Comme les entrepreneurs principaux, les sous-traitants sont généralement des personnes morales. Cependant, l'entrepreneur principal et le sous-traitant peuvent également être une personne physique ou une société sans personnalité morale (par exemple, une société simple). En pratique, il est souvent observé que les sous-traitants sont des entreprises à petite ou moyenne échelle, tandis que les grands entrepreneurs de construction occupent la position d'entrepreneur principal.

Dans la relation entre le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant, il existe des contrats d'entreprises successifs. Les parties au contrat de sous-traitance sont l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Le maître d'ouvrage n'est pas partie à ce contrat. Le contrat de sous-traitance est indépendant du contrat qui est entre l'entrepreneur principal et le maître d'ouvrage et il n'y a pas de contrat entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage. Cependant, même si le maître d'ouvrage n'est pas partie du contrat de sous-traitance, il ne peut pas être ignoré lors de l'examen de ce contrat. En effet, le contrat de sous-traitance vise à exécuter le contrat entre l'entrepreneur principal et le maître d'ouvrage et il y a donc une connexion économique entre les deux contrats. Ça doit être prise en compte lors de l'examen des problèmes que les relations de sous-traitance peuvent susciter en droit international privé.

Lorsqu'une étude de droit comparé est menée en ce qui concerne la relation entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, les résultats différents sont obtenus dans les droits nationaux. Il est observé que certains droits nationaux ont établi des dispositions spéciales selon lesquelles le sous-traitant peut s'adresser directement au maître d'ouvrage, tandis que d'autres n'ont pas de telles dispositions spéciales. Ces différences dans les droits nationaux soulignent l'importance de la détermination de la loi applicable à la possibilité pour le sous-traitant de s'adresser directement au maître d'ouvrage.

En ce qui concerne les problèmes que les relations de sous-traitance peuvent susciter en droit international privé, il convient tout d'abord de déterminer dans quelles situations les relations de sous-traitance ont un élément d'extranéité. Dans la deuxième partie de notre étude, on a examiné les problèmes potentiels relatifs à l'élément d'extranéité et à la loi applicable dans les contrats de sous-traitance. La loi applicable à la possibilité pour le sous-traitant de s'adresser directement au maître d'ouvrage est également incluse dans ces problèmes. Cette partie aborde également les effets des règles standards utilisées dans les contrats de construction internationaux sur le choix

de la loi applicable. Étant donné que l'application de la loi étrangère aux contrats de sous-traitance est limitée par l'ordre public et les règles d'application immédiate, la signification et l'étendue de ces limites ont également été examinées en détail avec plusieurs exemples.

Les parties à un contrat de sous-traitance, à savoir l'entrepreneur principal et le sous-traitant, peuvent décider librement de la loi applicable au contrat en la choisissant. Il n'y a pas de limite quant à la loi applicable qui peut être choisie, mais il est important de prêter attention à certains points lors de la sélection de la loi applicable. Le plus important est que les parties doivent tenir compte de l'importance de résoudre harmonieusement les litiges découlant de deux contrats. De plus, il est bénéfique pour les parties de choisir une loi qu'elles connaissent mieux ou qu'elles estiment être bénéfique même si elle n'est pas directement liée au contrat. Il existe également de nombreux autres points à prendre en compte lors de la sélection de la loi applicable dans les contrats de sous-traitance. Ces points sont également inclus dans notre étude.

Pour déterminer la loi applicable à la possibilité de recours direct du sous-traitant au maître d'ouvrage, il est tout d'abord nécessaire de déterminer comment la relation juridique entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant sera qualifiée et, en fonction de cette qualification, de déterminer la loi applicable. Lorsque la qualification est impossible ou ne permet pas d'obtenir des résultats satisfaisants, il existe des opinions divergentes sur la manière de déterminer la loi applicable à cette relation. Ces opinions sont également examinées dans le cadre de notre étude. Si la loi déterminée ne permet pas au sous-traitant de s'adresser directement au maître d'ouvrage, l'existence d'une hypothèque de constructeur peut constituer une solution pour le sous-traitant. En effet, l'hypothèque de constructeur, toute seule, permet au sous-traitant d'avoir un recours direct au maître d'ouvrage.

Dans la troisième partie de notre étude, on a examiné les contrats de sous-traitance du point de vue de la compétence internationale des tribunaux Turcs, de l'arbitrage et des mécanismes de règlement des différends prévus par les règles de FIDIC.

Parmi les mécanismes de règlement des différends, l'arbitrage occupe une place importante. En outre, les relations de sous-traitance sont les relations où le recours à l'arbitrage multipartite est le plus nécessaire pour éviter les litiges parallèles entre le

maître d'ouvrage-l'entrepreneur principal et l'entrepreneur principal-sous-traitant, ainsi que les effets négatifs de ceux-ci, et pour éviter obtenir les droits après une période de litige très longue en devant commencer une seconde procédure d'arbitrage après avoir terminé l'une. Dans les relations de sous-traitance, les parties peuvent inclure des dispositions relatives à l'arbitrage multipartite de différentes manières. Le livre spécial "Conditions de sous-traitance pour la construction", publié en 2011 par FIDIC pour les contrats de sous-traitance, prévoit également un mécanisme unique pour l'arbitrage multipartite dans l'"Alternative Clause 20". Cependant, l'"Alternative Clause 20" présente les avantages ainsi que les inconvénients pour les entrepreneurs principaux et les sous-traitants. Ce mécanisme unique proposé par FIDIC est également examiné en détail dans le cadre de notre étude.



ABSTRACT

In construction projects, main contractors often establish contracts with other contractors for the performance of a portion or all of the work they have undertaken, and these contracts are referred to as subcontracting agreements. Although subcontracting agreements are frequently encountered even in the simplest construction projects, they are more common in major and international projects. International construction projects trigger the emergence of subcontracting agreements that involve a foreign element, and also raise questions about when a subcontracting agreement can be considered as having foreign element and what the potential consequences of this may be. The idea for this study arose from the determination that subcontracting relationships in construction projects can raise many problems not only from a civil law perspective, but also from the perspective of private international law, and that a comprehensive study is needed on these problems and their potential solutions.

In the first section of our study, the nature and types of subcontracting agreements, the relationship between subcontractor-main contractor and between subcontractor-employer, have been examined from a Turkish Law and comparative law perspective for the purpose of constituting the basis of the second and third sections of the study, limitedly with this purpose.

Subcontracting agreements refer to the contracts concluded between the main contractor or main contractors with other contractors to carry out all or some parts of the work, while the employer concludes contracts with one or more main contractors for the entire work or different portions of the work. The second tier (or subsequent) contractors are referred to as “subcontractors”.

Like the main contractors, subcontractors are generally legal entities. However, the main contractor and subcontractor can also be an individual or a commercial partnership without legal personality (such as ordinary partnership). In practice, subcontractors are often small or medium-sized enterprises, while large construction companies are typically in the position of main contractors.

There are consecutive contracts of work in the relationship between the employer, main contractor and subcontractor. The parties to a subcontracting agreement are the main contractor and the subcontractor. The employer is not a party to it. The main contract and subcontracting agreement are independent of each other, and there is no contractual relationship between subcontractors and the employer. However, although it is not a party to the subcontracting agreement, the employer cannot be ignored when examining subcontracting agreements, since subcontracting agreement aims fulfilment of the main contract and there is an economic connection between the two contracts in this respect. This situation should also be taken into account when examining the problems that may arise in international private law regarding subcontracting relationships.

When a comparative law analysis is made regarding the relationship between employer and subcontractor, different results are reached in national laws. Some national laws have specific provisions allowing the subcontractor to have recourse directly to the employer, while in others such specific provisions do not exist. These differences in national laws demonstrate how important it is to determine the applicable law to the subcontractor's right to have recourse directly to the employer.

In terms of the private international law issues that may arise from subcontracting relationships, it is first necessary to determine in which cases subcontracting relationships involve a foreign element. In this context, in the second section of our study, we have examined the issues that may arise in subcontracting agreements in terms of foreign element and applicable law. The law applicable to the subcontractor's right to have recourse directly to the employer is also among these issues. This section also addresses the impact of standard rules used in international construction contracts on the choice of law. As the limits of the application of foreign law to subcontracting agreements are constituted by public policy and overriding mandatory rules, the meaning and scope of these limits have been extensively discussed with various examples.

The main contractor and the subcontractor, who are parties to a subcontracting agreement, can freely agree on the law applicable to the contract by making a choice of law. There is no limit to the choice of law, but certain issues should be taken into account when making such a choice. The most important of these is that the parties should consider the importance of resolving any disputes in harmony arising from the two contracts. In addition, it is beneficial for the parties to choose a law that they are more familiar with or that they believe would be more beneficial, even if the said law is not directly related with the contract. There are also many other issues to be taken into account when making a choice of law in subcontracting agreements. These are also addressed in our study.

In order to determine the applicable law to the subcontractor's right to have recourse directly to the employer, at first it is necessary to determine how the legal relationship between the employer and the subcontractor will be characterized. Then, the applicable law should be determined according to this characterization. In cases where characterization is not possible or does not produce favorable results, there are different views on how to determine the law to be applied. These views are also discussed in our study. If the applicable law does not allow the subcontractor to have a recourse directly to the employer, the existence of a construction lien may be a solution for the subcontractor, since the construction lien alone opens the way for the subcontractor to apply directly to the employer.

In the third section of our study, subcontracting agreements have been evaluated in terms of the international jurisdiction of Turkish Courts, arbitration and dispute resolution mechanisms envisaged in FIDIC Rules.

Within dispute resolution mechanisms, arbitration is of utmost importance. Furthermore, the need to multi-party arbitration is very high in order to prevent parallel proceedings between employer-main contractor and main contractor-subcontractor and the negative effects of this kind of proceedings. Multi-party arbitration is also important in order to prevent the need to first finish a proceeding and then start another one, which will result in a long process for resolving disputes. In subcontracting relationships, parties can include provisions on multi-party arbitration in different ways. The Conditions of Subcontract for Construction dated 2011, a special book prepared by FIDIC for subcontracting agreements, also envisages an original mechanism for multi-party arbitration under "Second Alternative Article 20".

However, the said Article has both advantages and disadvantages for both main contractors and subcontractors. This unique mechanism introduced by FIDIC is also discussed in detail in our study.



ÖZET

İnşaat projelerinde asıl yükleniciler, üstlendikleri işin bir bölümünün veya tamamının ifa edilmesi için sıklıkla başka yüklenicilerle sözleşmeler kurmakta ve bu sözleşmeler alt yüklenicilik sözleşmesi adını almaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmeleriyle en basit inşaat projelerinde dahi sık sık karşılaşılma ile birlikte, bu sözleşmelere büyük ve uluslararası projelerde daha da fazla rastlanmaktadır. Uluslararası niteliğe sahip inşaat projeleri yabancılık unsuru ihtiva eden alt yüklenicilik sözleşmelerinin ortaya çıkmasını tetiklemekte, ayrıca bir alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olduğundan hangi durumlarda bahsedilebileceğinin ve bunun muhtemel sonuçlarının neler olabileceğinin sorgulanması ihtiyacını doğurmaktadır. Bu çalışmanın yapılması fikri, inşaat projelerinde alt yüklenicilik ilişkilerinin sadece medeni hukuk açısından değil, milletlerarası özel hukuk açısından da birçok problemi gündeme getirebileceğinin ve bu problemler ile potansiyel çözümleri konusunda bütüncül bir çalışmaya ihtiyaç duyulduğunun tespit edilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, ikinci ve üçüncü bölümün temelini oluşturmak amacıyla ve bu amaçla sınırlı olacak şekilde, Türk Hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta alt yüklenicilik sözleşmelerinin niteliği, türleri, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ve alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki incelenmiştir.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri, iş sahibinin tüm iş için bir veya birden fazla asıl yükleniciyle sözleşme yapmasına veya işin belirli kısımları için farklı asıl yüklenicilerle sözleşmeler yapmasına karşılık, asıl yüklenicinin veya asıl yüklenicilerin işin tamamını veya bazı parçalarını yaptırmak üzere başka yüklenicilerle akdettikleri sözleşmeleri ifade etmekte ve ikinci sıradaki (veya sonraki sıralardaki) bu yükleniciler “alt yüklenici” veya “taşeron” olarak adlandırılmaktadır.

Asıl yükleniciler gibi alt yükleniciler de genellikle tüzel kişilerdir. Bununla birlikte, asıl yüklenici ile alt yüklenici bir gerçek kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir ticari ortaklık da (örneğin adi ortaklık) olabilir. Uygulamada genellikle alt yüklenicilerin küçük veya orta ölçekli işletmeler olduğu, asıl yüklenici konumunda ise büyük inşaat şirketlerinin yer aldığı görülmektedir.

İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkide arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri vardır. Alt yüklenicilik sözleşmelerinin tarafları asıl yüklenici ile alt yüklenicidir. İş sahibi ise bu sözleşmeye taraf değildir. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi birbirinden bağımsız olup, alt yükleniciler ile iş sahibi arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak, her ne kadar alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olmasa da iş sahibinin, alt yüklenicilik sözleşmesinin incelenmesinde göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira, alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifası amacına yönelmektedir ve bu yönüyle iki sözleşme arasında ekonomik bir bağlantı vardır. Alt yüklenicilik ilişkilerinin milletlerarası özel hukukta ortaya çıkarabileceği problemler incelenirken de bu durum göz önünde bulundurulmalıdır.

İş sahibiyle alt yüklenici arasındaki ilişki bakımından bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığında, milli hukuklarda bu konuda farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Bazı milli hukuklarda alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğine yönelik özel düzenlemeler yapıldığı, bazılarında ise böyle özel düzenlemelerin yer almadığı görülmektedir. Milli hukukların gösterdiği bu farklılıklar alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru imkanına uygulanacak hukukun tespitinin ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Alt yüklenicilik ilişkilerinin ortaya çıkarabileceği milletlerarası özel hukuk problemleri açısından öncelikle alt yüklenicilik ilişkilerinin hangi durumlarda yabancılık unsuru taşıdığı tespit edilmelidir. Çalışmamızın ikinci bölümünde alt yüklenicilik sözleşmelerinde yabancılık unsuru ve uygulanacak hukuk açısından ortaya çıkabilecek problemler ele alınmıştır. Alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukuk da bunlar arasındadır. Bu bölümde ayrıca milletlerarası inşaat sözleşmelerinde kullanılan standart kuralların hukuk seçimi üzerindeki etkisine de değinilmiştir. Alt yüklenicilik sözleşmelerine yabancı hukukun uygulanmasının sınırını kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar

oluşturduğundan, bu sınırların anlamı ve kapsamı da çeşitli örneklerle detaylı olarak ele alınmıştır.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları olan asıl yüklenici ile alt yüklenici, hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilirler. Seçilebilecek olan hukuk konusunda bir sınır bulunmamaktadır, ancak hukuk seçimi yapılırken bazı hususlara dikkat etmek gerekir. Bunlardan en önemlisi, tarafların hukuk seçimi yaparken iki sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların uyum içinde çözülebilmesinin önemini göz önünde bulundurmalarıdır. Ayrıca, tarafların sözleşme ile doğrudan ilgisi olmasa bile daha iyi bildikleri veya uygulanmasında yarar gördükleri bir hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmelerinde fayda bulunmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılırken dikkat edilmesi gereken birçok başka husus da bulunmaktadır. Bu hususlara da çalışmamız kapsamında yer verilmiştir.

Alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukukun tayin edilebilmesi için ise öncelikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin ne şekilde vasıflandırılacağına tespit edilmesi ve yapılacak vasıflandırmaya göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Vasıflandırmanın mümkün olmadığı veya elverişli sonuçlar ortaya çıkarmadığı noktada bu ilişkiye uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır ve bu görüşler de çalışmamızda ele alınmıştır. Sonuçta tespit edilecek hukuk alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmasına imkan tanııyorsa, inşaatçı ipoteğinin varlığı alt yüklenici açısından bir çözüm olabilir. Zira, inşaatçı ipoteği tek başına alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma yolunu açmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, alt yüklenicilik sözleşmeleri Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, tahkim ve FIDIC Kuralları'nda öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmaları açısından değerlendirilmiştir.

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında tahkim büyük önem arz etmektedir. Alt yüklenicilik ilişkileri, iş sahibi-asıl yüklenici ve asıl yüklenici-alt yüklenici arasında oluşabilecek paralel yargılamaların ve bunların olumsuz etkilerinin önlenmesi veya öncelikle bir tahkim yargılamasını bitirip sonrasında diğeri bir tahkim yargılamasını başlatmak zorunda kalarak hakkın oldukça uzun bir yargılama süreci sonucunda elde edilmesinin önüne geçilebilmesi için, çok taraflı tahkime en çok

ihtiyaç duyulan ilişkilerdir. Alt yüklenicilik ilişkilerinde taraflar, aralarındaki ilişkiye çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeleri farklı şekillerde dahil edebilirler. FIDIC tarafından alt yüklenicilik sözleşmeleri için hazırlanan özel bir kitap olan 2011 tarihli “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları (Conditions of Subcontract for Construction)”nda da “İkinci Alternatif Madde 20” altında çok taraflı tahkime ilişkin özgün bir mekanizma öngörülmektedir. Bununla birlikte, 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları’nda yer alan İkinci Alternatif Madde 20’nin hem asıl yükleniciler hem de alt yükleniciler tarafından avantajları olduğu kadar dezavantajları da bulunmaktadır. FIDIC’in getirdiği bu özgün mekanizma da çalışmamızda detaylı bir şekilde ele alınmıştır.



GİRİŞ

Alt yüklenicilik sözleşmeleri, bir işi üstlenen yüklenicinin (**“asıl yüklenici”**), o işin bir bölümünün veya tümünün ifa edilmesi amacıyla başka yüklenicilerle kurduğu sözleşmelerdir. Türk hukukunda alt yüklenicilik sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu’nda (**“TBK”**) yer alan sözleşme türlerinden eser sözleşmesi kapsamına girmektedir. Bu sözleşmelerle en çok inşaat projeleri kapsamında karşılaşılmaktadır. Özellikle metro, stadyum, baraj, alışveriş merkezi ve otel inşaatı gibi büyük inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmakla birlikte, en basit inşaat işlerinde de alt yüklenicilik sözleşmelerinin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. En çok inşaat projelerinde kullanılmaları ve bu tür projelerde özel uygulamalara sahip olmaları nedeniyle, bu çalışma inşaat projeleri kapsamında akdedilen alt yüklenicilik sözleşmelerinin ve iş sahibi-asıl yüklenici-alt yüklenici ilişkilerinin milletlerarası özel hukuk açısından incelenmesiyle sınırlandırılmıştır¹.

Günümüzde birçok inşaat projesi uluslararası niteliğe sahiptir. Bu durum, alt yüklenicilik kurumunun ve buna bağlı olarak alt yüklenicilik sözleşmelerinin uluslararası alanda da çok fazla uygulama alanı bulması sonucunu doğurmakta ve uluslararası alandaki önemini de artırmaktadır. Nitekim, 1913 yılında İsviçre’nin Lozan şehrinde kurulmuş olan “Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)” (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu) tarafından hazırlanan FIDIC Kuralları’nda sözleşmelerin uluslararası alanda yeknesaklaştırılmasına katkı sağlamak amacıyla alt yüklenicilik kurumu düzenlenmektedir. FIDIC tarafından alt yüklenicilik sözleşmeleri için özel bir kitap da hazırlanarak “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları (Conditions of Subcontract for Construction)” adını

¹818 sayılı Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmelerini düzenleyen 355 ila 371. maddelerinde kullanılan “*müteahhit*” ibaresinin yerini 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 470 ila 486. maddeleri arasında “*yüklenici*” ibaresinin aldığı dikkat çekmektedir. İki kavram arasında anlam olarak bir fark olmamakla birlikte, biz bu çalışmada açıklamalarımızı şu anda yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yapacak olmamız nedeniyle “*yüklenici*” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

almıştır. 1994 ve 2011 yıllarında yayımlanmış olan bu şartlar birçok diğer hususun yanında alt yüklenicilik sözleşmelerindeki taleplerin yöneltilmesi ve uyuşmazlık çözümü mekanizmalarını düzenlemektedir. İlerleyen günlerde bu şartların yeniden gözden geçirilerek birtakım değişiklikler geçirmesi de gündeme gelebilecektir.

Uluslararası niteliğe sahip inşaat projeleri yabancılık unsuru ihtiva eden alt yüklenicilik sözleşmelerinin ortaya çıkmasını tetiklemekte, ayrıca bir alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olduğundan hangi durumlarda bahsedilebileceğinin ve bunun muhtemel sonuçlarının neler olabileceğinin sorgulanması ihtiyacını doğurmaktadır.

Uluslararası alanda taşıdığı bu önem, alt yüklenicilik sözleşmesinin milletlerarası özel hukuk açısından ortaya çıkardığı veya çıkarabileceği problemlerin incelenmesini gerekli kılmaktadır. Doktora tez konumuzun “Milletlerarası Özel Hukukta Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri” olarak belirlenmesi fikri de bu gereklilikten ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde Türk Hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta alt yüklenicilik sözleşmelerinin niteliği, türleri, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ve iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki ilişki incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde alt yüklenicilik sözleşmelerinde yabancılık unsuru ve uygulanacak hukuk açısından ortaya çıkabilecek problemler ele alınacaktır. Alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukuk da bunlar arasındadır. Bu bölümde ayrıca milletlerarası inşaat sözleşmelerinde kullanılan standart kuralların hukuk seçimi üzerindeki etkisine değinilecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise alt yüklenicilik sözleşmeleri Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, tahkim ve FIDIC Kuralları’nda öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmaları açısından değerlendirilecektir. Özellikle tahkim sözleşmelerinin/şartlarının hazırlanması, çok taraflı tahkim kavramı ve tahkimde paralel yargılamalar, alt yüklenicilik sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar açısından büyük önem arz etmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİ

I. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kavram

Alt yüklenicilik sözleşmeleri, iş sahibinin tüm iş için bir asıl yükleniciyle sözleşme yapmasına veya işin belirli kısımları için farklı asıl yüklenicilerle sözleşmeler yapmasına karşılık, asıl yüklenicinin veya asıl yüklenicilerin işin tamamını veya bazı parçalarını yaptırmak üzere başka yüklenicilerle akdettikleri sözleşmeleri ifade etmekte ve ikinci sıradaki bu yükleniciler “alt yüklenici” veya “taşeron” olarak adlandırılmaktadır². “Taşeron” kelimesi dilimize Fransızca’dan

² Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 49; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 619; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 456-457; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınları, 2022, s. 1111; Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 151; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 539; Halil Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 8; Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 38; Muhammet Erişen, **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 10; Yaşar Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 139. Karahasan alt yüklenici için “alt üstenci” kavramını kullanmaktadır (Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C. 1, Ankara: Beta Yayıncılık, 1997, s. 209). Alt yüklenicilik sözleşmesinin tanımı açısından milli hukuklar arasında bir farklılık gözlenmemektedir. Örneğin, Türk Hukukunda doktrin tarafından yapılan bu tanımın benzeri Fransız Hukuku’nda alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 75-1334 sayılı Kanun’da yer almaktadır. 75-1334 sayılı Kanun madde 1: “*Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.*” Resmi olmayan Türkçe çeviri: “Bu yasaya göre alt yüklenicilik, bir asıl yüklenicinin, özel sektör projelerinde eser sözleşmesinin tamamının veya bir kısmının, kamu projelerinde ise işin sadece bir

girmiştir. Fransızca bir kelime olan “tâche”, iş, görev, ödev anlamına gelmektedir. Bu kelimeden türemiş olan “tâcheron” ise başkasına ait yükümlülüğü ücret karşılığında üstlenen, iş yüklenen kimseyi ifade etmektedir³.

İş sahibi, bir eser meydana getirilmesi, bir eserin onarılması veya bir esere ilaveler yapılması gibi amaçlarla bir yükleniciyle eser sözleşmesi akdeden ve yükleniciye bu edimin ifa edilmesi karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına giren kişi olarak tanımlanabilir⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 470. maddesinde de iş sahibi, yüklenicinin meydana getirmeyi taahhüt ettiği eser karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenen kişi olarak ifade edilmiştir. İş sahibi, bir güven ilişkisi temelinde işi belirli bir yükleniciye verir ve yükleniciden de işin zamanında ve gereği gibi tamamlanmasını bekler.

Asıl yüklenicilik kavramı, yüklenicinin iş sahibi ile akdettiği eser sözleşmesinden (**“asıl yüklenicilik sözleşmesi”**) bağımsız olarak, aldığı işin tamamının veya bir bölümünün ifasını başka kişilere bırakması halinde ortaya çıkmaktadır. İş sahibi tarafından görevlendirilen kişi asıl yüklenici, asıl yüklenici tarafından görevlendirilen kişiler ise alt yüklenici veya taşeron olarak adlandırılır⁵.

Alt yüklenicilik sözleşmesi vasıtasıyla asıl yüklenici iş sahibinin kendisine olan güvenini zedelememek, işi zamanında ve gereği gibi yapmak ve uzmanlık gerektiren işleri uzmanına bırakmak amacıyla işin bir bölümünü veya tamamını alt yüklenicilere yaptırabilecektir. İnşaat projelerinde iş sahibi için önemli olan, işin kimin tarafından yapıldığından ziyade, zamanında ve gereği gibi ifa edilmesi ve aksi durumda karşısında sorumlu olarak görebileceği bir asıl yüklenicinin bulunmasıdır.

İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkide arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri vardır⁶. Birinci sözleşme iş sahibiyle asıl yüklenici arasındaki asıl yüklenicilik sözleşmesidir. İkinci sözleşme ise asıl yüklenici ile alt yüklenici

kısımının ifasını, kendi sorumluluğu altında olmak üzere, bir alt yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenici adı verilen bir diğer kişiye bıraktığı işlemdir.”

³ “Taşeron” kelimesinin Türkçe’de yaygın bir yanlış kullanımının olduğu görülmektedir. Özellikle bazı kamu kurumlarının kendi çalışanlarıyla bizzat yapmaları gereken, görev tanımlarında yer alan işleri bir yüklenici görevlendirerek yaptırımlarına da taşeronluk dendiği dikkat çekmektedir. Örneğin, İstanbul Belediyesi’nin yapması gereken temizlik işi için bir temizlik şirketiyle anlaşmasına taşeronlaşma denmektedir. Ancak, burada bir asıl yüklenici ve iş sahibi yoktur, dolayısıyla alt yüklenicilik sözleşmesi de yoktur. “Taşeron” kelimesinin bu yanlış kullanımlarının ortadan kaldırılması ve kelimenin doğru bir biçimde kullanılması önemlidir.

⁴ Erişen, s. 20.

⁵ Öz, s. 49; Selimoğlu, s. 139; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 3; Erişen, s. 19.

⁶ Öz, s. 49.

arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesidir. Dolayısıyla ikinci sözleşmenin tarafları asıl yüklenici ile alt yüklenicidir. Alt yükleniciler ile iş sahibi arasında ise hiçbir sözleşme ilişkisi yoktur⁷. Ancak, her ne kadar alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olmasa da iş sahibinin, alt yüklenicilik sözleşmesinin incelenmesinde göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira, alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifası amacına yönelmektedir ve bu bakımdan kaynağını ondan almaktadır⁸.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alt yüklenici, asıl yükleniciden aldığı işi zamanında ve gereği gibi ifa ederek teslim etme, asıl yüklenici ise bunun karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir⁹. Ayrıca oldukça az görülmekle birlikte, asıl yüklenicinin ücret ödeme borcu altına girmediği alt yüklenicilik sözleşmeleri de yapılabilmektedir¹⁰. Bununla birlikte, önemle belirtmek gerekir ki bu tür durumlarda alt yüklenici yine ücretini almakta ama bu ücretin doğrudan iş sahibi tarafından karşılanmasının kararlaştırıldığı görülmektedir.

Alt yüklenicilik sözleşmeleriyle en çok inşaat projeleri kapsamında karşılaşılmaktadır¹¹. Bu sözleşmeler inşaat hukuku uygulamasında akdedilen sözleşmelerin sayısal açıdan çok büyük bir bölümünü oluşturmakta, hazırlanış biçimleri açısından farklı şekillerde karşımıza çıkmakta, ayrıca projelerin hızlı ve düzenli bir şekilde yürütülebilmesi amacını taşımaktadır. Tüm bunlar alt yüklenicilik sözleşmelerini inşaat hukuku açısından oldukça önemli bir hale getirmektedir. İnşaat projelerinde iş sahipleri genellikle tek bir yükleniciyle anlaşmayı ve projenin ifasından sadece onu sorumlu tutmayı, proje boyunca sadece onu muhatap almayı tercih ederler. Bu yüklenici asıl yüklenicidir. Asıl yüklenici ise kendi kapsamındaki işlerin tamamının veya bir kısmının ifası için bir veya daha fazla alt yükleniciyle anlaşmaktadır ve bu uygulamayla oldukça sık karşılaşılmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri özellikle metro, stadyum, baraj, alışveriş merkezi ve otel inşaatı gibi

⁷Öz, s. 49; Aral/Ayrancı, s. 458; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 152; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 10; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 40; Öz Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 242.

⁸ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 10; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 38, dipnot 94; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 243.

⁹Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 69.

¹⁰ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 69.

¹¹ Florian Pulkowski, "The Subcontractor's Direct Claim in International Business Law", **International Construction Law Review**, S. 21, 2004, s. 31.

büyük inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmakla birlikte, en basit inşaat işlerinde de sıklıkla kullanılmaktadır¹².

İnşaat projelerinde projenin farklı bölümleri için farklı uzmanlıklar gerekmektedir. Asıl yüklenicinin projenin tamamlanabilmesi için gerekli olan tüm uzmanlık alanlarında yetkin olması beklenemez. Bu nedenle, inşaat projelerinde işin tamamen bizzat asıl yüklenici tarafından yapılması mümkün değildir. Genellikle bir tüzel kişi olan asıl yüklenici, işi bizzat yapmayıp, eserin meydana getirilmesinde gerekli uzmanlıklara sahip kişileri bir araya getirerek onların uygun ve uyumlu bir şekilde çalışmalarını sağlamayı tercih edebilir. İşte eserin meydana getirilmesi için asıl yüklenici tarafından görevlendirilen bu kişiler alt yüklenici adını alır. Asıl yükleniciler gibi alt yükleniciler de genellikle tüzel kişilerdir. Bununla birlikte, asıl yüklenici ile alt yüklenici bir gerçek kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir ticari ortaklık da (örneğin adi ortaklık) olabilir¹³. Uygulamada genellikle alt yüklenicilerin küçük veya orta ölçekli işletmeler olduğu, asıl yüklenici konumunda ise büyük inşaat şirketlerinin yer aldığı görülmektedir¹⁴.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, bu sözleşmenin yapılmasına olanak sağlayan bir ilişki de ayrıca söz konusu olmaktadır. Bu ilişki iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi, yani asıl yüklenicilik sözleşmesidir. Alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasına yönelik olarak akdedilmektedir¹⁵. İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçlüsünde asıl yüklenici hem iş sahibiyle olan sözleşmenin hem de alt yükleniciyle olan sözleşmenin tarafı durumundadır. Asıl yüklenici bu şekilde iş sahibine karşı yüklenici konumundayken, alt yüklenicilere karşı iş sahibi konumunda yer alır. Dolayısıyla, alt yüklenici karşısında iş sahibi olan kişinin de aslında yüklenici sıfatı bulunmaktadır. Ancak, asıl yüklenicinin alt yüklenici karşısında sıfatı yüklenici değil iş sahibidir. Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları asıl yüklenici ile alt

¹² Alt yüklenicilik sözleşmesinin karşılığı İngilizcede “*Subcontract*”, Fransızcada “*Contrat de sous-traitance*”, Almandaca ise “*Subunternehmervertrag*” dır. Alt yüklenicinin karşılığı ise İngilizcede “*Subcontractor*”, Fransızcada “*Sous-traitant*”, Almandaca ise “*Subunternehmer*” dir.

¹³ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 6; Erişen, s. 20.

¹⁴ Pulkowski, s. 32.

¹⁵ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 10.

yüklenicidir¹⁶. Alt yükleniciler ile iş sahibi arasında ise hiçbir sözleşme ilişkisi yoktur¹⁷.

İş sahibi ile asıl yüklenici arasında akdedilen asıl yüklenicilik sözleşmesinden bağımsız ve ayrı bir sözleşme olan alt yüklenicilik sözleşmesi, bir işi üzerine alan asıl yükleniciye, işin belli kısımlarını o konularda uzmanlığı bulunan alt yüklenicilere yaptırma imkanı sağlamaktadır. Örneğin, bir fabrika inşası işini alan asıl yüklenici bazı binaları, bacayı, lojmanları vb. yaptırtmak için kendi ekibini kullanmak yerine bu konuda uzman olan başka yüklenicilerle alt yüklenicilik sözleşmeleri akdetmekte veya bir ev inşası üstlenen asıl yüklenici doğramaları yaptırmak için doğramacı ile, fayansları yaptırmak için fayansçıyla anlaşmaktadır¹⁸.

Alt yüklenicilerin kendilerine bırakılan iş konusunda uzman olmalarının yanında bir diğer önemli özellikleri de asıl yükleniciyle aralarında bir bağımlılık ilişkisi olmayıp, uzman oldukları işin ifası sürecinde bağımsız hareket etmeleridir¹⁹.

Günümüzde inşaat sektöründeki hızlı değişim ve gelişim ile buna bağlı olarak işlerin gereği gibi ifa edilebilmesi için gerekli olan seri ve kaliteli üretim ihtiyacı alt yüklenicilik sözleşmelerinin önemini daha da artırmaktadır. Asıl yüklenici tarafından alt yükleniciye başvurulmasının temel nedenleri; kapasite esnekliğinin sağlanarak asıl yüklenicinin aynı anda birden fazla projeyi yürütebilmesinin yolunun açılması, projenin belli bölümlerinde belirli alanlarda uzman olanların uzmanlığından yararlanma ihtiyacı, iş alan asıl yüklenicilerin işin maliyetini azaltma istekleri, kullanılan alt yükleniciler sayesinde üretimin hem kaliteli hem de hızlı bir şekilde yerine getirilebilmesi olarak öne çıkmaktadır²⁰.

Asıl yüklenicinin ücret ödeme borcu altına girdiği alt yüklenicilik sözleşmeleri, bir eser meydana getirme taahhüdü ve ücret unsurlarını içerdiği için Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme türlerinden eser sözleşmesi kapsamına

¹⁶ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 3; Aral/Ayrancı, s. 457; Türker Yalçınduran, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 25; Erişen, s. 10.

¹⁷ Öz, s. 49; Aral/Ayrancı, s. 458; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 152; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 10.

¹⁸ Öz, s. 49.

¹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 622; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151, 152; Karahasan, s. 209-210; Selimoğlu, s. 139; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 8; Zevkliler/Gökyayla, s. 540; Yalçınduran, s. 50; Erişen, s. 13.

²⁰ Erişen, s. 7.

girmektedir²¹. Nitekim İsviçre Hukuku²², Fransız Hukuku²³ ve Alman Hukuku'nda²⁴ da durum böyledir. İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkide arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri vardır²⁵. Birinci sözleşme iş sahibiyle asıl yüklenici arasındaki asıl yüklenicilik sözleşmesidir. İkinci sözleşme ise asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesidir.

Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu veya başka bir hukuki düzenlemede alt yüklenicilik sözleşmelerini doğrudan tanımlayan ve özelliklerini ortaya koyan bir hüküm mevcut değildir. Bu konuda Fransız Hukuku, Türk Hukuku'ndan farklılık arz eden bir hukuk sistemi olarak dikkat çekmektedir. Zira, Fransa'da alt yüklenicilik sözleşmeleri 31 Aralık 1975 tarihli ve 75-1334 sayılı özel bir kanunla düzenlenmekte ve bu kanunun ilk maddesinde alt yüklenicilik sözleşmelerinin bir tanımı yer almaktadır.

B. Türk Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmelerine Uygulanacak Hükümler

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, bir eser meydana getirme taahhüdü ve ücret unsurlarını içeren alt yüklenicilik sözleşmeleri eser sözleşmesi kapsamına girmektedir²⁶. Bu nedenle, Türk Hukuku'nda alt yüklenicilik sözleşmeleriyle ilgili

²¹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 77; Öz, s. 49; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 619; Yavuz/Acar/Özen, s. 1112; Aral/Ayrancı, s. 457; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151; Karahasan, s. 210; Selimoğlu, s. 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 539; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 9, 69; Yalçınduran, s. 24; Erişen, s. 45. Alt yüklenicilik sözleşmesinin ücret unsurunu içermemesi durumundaki hukuki niteliği için bkz. "F. İş Görme Borcu İhtiva Eden Diğer Sözleşme Türleriyle İlişkisi".

²² Evrim Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 12. İsviçre Hukuku'nda eser sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nun 363-379 maddeleri arasında "Contrat d'Entreprise" başlığı altında düzenlenmektedir.

²³ Fransız Hukuku'nda eser sözleşmeleri Medeni Kanun'un 1779-1799(1) maddeleri arasında "*Contrat de Louage d'Ouvrage*" başlığı altında düzenlenmektedir. Fransız Hukuku'nda alt yüklenicilik sözleşmelerini özel olarak düzenleyen 31 Aralık 1975 tarihli 75-1334 sayılı Kanun'da ise eser sözleşmeleri için "*Contrat d'Entreprise*" ifadesi kullanılmaktadır. 75-1334 sayılı Kanunun ilk maddesinde alt yüklenicilik sözleşmeleri, asıl yüklenicinin bir eser sözleşmesinin tamamını veya bazı parçalarını yaptırmak üzere başka yüklenicilerle akdettiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. 75-1334 sayılı Kanun madde 1: "*Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.*" Resmi olmayan Türkçe çeviri: "Bu yasaya göre alt yüklenicilik, bir asıl yüklenicinin, özel sektör projelerinde eser sözleşmesinin tamamının veya bir kısmının, kamu projelerinde ise işin sadece bir kısmının ifasını, kendi sorumluluğu altında olmak üzere, bir alt yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenici adı verilen bir diğer kişiye bıraktığı işlemidir."

²⁴ Alman Hukuku'nda eser sözleşmeleri Medeni Kanun'un 631-651 maddeleri arasında "*Werkvertrag*" başlığı altında düzenlenmektedir. Alt yüklenicilik sözleşmeleri için özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu sözleşmeler mahiyetleri itibarıyla eser sözleşmesi hükümlerini karşılamakta olup, Alman hukukunda bu konuda herhangi bir tartışma tespit edilmemiştir.

²⁵ Öz, s. 49.

²⁶ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 77; Öz, s. 49; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 619; Yavuz/Acar/Özen, s. 1112; Aral/Ayrancı, s. 457; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde**

konularda öncelikle asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmede öngörölmüş hükümler, bu hükümlerde bir boşluk bulunması durumunda ise Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen 470 ilâ 486. maddeleri uygulanacaktır. Asıl yüklenici iş sahibine karşı yüklenici konumundayken, alt yüklenicilik sözleşmesinde iş sahibi konumuna geldiği için kanunun eser sözleşmesi altındaki iş sahibine ilişkin hükümlerine tabi olacak, alt yüklenici ise kanunun yükleniciye ilişkin hükümlerine tabi olacaktır. Sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemeleri gerekmektedir.

Ortaya çıkan hukuki bir sorunun çözümü konusunda alt yüklenicilik sözleşmesinde veya Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında bir düzenleme olmaması halinde ise Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre sorun çözülecektir²⁷.

Alt yüklenicilik sözleşmesi ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na da tabi olabilir. Bu durumda alt yüklenicilik sözleşmesinde bir boşluk bulunuyorsa öncelikle bu mevzuat uygulama alanı bulacaktır²⁸. Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olacak alt yüklenicilik sözleşmeleri, iş sahibi olarak kamu kurum ve kuruluşlarının yer aldığı projeler kapsamında yapılacak olan sözleşmelerdir.

C. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerine Getirilen Sınırlamalar ve Sınırlamaların İstisnaları

1. Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Sınırlama Olarak Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu

Türk hukukunda alt yüklenicilik sözleşmelerinin tanımı, hukuki niteliği ve özelliklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmelerine ilişkin 471/3 maddesi alt yüklenicilik sözleşmelerini ilgilendiren bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu hükümde yüklenicinin eseri şahsen meydana getirmesinin bir kural olarak öngöröldüğü görölmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 maddesine göre;

Ek İş ve İş Değişikliği, s. 151; Karahasan, s. 210; Selimoğlu, s. 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 539; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 9, 69; Yalçınduran, s. 24; Erişen, s. 45.

²⁷ Erişen, s. 45.

²⁸ Erişen, s. 45.

*“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”*²⁹

Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri arasında yer alan 83. maddesine göre ise, *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”* Yani, borçlu, kural olarak edimini şahsen yerine getirmek zorunda değildir. Söz konusu hüküm, borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmuyorsa, başka bir deyişle ifade kişisel özelliklerin ve becerinin önemi yoksa, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığını öngörmektedir³⁰.

Görülmektedir ki kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu’nun 471/3 hükmünde 83. maddedeki ilkedden ayrılarak eser sözleşmeleri açısından şahsen ifayı kural haline getirmiştir³¹. Bunun temelinde, eser sözleşmelerinin ifasında borçlunun kişisel özelliklerinin, yani bilgi birikiminin, uzmanlığının, yetenek ve güvenilirliğinin önemli olduğu, bu nedenle de borcun şahsen ifasında alacaklının menfaati olduğu düşüncesi yatmaktadır. Kanun koyucu 471/3 hükmüyle, eser sözleşmelerinde eser meydana

²⁹ Söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılan 808 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki karşılığı olan m. 356/2’ye göre, *“Müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.”* Bu düzenlemenin eski hali ile yeni hali arasında, kullanılan dilin arılaştırılması dışında bir fark olmadığı görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 364/2 maddesi de Türk Borçlar Kanunu’nun 471/3 maddesiyle benzer düzenlemeyi içermektedir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili hükmü hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Pierre Tercier, **Les Contrats Spéciaux**, Zurich: Schultess, 2003, s. 585-586; Peter Gauch, **Le Contrat d’Entreprise**, Zurich: Schultess, 1999, s. 185-189. İsviçre’de ayrıca Schweizer Ingenieur und Architektenverein (SIA) tarafından hazırlanan SIA Norm 118 -Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Yapı İşlerine İlişkin Genel Koşullar) da alt yüklenicilik sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu normun taraf ilişkilerinde kendiliğinden uygulanması söz konusu değildir. Bu genel sözleşme koşulları, ancak taraflarca sözleşmenin içeriğine dahil edildikleri takdirde ve o oranda uygulanır. (SIA Norm 118 hakkındaki açıklamalar için bkz. Gauch, s. 191; Peter Gauch/Pierre Tercier, **Introduction au Droit Privé de la Construction**, Fribourg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz Editions Universitaires, 1994, s. 165-167.

³⁰ İsviçre Borçlar Kanunu’nun 68. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili hükmü hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Tercier, s. 585; Gauch, s. 187.

³¹ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 621-622; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 148; Karahasan, s. 207; Selimoğlu, s. 136; Erişen, s. 6; Yalçınduran, s. 25; Aral/Ayrancı, s. 453-454.

getirme borcu açısından borçlunun kişisel niteliklerinin önemli olduğunu karine olarak kabul etmiştir³². Bu, aksi ispat edilebilir bir karine olarak öngörülmüştür³³.

Bu düzenlemeden şu sonuç çıkmaktadır: Kanun koyucu eser sözleşmelerinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıyacağından hareket ederek, yükleniciyi meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü kılmıştır. Bağımsız alt yüklenicilerle anlaşılması eseri kendi yönetimi altında yaptırmak anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla işin tamamının veya bir kısmının ifası için alt yüklenicilerle anlaşılmasına kural olarak izin verilmemektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünde yer alan "*eseri kendi yönetimi altında yaptırmak*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda bazı tartışmalar da bulunmaktadır. Bu tartışmaların temelindeki soru şudur: Acaba işin bazı kısımlarının alt yüklenicilere yaptırılması da eserin asıl yüklenicinin yönetimi altında yapılması anlamına gelecek midir? Bir görüşe göre, bağımsız olan alt yüklenici, asıl yüklenicinin talimat ve gözetimi altında değildir ve asıl yüklenicinin kişisel yönetimi dışında kalır. Bu nedenle, işin bazı kısımlarının alt yüklenicilere yaptırılması, işin asıl yüklenicinin yönetimi altında yapılması anlamına gelmez³⁴. İkinci bir görüşe göre ise, bu durum da işin asıl yüklenicinin yönetimi altında yaptırılması sayılabilir. Bu görüşte olan yazarlara göre, alt yüklenicinin asıl yükleniciden tam bağımsız olarak hareket etmesi şart değildir. Tam bağımlı olmamakla birlikte alt yüklenicilik sözleşmesinde kararlaştırılması veya işin niteliğinin gerektirmesi halinde alt yüklenicinin asıl yüklenicinin yönetimi altında çalışması da mümkündür³⁵.

Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünün ilk cümlesinde yer alan "*eseri kendi yönetimi altında yaptırmak*" ifadesinde kastedilen, asıl yüklenicinin kendisine geçici veya sürekli şekilde hizmet veya iş sözleşmesi ile bağlı elemanlar, mimarlar, mühendisler, ustalar, kalfalar, işçiler vb. çalıştırmak yoluyla eseri

³² Yavuz/Acar/Özen, s. 1107-1108; Aral/Ayrancı, s. 454; Karahasan, s. 207; Elce Tutar, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2018, s. 296.

³³ Aral/Ayrancı, s. 454.

³⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 622; Karahasan, s. 209. Yarg. 4. HD., 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 216). Karara göre, "*O halde özetlenecek olursa, asıl müteahhit yükleniceği işin kısmen veya tamamen yapılmasını kendisine tabi durumda olmayan bağımsız bir alt müteahhide ancak iş sahibinin rızasıyla veya BK. m. 356 fık. II'de ifade edildiği gibi, işin mahiyeti başkası tarafından yapılmasına elverişli ise, devredebilir.*"

³⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 77, dipnot 80b.

yaptırmasıdır. Bu ifade eserin alt yüklenicilik sözleşmesi yoluyla alt yüklenici çalıştırarak yaptırılmasını kapsamamaktadır. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin eseri şahsen ifa etme borcu, kural olarak, işin tamamının veya bir kısmının ifası için alt yüklenicilerle anlaşılmasını sınırlamaktadır.

2. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcunun İstisnaları

a. Asıl Yüklenicinin Kişisel Niteliklerinin Önem Taşımadığı Haller

Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünde işin tamamının veya bir kısmının alt yükleniciye yaptırılmasına kural olarak izin verilmediği, alt yüklenici kullanımına sadece eserin meydana getirilmesinde asıl yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumlarda izin verildiği görülmektedir. Başka bir deyişle, işin asıl yüklenici tarafından şahsen yapılması kural, eserin meydana getirilmesinde borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde işin başkasına yaptırılabilmesi ise istisna olarak düzenlenmiştir.

Kanun koyucu 471/3 hükmüyle, eser sözleşmelerinde eser meydana getirme borcu açısından borçlunun kişisel niteliklerinin önemli olduğunu aksi ispat edilebilir bir karine olarak öngördüğüne göre, edimin şahsen ifası gerektiği iddiasıyla karşı karşıya kalan bir asıl yüklenici edimin ifasında kişisel niteliklerinin önemli olmadığını ispat ederek bu iddiayı çürütebilir³⁶. Eseri bizzat meydana getirmeyip, alt yüklenici çalıştırma yoluna başvuran asıl yüklenicinin iş sahibinin böyle bir iddiasıyla karşılaşması mümkündür. Alt yüklenici çalıştırılmasına iş sahibi itiraz ettiği takdirde, bu iddiasını ispat yükü iş sahibine, alt yükleniciye başvurma yetkisine sahip olduğunu ispat yükü ise asıl yükleniciye ait olacaktır³⁷.

Borcun ifasında asıl yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıyıp taşımadığı değerlendirmesi yapılırken ifa edilecek edim dikkate alınmalıdır. Borçlunun kişisel niteliklerinin önem taşıdığı bir edim, ifa eden değiştiği takdirde özelliği ve kalitesi de

³⁶ Kanuni karineler, adi kanuni karineler ve kesin kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Adi kanuni karineler aksi ispat edilebilen, kesin kanuni karineler ise aksi ispat edilemeyen karinelerdir. Adi kanuni karineler, ispat yükü kuralıdır ve ispatsızlığın riskini hangi tarafın taşıyacağını belirlerler. (Bkz. Fatma Tülay Karakaş, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2013, s. 729).

³⁷ Gauch, s. 187; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 623; Yavuz/Acar/Özen, s. 1108; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 149-150; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 238; Karahasan, s. 208.

değişen edimdir³⁸. Asıl yüklenicinin ödeme gücü, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki şahsi ilişki ve güven ilişkisi ise bu değerlendirmede önem taşımaz³⁹.

Günümüz iş dünyasında meydana getirme borcuna konu edim, genellikle el işçiliği kullanılarak değil, sınai işletmeler tarafından yerine getirilmektedir. Bu nedenle, doktrinde borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşıdığı sözleşme örneklerinin eskiye oranla azaldığı ifade edilmektedir⁴⁰. İnşaat sözleşmeleri de borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşımadığı sözleşmeler arasında görülmekte ve Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan istisnanın inşaat sözleşmeleri açısından kural haline gelmiş olduğu, şahsen ifanın ise kural olmaktan çıkıp istisna haline geldiği belirtilmektedir⁴¹. Ancak, kanaatimizce metro, nükleer tesis, petrol platformu, baraj, yenilenebilir enerji santrali, boru hattı yapımı gibi büyük inşaat projelerinin ve uluslararası inşaat projelerinin gerçekleştirilmesini içeren sözleşmeler açısından borçlunun, yani asıl yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı söylenemez. Zira, bu tür projelerde asıl yüklenicinin o güne kadar tamamlamış olduğu projelerin niteliği, iş bitirme belgeleri ve teknik yeterliliği ihalenin kazanılmasında büyük önem taşımaktadır.

b. Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 Hükmünün Emredici Nitelikte Olmaması

Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmü emredici bir hüküm değil, bir yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁴². Zira işin ne şekilde ifa edileceği, ifa amacıyla alt yüklenici kullanılıp kullanılmayacağı ifada doğrudan yararı olan iş sahibi ile asıl yüklenicinin ortak iradelerine bağlı olmalıdır. Bu nedenle asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki asıl yüklenicilik sözleşmesinde bu hükmün aksine bir düzenleme yapılması mümkündür. Örneğin, iş sahibi ile asıl yüklenici, asıl yüklenicinin kişisel özelliklerinin büyük önem taşıdığı durumlarda da işin başkaları tarafından da yapılabileceği konusunda anlaşabilirler. Böylece iş sahibi alt yüklenici kullanılmasına izin verebilir. Aynı şekilde, iş sahibi, yaptırmayı düşündüğü iş asıl yüklenicinin kişisel niteliklerinin

³⁸ Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 150; Selimoğlu, s. 136-137.

³⁹ Aral/Ayrancı, s. 455; Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 150; Erişen, s. 8, 9.

⁴⁰ Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 149; Karahasan, s. 208.

⁴¹ Bu yönde bkz. Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 149-150; Karahasan, s. 208.

⁴² Gauch, s. 187; Tercier, s. 586; Gauch/Tercier, s. 166; Aral/Ayrancı, s. 455; Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", *Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 18-29 Mart 1996, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 64; Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 150; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 238; Erişen, s. 10-11.

önem taşımadığı bir iş olsa dahi, bu işin asıl yüklenici tarafından bizzat yerine getirilmesini isteyebilir. Ayrıca, asıl yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici kullanılabileceğine dair bir hükme yer verilmeyen hallerde de iş sahibinin alt yüklenici kullanılmasına sonradan onay vermesi mümkündür⁴³. Kural olarak iş sahibinin vereceği izin ve onay bir şekle tabi değildir. İzin ve onay açık olarak verilebileceği gibi, örtülü olarak da verilebilir. Ancak, izin ve onayın yazılı alınması ileride yaşanabilecek ispat sorunlarının önüne geçilmesi açısından faydalı olacaktır⁴⁴.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, alt yüklenicilik sözleşmeleriyle ilgili konularda, Türk Borçlar Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmedikleri takdirde öncelikle asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmede öngörülmüş hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümlerde bir boşluk bulunması durumunda ise Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen 470 ila 486. maddeleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki asıl yüklenicilik sözleşmesinde izin verildiği veya sonradan onay verildiği takdirde iş alt yüklenicilere de yaptırılabilir. Sözleşmede açık bir izin veya yasaklamanın yer almadığı ve iş sahibi tarafından sonradan onay verilmediği hallerde ise, kanunun 471/3 hükmü uygulama alanı bulacak ve bu hükümde belirtildiği gibi eserin meydana getirilmesinde asıl yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa iş yine alt yüklenicilere yaptırılabilir.

c. Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri Açısından Eseri Şahsen Yapma Borcu

İnşaat sözleşmelerinin her aşamasının bizzat asıl yüklenici ve asıl yükleniciye bağlı çalışanlar tarafından ifa edilmesi mümkün bulunmamakta, çeşitli alanlarda yükleniciden daha uzman olan kişilerin yardımlarına ihtiyaç olmaktadır. Örneğin, iksa, kaba inşaat, istinat duvarı, çatı, asansör, elektrik ve sıhhi tesisatın kurulması, ısıtma-

⁴³ Gauch, s. 187, 190, 191. Fransız Mahkemeleri de iş sahibinin onayının alt yüklenicilik sözleşmesinin imzalanmasından sonra gerçekleşebileceğini belirtmektedir. İş sahibinin en son hangi ana kadar onay verebileceği Fransa'da mahkeme kararlarına konu olmuş ve bu konudaki tutum seneler içinde değişiklik göstermiştir. Fransız Yargıtayı 1982 tarihli bir kararında bu onayın alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamındaki işlerin ifasına başlanmadan önce verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 3. HD, 18.05.1982 T., No: 81-11.397 (legifrance.gouv.fr). Bu karardan 3 yıl sonra Bordeaux İstinaf Mahkemesi onayın alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamındaki işlerin ifa edilmesinden sonra dahi verilebileceğine hükmetmiştir. Bkz. Bordeaux İstinaf Mahkemesi, 31.10.1985 T. (Carole Malinvaud, **“Overview of the Protection of Subcontractors under French Law”**, The Franco-British Lawyers Society & The Society of Construction Law, 5 Eylül 2006, s. 6). 1987 tarihli bir kararda ise Fransız Yargıtayı, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkını kullandığı sırada iş sahibi tarafından verilen onayın da zamanında verilmiş bir onay olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yarg. 3. HD., 16.12.1987 T., No: 86-15.616 (legifrance.gouv.fr).

⁴⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 623.

soğutma, ses ve görüntü sistemlerinin tesisi gibi işlerin her biri başlı başına uzmanlık gerektirmekte ve alt yüklenici kullanımını gerekli kılmaktadır⁴⁵. Ancak bu durum inşaat sözleşmelerinde borçlunun, yani asıl yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı anlamına gelmemelidir.

Günümüzde her ne kadar inşaat sözleşmelerinde meydana getirme borcuna konu edim genellikle el işçiliği kullanılarak değil, sınai işletmeler tarafından yerine getiriliyor olsa da, metro, nükleer tesis, petrol platformu, baraj, yenilenebilir enerji santrali, boru hattı yapımı gibi büyük inşaat projelerinin ve milletlerarası inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde borçlunun, yani asıl yüklenicinin kişisel özellikleri çok büyük önem taşımaktadır. Bu tür projelerde asıl yüklenicinin o güne kadar tamamlamış olduğu projelerin niteliği, iş bitirme belgeleri ve teknik yeterliliği ihalenin kazanılmasını sağlayan en önemli unsurlardır.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinin kendine has bu özellikleri dikkate alındığında, kanaatimizce kural olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünde yer alan şahsen ifa kuralı uygulanmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan, borçlunun kişisel niteliklerinin önemli olmadığı hallerde işin başka kişilere de yaptırılabilceği hükmü ise bu tür sözleşmeler açısından bir istisna niteliği taşımaktadır.

Bütün bu sebeplerle, milletlerarası inşaat sözleşmeleri açısından karine olarak borçlunun kişisel niteliklerinin önemli olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Milletlerarası inşaat sözleşmelerinde asıl yüklenici edimin şahsen ifası gerektiği iddiasıyla karşılaştığı takdirde asıl yüklenicinin kişisel niteliklerinin önem taşıdığı esas alınmalı, bunun aksini ispat yükü asıl yükleniciye ait olmalıdır.

Bununla birlikte uygulama açısından alt yüklenici kullanılmasına asıl yüklenicilik sözleşmesinde iş sahibi tarafından açıkça izin verilmesi veya bunun açıkça yasaklanması en doğru yol olacaktır. Böylece, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında alt yüklenici kullanılıp kullanılamayacağı konusunda uyuşmazlık çıkmasının önüne geçilebilir.

⁴⁵ Selimoğlu, s. 138; Erişen, s. 46.

3. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının İş Sahibi Olduğu İnşaat Projeleri Açısından Alt Yüklenici

Türk Hukuku'nda, Türk Borçlar Kanunu dışındaki bazı kanun ve düzenlemelerde de, inşaat projelerinde alt yüklenicilik sözleşmelerine bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu sınırlamalar kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi olduğu projeleri kapsamaktadır. Söz konusu sınırlamalar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer almaktadır. Sınırlama getiren hükümlerde alt yüklenici kullanılması belli durumlarda iş sahibinin onayına tabi tutulmakta, alt yüklenicilere yaptırılacak işin niteliği ve azami yüzdesi belirlenerek işin tamamının alt yüklenicilere verilmesi yasaklanmakta, ayrıca bazı durumlardaki kişilerin alt yüklenici olarak görevlendirilemeyecekleri öngörülmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu belli durumlarda alt yüklenici kullanılmasını iş sahibinin onayına tabi tutarken, Yapım İşleri Genel Şartnamesi işin tamamının alt yüklenicilere verilmesini yasaklamakta ve alt yüklenici olamayacak kişileri düzenlemektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi olduğu inşaat projelerinde bu düzenlemeler birlikte uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemelerin milletlerarası özel hukuk açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmayacağı araştırılmalıdır. Bu konuya çalışmamızın İkinci Bölümünde yer verilecektir.

a. İş Sahibinin Onayı Şartı

Kamu İhale Kanunu'nun 15. Maddesine göre, *“İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”*

Bu maddeye göre, asıl yüklenicilik sözleşmesi imzalanmadan önce henüz ihale aşamasındayken alt yüklenicilerin listesinin iş sahibinin onayına sunulmasının istendiği hallerde iş sahibine bu listelerin sunulması ve onayının alınması şarttır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 20(4) hükmü, Kamu İhale Kanunu'nun 15. maddesini tamamlamakta ve sözleşme imzalanmadan önce alt yüklenicilerin listesinin iş sahibinin onayına sunulmasının istendiği hallerde, iş sahibinin onaya sunulan listede

yer alan alt yüklenicileri onaylayıp onaylamadığını on beş gün içinde yükleniciye bildireceğini öngörmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi olduğu inşaat projelerinde sözleşme öncesi ihale aşamasında ihaleye katılanlardan ihaleyi aldıkları takdirde alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmelerinin ve alt yüklenicilerin listesini iş sahibinin onayına sunmalarının istenmesiyle uygulamada oldukça sık karşılaşılmaktadır. Bu durumda, sonradan ihaleyi kazanan asıl yükleniciden listede yer alan ve isimleri iş sahibi tarafından onaylanan alt yüklenicilerle sözleşme yapması ve örneğini iş sahibine sunması talep edilir. İş sahibince onaylanmış bu alt yüklenicilerin işin devamı sırasında değiştirilmesi de iş sahibinin onayına bağlı olacaktır⁴⁶. Kamu İhale Kanunu’nun 15. maddesi bu uygulamanın bir yansımasıdır.

Kamu İhale Kanunu’nun söz konusu maddesinden, iş sahibinin talep etmemesi halinde alt yükleniciler konusunda böyle bir onay alınması zorunluluğunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nde yer alan bir düzenleme, iş sahibi talep etmemiş olsa da alt yükleniciler konusunda bu onayın alınmasının yapılacak alt yüklenicilik sözleşmelerinin ifa sonucuna ulaşabilmesi açısından faydalı olacağı kanaatini yaratmaktadır.

Bahse konu düzenleme Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin 18. maddesidir. Buna göre, *“İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü herhangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya Müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir.”* Burada, alt yüklenici görevlendirilmesinin sakıncalı olup olmayacağı konusundaki değerlendirmeyi yapacak olan kişinin iş sahibi olduğu belirtildiğine ve böyle bir sakınca varsa işin asıl yüklenici tarafından yapılacağı öngörüldüğüne göre, asıl yüklenicinin bir alt yüklenicilik sözleşmesi yapmadan önce iş sahibinin de onayını alması yararlı olacaktır.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından iş sahibinin onayı kural olarak bir şekle tabi değildir. Onay açık olarak verilebileceği gibi, örtülü olarak da verilebilir⁴⁷. Ancak, ileride yaşanabilecek ispat zorluklarını aşabilmek için onayın yazılı olarak alınması gerekir⁴⁸.

⁴⁶ Selimoğlu, s. 140.

⁴⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 623.

⁴⁸ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 623.

Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesi⁴⁹, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesi⁵⁰ ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 46. maddesinde⁵¹ sözleşmenin devrinin iş sahibinin yazılı iznine tabi olacağı öngörülmüştür. Söz konusu maddelerin alt yüklenicilik sözleşmeleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira, işin tamamının veya bir kısmının alt yüklenicilere bırakılması ile işin devri birbirinden farklı hukuki kavramlardır ve bunları birbirine karıştırmamak gerekir. İşin devrinde asıl yüklenici sözleşmeyle üstlendiği edimin ifasını, iş sahibi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakmaktadır. İşin devri, asıl yüklenicinin kendi sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırarak işi bir başkasına yaptırması anlamına gelir ve böyle bir durum iş sahibinin yazılı iznini gerektirir⁵². Alt yüklenicilik sözleşmesi yapılması halinde ise asıl yüklenicinin iş sahibine karşı sözleşmeden doğan yükümlülük ve sorumlulukları devam eder. Bu durum iş sahibinin kendini garanti altında hissetmesini sağlar. İşin alt yüklenicilere bırakılan kısmında bir sorun çıkması halinde iş sahibi sözleşme ilişkisi içinde olduğu asıl yükleniciden zararlarını talep edebileceğini bilir.

b. İşin Tamamının Alt Yüklenicilere Verilmesi Yasağı

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 20(3) ve 20(11) hükümlerinde, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi işlerde işin tamamının alt yüklenicilere verilmesi yasaklanmıştır.

Ayrıca, işin tamamının alt yüklenicilere verilmesi yasağının suistimal edilmesinin önüne geçilmesi için, alt yüklenicilere yaptırılacak işin niteliği ve azami yüzdesi de belirlenmiştir. Zira, ihaleyi alan bazı yükleniciler, işin sadece yüzde birini kendileri yapıp, geri kalanını alt yüklenici firmalara yaptırarak, hiç iş bitirme

⁴⁹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesine göre, "Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci madde hükümleri uygulanır."

⁵⁰ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesine göre, "Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır."

⁵¹ Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 46. maddesine göre, "Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredilebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve Müteahhit hakkında 2886 sayılı kanunun (62). maddesi hükümleri uygulanır."

⁵² Gauch, s. 193; Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 153; Selimoğlu, s. 141.

belgesi olmadığından ihaleye giremeyen firmaların alt yüklenicilik sözleşmeleri vasıtasıyla iş bitirme belgesi sahibi olmalarını sağlayabilmektedir. Bu da özünde rekabete aykırı bir durumdur.

Bu nedenle, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde alt yüklenici ile yapılabilecek işlere niceliksel ve niteliksel bazı sınır ve şartlar getirildiği görülmektedir.

Şartname'nin 20(3) hükmüne göre, tek bir alt yükleniciye yaptırılacak iş bölümlerinin toplam bedeli sözleşme bedelinin %30'unu; alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin toplam bedeli ise sözleşme bedelinin %50'sini geçemeyecektir. Bunun tek istisnası, işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle veya teknik zorunluluklar nedeniyle ihale dokümanında farklı oranlar belirlenmiş olmasıdır⁵³.

Şartname'nin 20(11) hükmüne göre ise, Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliğinin eki Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Listesindeki BII/BIII grubu işlerde, alt yükleniciye yaptırılacak işin imalat grubu olarak ayrılabilir nitelikteki işler kapsamında olması gerekmektedir. Ayrıca, BII/BIII grubu işlerde, sözleşmeye konu işin bütününe karakteristiğini yansıtan kısımları da, bir bütün halinde alt yükleniciye yaptırılmayacaktır⁵⁴.

Bu düzenlemenin anlamı şudur: Alt yükleniciye yaptırılacak işlerin sıhhi tesisat, kalorifer tesisatı, doğalgaz tesisatı, müşterek tesisat, elektrik tesisatı, asansör tesisatı, mekanik tesisat, beton/kalıp işleri, sıva boya gibi ince işler, demir işleri, kazı/dolgu işleri, peyzaj ve nakliye gibi imalat grupları kapsamında olması gerekmektedir. Ayrıca, sözleşmeye konu işin bütününe karakteristiğini yansıtan kısımları da bir bütün halinde alt yükleniciye yaptırılmayacaktır. Buna göre, örneğin, birden fazla bina inşaatı (blok) içeren bir toplu konut projesinde bloklardan biri

⁵³ Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 20(3) hükmüne göre, "(Değişik fıkra: 08.08.2019-30856 R.G./26. md., yürürlük: 18.08.2019) İşin tamamı alt yüklenicilere yaptırılmayacağı gibi işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle veya teknik zorunluluklar nedeniyle ihale dokümanında farklı oranlar belirlenmesi durumu hariç, tek bir alt yükleniciye yaptırılacak iş bölümlerinin toplam bedeli sözleşme bedelinin %30'unu; alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin toplam bedeli ise sözleşme bedelinin %50'sini geçemez. İhale dokümanında düzenlenmesi kaydıyla doğrudan alt yüklenicilere ödeme yapılabilir."

⁵⁴ Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 20(11) hükmüne göre, "(Ek fıkra: 08.08.2019-30856 R.G./26. md., yürürlük: 18.08.2019) Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliğinin eki Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Listesindeki BII/BIII grubu işlerde, alt yükleniciye yaptırılacak işin imalat grubu olarak ayrılabilir nitelikteki işler kapsamında olması gerekir. Ayrıca, BII/BIII grubu işlerde, sözleşmeye konu işin bütününe karakteristiğini yansıtan kısımları da, bir bütün halinde alt yükleniciye yaptırılmaz."

temelden çatıya kadar kaba ve ince işleri ile birlikte bir bütün olarak tek bir alt yükleniciye yaptırılmayacaktır⁵⁵.

c. Alt Yüklenici Olarak Görevlendirilebilecek Kişiler

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 20(1) hükmünde ise, bazı durumlardaki kişilerin alt yüklenici olarak görevlendirilemeyecekleri öngörülmektedir⁵⁶.

Söz konusu maddeye göre, aşağıdaki kişiler alt yüklenici olarak görevlendirilemeyecek kişiler olarak belirlenmiştir.

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10(4) hükmü uyarınca ihale dışı bırakılacak olanlar⁵⁷,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. Maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar⁵⁸,

⁵⁵ Sadettin Doğanıyigit, "Yapım İşlerinde Alt Yüklenici Uygulaması", www.ihalehukuku.net.

⁵⁶ Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 20(1) hükmüne göre: "(1) (Değişik fıkra: 08.08.2019-30856 R.G./26. md., yürürlük: 18.08.2019) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca ihale dışı bırakılacak olanlar, 11 inci maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar, 58 inci maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar ve 53 üncü maddesinin (b) bendinin 8 inci alt bendi gereğince alınacak Cumhurbaşkanlığı Kararında belirtilen yabancı istekliler ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26 ncı maddesi uyarınca yasaklı olanlar alt yüklenici olamazlar. Ayrıca ön yeterlik/yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunanlar ile işin ihalesine teklif veren istekliler bu işte alt yüklenici olamazlar. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortak girişimin ortakları da alt yüklenici olarak çalıştırılmazlar."

⁵⁷ Kamu İhale Kanunu'nun 10(4) hükmüne göre,

"Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

- a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
- b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
- c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.
- d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.
- e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.
- f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.
- g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.
- h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.
- i) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.
- j) 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilen.

⁵⁸ Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesine göre,

"Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- a) (Değişik: 20/11/2008-5812/4 md.) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veya kendisi kendisi ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
- b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
- c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. Maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar⁵⁹,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53(b)(8) hükmü gereğince alınacak Cumhurbaşkanlığı Kararında belirtilen yabancı istekliler⁶⁰,
- 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26. Maddesi uyarınca yasaklı olanlar⁶¹,
- Ön yeterlik/yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunanlar,

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

g) (Ek: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile)

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

(Ek fıkra: 31/10/2016-KHK-678/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7071/29 md.) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/11/2019 tarihli ve E.: 2018/90, K.: 2019/85 sayılı Kararı ile)

⁵⁹ Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesine göre,

“(Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/ 35 md.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.

⁶⁰ Kamu İhale Kanunu'nun 53(b)(8) hükmüne göre,

“Kamu İhale Kurumu; Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşur. b) Bu Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak Kurumun görev ve yetkileri aşağıda sayılmıştır:

8) Yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olunduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Cumhurbaşkanına teklifte bulunmak.”

⁶¹ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 26. maddesine göre,

“(Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/47 md.) 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.”

- İşin ihalesine teklif veren istekliler,
- Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortak girişimin ortakları.

4. FIDIC Kuralları'nda Getirilen Sınırlamalar

İnşaat sözleşmeleri uygulamasında kullanılan çeşitli standart kurallar bulunmaktadır. ABD'de Amerikan Mimarlar Enstitüsü tarafından hazırlanmış olan A.I.A Kuralları, Fransa'da Fransız Standartları Birliği tarafından oluşturulan A.F.N.O.R Kuralları, İngiltere'de Birleşik Sözleşmeler Mahkemesi tarafından oluşturulan J.C.T ve İnşaat Mühendisleri Enstitüsü tarafından oluşturulan I.C.E Kuralları, Almanya'da İnşaat İşleri Tedarik Komitesi tarafından oluşturulan V.O.B Kuralları, İsviçre'de Mühendisler ve Mimarlar Odası tarafından oluşturulan S.I.A Kuralları ve Avusturya'da Avusturya Standartları Enstitüsü tarafından oluşturulan O.N.O.R.M Kuralları bu standart kurallar arasında yer almaktadır⁶².

İnşaat projeleri kapsamındaki alt yüklenicilik sözleşmeleri bazı uluslararası standart kurallara da tabi olabilir. Bu alanda en yaygın şekilde kullanılan standart kurallar FIDIC Kuralları'dır⁶³. Dünya Bankası'nın finanse ettiği projeler başta olmak üzere, uluslararası kredi kuruluşları tarafından finanse edilen projelerde tüm sözleşmelerin FIDIC Kuralları'na tabi olmasının şart koşulduğu görülmektedir. Bu da Kurallar'ın uygulama alanının genişlemesinde rol oynamaktadır.

FIDIC, Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu'nun Fransızca karşılığı olan "*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*" ifadesindeki kelimelerin baş harflerinden oluşan bir kısaltmadır. Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu 1913 yılında kurulmuştur ve merkezi Lozan'dadır. Federasyonun üyeleri çeşitli ülkelerden usulüne uygun olarak seçilmiş müşavir-mühendis birlikleri olup Örgüt'e üyelik her ülkeden tek bir meslek birliği ile sınırlı tutulmuştur. Türkiye de Federasyon'a 1987 yılında Türk Müşavir-Mühendisler ve Mimarlar Birliği vasıtasıyla üye olmuştur. Federasyon bünyesinde sözleşmeler için standart kuralların düzenlenmesine 1957 yılında başlanmıştır. Hazırlanan standart kurallar "Kitap (Book)" olarak anılmakta ve çeşitli renklerle nitelendirilmektedir. Kitaplar zamana ve uygulamadaki gelişmelere uyum sağlanması için zaman zaman

⁶² Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1996, s. 11.

⁶³ Akıncı, s. 11.

gözden geçirilmekte ve değişikliklere uğramaktadır. Ayrıca ihtiyaca göre çeşitli zamanlarda yeni kitaplar da oluşturulmaktadır.

FIDIC tarafından bugüne kadar yayınlanmış olan kitaplar arasında en çok bilinen ve kullanılanlar Kırmızı Kitap (*Red Book*), Sarı Kitap (*Yellow Book*), Gümüş Kitap (*Silver Book*), Altın Kitap (*Gold Book*) ve proje finansmanı gerekliliklerini ön planda tutarak bankalar tarafından daha çok tercih edilen Pembe Kitap (*Pink Book*)’tır. Ayrıca alt yüklenicilik sözleşmeleri için de özel bir kitap hazırlanarak “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları (*Conditions of Subcontract for Construction*)” adını almıştır⁶⁴.

En geniş uygulama alanına sahip FIDIC kitabı Kırmızı Kitap’tır. Bu kitap tasarımı iş sahibine ait olan inşaat projelerinin yürütülmesi için tasarlanmıştır ve yüklenicinin riskinin en az olduğu kitaptır. Kırmızı Kitap’ın bugüne kadar yayınlanmış olan 6 basımı bulunmaktadır. Bu basımlar 1957, 1969, 1977, 1987, 1999 ve 2017 yıllarına aittir.

“İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları (*Conditions of Subcontract for Construction*)” 1994 ve 2011 yıllarında yayınlanmıştır. Alt yüklenicilik sözleşmelerine ilişkin kuralların en günceli 2011 yılına aittir. Bu kurallar alt yüklenicilik sözleşmelerindeki talepte bulunma ve uyuşmazlık çözümü mekanizmalarını düzenlemekte ve Kırmızı Kitap veya Pembe Kitap’a tabi olan inşaat projelerinde kullanılabilmektedir. 1994 yılı basımı 1987 tarihli Kırmızı Kitap’la, 2011 yılı basımı ise 1999 tarihli Kırmızı Kitap’la birlikte kullanılmaktadır. Bu kural “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları”nın önsözünde belirtilmektedir.

FIDIC Kuralları’nın amacı, sözleşmenin taraflarından bağımsız olan müşavir-mühendisler yoluyla sözleşme yönetiminin kolaylaştırılması ve şeffaflaştırılmasıdır.

FIDIC Kuralları’na tabi olacak alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından FIDIC Kuralları’nda bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Bu nedenle inşaat projelerinin FIDIC Kuralları’na tabi olması durumunda alt yüklenicilik sözleşmeleri için FIDIC Kurallarındaki sınırlamalar söz konusudur. Bunlar, bazı alt yükleniciler açısından müşavir mühendisin onayının alınması şartı, alt yüklenicinin iş başlangıç tarihinin

⁶⁴ FIDIC Kitaplarının özellikleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. www.fidic-for-practitioners.com/FIDIC-Conditions.html

önceden müşavir mühendise bildirilmesi yükümlülüğü ve işin tamamının alt yüklenicilere verilmesi yasağıdır.

Kanaatimizce, asıl yüklenici ile asıl yüklenicinin iş yaptırdığı birinci derecede alt yüklenici arasındaki sözleşme FIDIC Kuralları'na tabi olduğu takdirde, bu kuralların otomatik olarak birinci derecede alt yüklenicinin iş yaptıracığı ikinci derecede alt yükleniciler veya üçüncü derece, dördüncü derece vb. alt yükleniciler açısından da uygulama alanı bulacağı söylenemez. Zira, böyle bir zincirde yer alan her bir alt yüklenicilik sözleşmesi birbirinden bağımsızdır.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinin FIDIC Kuralları'na tabi tutulmasının milletlerarası özel hukuk açısından hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceği değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu konu çalışmamızın İkinci Bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır.

a. Müşavir Mühendisin Onayının Alınması Şartı

1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4⁶⁵, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın ise 5.1⁶⁶ maddesinde bazı alt yükleniciler açısından müşavir-mühendisin onayının alınması şartı öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemelere göre, iş sahibi veya asıl yüklenici tarafından önerilecek tüm alt yükleniciler için müşavir mühendisin onayı alınmalıdır. Ancak, malzeme tedarikçileri veya isimleri asıl yüklenicilik sözleşmesinde belirtilen alt yükleniciler söz konusu olduğu takdirde, böyle bir onayın alınması gerekmemektedir.

Bu düzenlemelerin başlığında Alt yüklenicilik ("*Subcontracting*") ifadesi yer almaktadır. Ancak, bu durumdan malzeme tedarikçilerinin de alt yüklenici olarak nitelendirildikleri şeklinde bir çıkarım yapılmamalıdır. Söz konusu düzenlemelerde malzeme tedarikçileri alt yüklenici olarak nitelendirilmemekte, sadece projenin

⁶⁵ 1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4 maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "(...)Unless otherwise stated in the Particular Conditions: a) the Contractor shall not be required to obtain consent to suppliers of Materials or to a subcontract for which the Subcontractor is named in the Contract; b) the prior consent of the Engineer shall be obtained to other proposed Subcontractors;(...)" Resmi olmayan Türkçe çeviri: "(...)Özel Koşullarda aksi belirtilmedikçe: a) Yüklenicinin Malzeme tedarikçilerine veya Sözleşmede Alt Yüklenicinin ismen belirlendiği bir alt yüklenicilik sözleşmesine onay alması gerekmeyecektir; b) Önerilen diğer Alt Yüklenicilere Müşavir Mühendisin önceden onayı alınacaktır(...)"

⁶⁶ 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 5.1 maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "(...)The Contractor shall obtain the Engineer's prior consent to all proposed Subcontractors, except: i) Suppliers of Materials, or ii) a subcontract for which the Subcontractor is named in the Contract(...)" Resmi olmayan Türkçe çeviri: "(...)Yüklenici, aşağıdakiler hariç olmak üzere önerilen tüm Alt Yükleniciler için Müşavir Mühendisin önceden onayını alacaktır: i) Malzeme Tedarikçileri veya ii) Sözleşmede Alt Yüklenicinin ismen belirlendiği bir alt yüklenicilik sözleşmesi (...)"

müşavir mühendisin onayını gerektirmeyecek bir unsur oldukları belirtilmektedir. Kanaatimizce, malzeme tedarikçilerinin alt yüklenici olarak nitelendirilmesi doğru da olmaz. Zira, alt yüklenicilik sözleşmesiyle tedarik sözleşmesi birbirinden farklıdır. Sadece malzeme tedarik etmekle yükümlü olan kişiler alt yüklenici olarak nitelendirilemez. Bir tedarik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin temel farkı, tedarikçinin alt yüklenici gibi asıl yüklenicinin daha önce mevcut olan bir edimini yerine getirmekle görevlendirilmemesidir⁶⁷. Ayrıca, yüklenici kavramının söz konusu olabilmesi için ortada bir eser sözleşmesi olması gerekir. Salt malzeme tedarikinde ise taraflar arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi olduğundan söz edilemez.

Kanaatimizce, 1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın ise 5.1 maddesinde yer alan "malzeme tedarikçileri" ifadesi, bazı kötüye kullanımlara sebebiyet verebilecek mahiyettedir. Bazı alt yüklenicilerin, sırf müşavir mühendisin onayı şartının kaldırılması için, malzeme tedarikçisiyle de görevlendirilmesi söz konusu olabilecektir. FIDIC Sözleşmeleri kapsamında yapılacak yeni tadil çalışmalarında bu konunun ele alınması, madde metninin bu mülahazalar gözetilerek ve malzeme tedarikçilerinin müşavir mühendisin onayı şartından muaf tutulmalarının sebebi de gösterilerek yeniden düzenlenmesi madde metninin daha anlamlı hale gelmesini sağlayacak ve kötüye kullanımların önüne geçecektir.

1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4 ve 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 5.1 maddesi arasında bir fark bulunmaktadır. 1999 tarihli Kırmızı Kitap'ta taraflarca kararlaştırılacak Özel Şartlar'da bu kuralın aksinin kararlaştırılabileceği öngörülmekte, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta ise böyle bir ifade yer almamaktadır. İki düzenleme arasındaki bu farkın sebebi tartışma yaratabilecek niteliktedir. Bununla ilgili iki görüş ortaya atılabilir. Öncelikle, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta böyle bir ifadeye yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu, böylece müşavir mühendisin onayının alınması şartının taraflarca aksi kararlaştırılamayacak bir kural olduğunun gösterilmek istendiği ileri sürülebilir. İkinci bir seçenek ise taraflarca kararlaştırılacak Özel Şartlar'da bu kuralın aksinin kararlaştırılabileceği zaten açık olduğu için, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta bu ifadeye yer vermeye gerek duyulmadığıdır. Kanaatimizce, bir standart sözleşme niteliğinde olan⁶⁸ FIDIC Kuralları hükümlerini emredici nitelikte

⁶⁷ Pulkowski, s. 33.

⁶⁸ Bkz. Akıncı, s. 10-12.

kabul etmemek gerekir⁶⁹. Bu nedenle, herhangi bir FIDIC kuralının aksinin Özel Şartlar'da kararlaştırılabilmesi için bunun yapılabileceğinin ilgili hükümde açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Buna bağlı olarak, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta, taraflarca kararlaştırılacak Özel Şartlar vasıtasıyla müşavir mühendisin onayı şartına ilişkin kuralın aksinin kararlaştırılabilceğinin düzenlenmemiş olması, bu kuralın taraflarca aksi kararlaştırılamayacak bir kural olduğunu göstermez. 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta, gerek görülmediği için böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Sarı Kitap'ın 1999 ve 2017 versiyonlarının alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 4.4 numaralı maddelerinde de benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bu konuda Kırmızı Kitap için yaptığımız açıklamalar Sarı Kitap için de aynen geçerlidir.

b. Alt Yüklenicinin İşe Başlangıç Tarihinin Önceden Müşavir Mühendise Bildirilmesi Yükümlülüğü

1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4⁷⁰, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın ise 5.1 maddesinde⁷¹ asıl yüklenicinin, her bir alt yüklenicinin işe başlayacakları tarihi öngörülen işe başlama tarihinden en az 28 gün önce müşavir-mühendise bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeyle ilgili olarak da 1999 tarihli Kırmızı Kitap ile 2017 tarihli Kırmızı Kitap arasında bir fark bulunmaktadır. 1999 tarihli Kırmızı Kitap'ta taraflarca bu kuralın aksinin kararlaştırılabilceği öngörülmekte, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta ise böyle bir ifade yer almamaktadır. Kanaatimizce 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ta böyle bir ifadeye yer verilmemiş olmasının nedeni yine FIDIC Kuralları hükümlerinin emredici nitelikte olmamasıdır. Herhangi bir FIDIC kuralının aksinin Özel Şartlar'da kararlaştırılabilmesi için bunun yapılabileceğinin ilgili hükümde açıkça belirtilmiş

⁶⁹ Bkz. S. Aslı Budak, "Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Ed: Yeşim Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 91.

⁷⁰ 1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4 maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "(...)Unless otherwise stated in the Particular Conditions: c) The Contractor shall give the Engineer not less than 28 days' notice of the intended date of the commencement of each Subcontractor's work, and of the commencement of such work on the Site(...)" Resmi olmayan Türkçe çeviri: "(...)Özel Koşullarda aksi belirtilmedikçe: c) Yüklenici, her bir Alt Yüklenicinin çalışmasının planlanan başlangıç tarihini ve Sahada bu tür çalışmaların başlamasını en az 28 gün öncesinden Müşavir Mühendise bildirecektir(...)"

⁷¹ 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 5.1 maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "(...)The Contractor shall give a Notice to the Engineer not less than 28 days before the intended date of the commencement of each Subcontractor's work, and of the commencement of such work on the Site(...)" Resmi olmayan Türkçe çeviri: "(...)Yüklenici, her bir Alt Yüklenicinin çalışmasının planlanan başlangıç tarihi ve Sahada bu tür çalışmaların başlaması hakkında en az 28 gün öncesinden Müşavir Mühendise bir Bildirimde bulunacaktır(...)"

olması gerekmediğinden, alt yüklenicinin iş başlangıç tarihinin önceden müşavir mühendise bildirilmesi yükümlülüğü ortadan kaldırılabilir veya öngörülen 28 günlük süre kısaltılabilir.

Sarı Kitap'ın 1999 ve 2017 versiyonlarının alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 4.4 numaralı maddelerinde de benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bu konuda Kırmızı Kitap için yaptığımız açıklamalar Sarı Kitap için de aynen geçerlidir.

c. İşin Tamamının Alt Yüklenicilere Verilmesi Yasağı

1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4⁷², 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın ise 5.1 maddesinde⁷³ asıl yüklenicinin işin tamamını alt yüklenicilere vermesi yasaklanmıştır.

Sarı Kitap'ın 1999 ve 2017 versiyonlarının alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 4.4 numaralı maddelerinde ve Gümüş Kitap'ın 1999 ve 2017 versiyonlarının alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 4.4 numaralı maddelerinde de bu yasak yer almaktadır.

D. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alt yüklenici, asıl yükleniciden aldığı işi zamanında ve gereği gibi ifa ederek teslim etme, asıl yüklenici ise bunun karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir⁷⁴. Bu yönüyle alt yüklenicilik sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme türlerinden

⁷² 1999 tarihli Kırmızı Kitap'ın 4.4 maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: “(...)The Contractor shall not subcontract the whole of the Works(...)” Resmi olmayan Türkçe çeviri: “(...)Yüklenici, İşlerin tamamını Alt Yüklenicilere veremez(...)”

⁷³ 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 5.1 maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: “(...)The Contractor shall not subcontract: works with a total accumulated value greater than the percentage of the Accepted Contract Amount stated in the Contract Data (if not stated, the whole of the Works); or any part of the Works for which subcontracting is not permitted as stated in the Contract Data(...)” Resmi olmayan Türkçe çeviri: “(...)Yüklenici aşağıdaki işleri Alt Yüklenicilere veremez: Toplam birikmiş değeri Sözleşme Verilerinde belirtilen Kabul Edilen Sözleşme Tutarının yüzdesinden daha büyük olan işler (belirtilmemişse, İşlerin tamamı); veya Sözleşme Verilerinde belirtildiği gibi Alt Yüklenicilere verilmesine izin verilmeyen İşlerin herhangi bir kısmı(...)”.

⁷⁴ Gauch, s. 46; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 69.

eser sözleşmesi kapsamına girdiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁷⁵. İsviçre Hukuku⁷⁶, Fransız Hukuku⁷⁷ ve Alman Hukuku'nda⁷⁸ da durum böyledir.

İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkide arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri vardır⁷⁹. Birinci sözleşme iş sahibiyle asıl yüklenici arasındaki asıl yüklenicilik sözleşmesidir. İkinci sözleşme ise asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesidir. İş sahibi alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı değildir. Aynı şekilde, alt yüklenici de asıl yüklenicilik sözleşmesinin tarafı değildir. Asıl yüklenici ise her iki sözleşmeye de taraftır.

Eser sözleşmesi kapsamına giren alt yüklenicilik sözleşmesi aynı zamanda tam iki tarafa borç yükleyen⁸⁰, ani edimli bir borç ilişkisi doğuran ve şekle tabi olmayan⁸¹ bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin, dolayısıyla alt yüklenicilik sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi mi, yoksa ani edimli borç ilişkisi mi doğurduğu konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

⁷⁵ Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, s. 82; Öz, s. 49; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 619; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151; Karahasan, s. 210; Selimoğlu, s. 139; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 9, 69; Zevkliler/Gökyayla, s. 539; Yalçınduran, s. 24; Erişen, s. 45. Alt yüklenicilik sözleşmesinin de eser sözleşmesi olduğuna dair Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD., 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 215-216).

⁷⁶ Gauch/Tercier, s. 165; Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 12. İsviçre Hukuku'nda eser sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nun 363-379 maddeleri arasında "*Contrat d'Entreprise*" başlığı altında düzenlenmektedir.

⁷⁷ Fransız Hukuku'nda eser sözleşmeleri Medeni Kanun'un 1779-1799(1) maddeleri arasında "*Contrat de Louage d'Ouvrage*" başlığı altında düzenlenmektedir. Alt yüklenicilik sözleşmelerini özel olarak düzenleyen 31 Aralık 1975 tarihli 75-1334 sayılı kanunda ise eser sözleşmeleri için "*Contrat d'Entreprise*" ifadesi kullanılmaktadır. 75-1334 sayılı kanunun ilk maddesinde alt yüklenicilik sözleşmeleri, asıl yüklenicinin bir eser sözleşmesinin tamamını veya bazı parçalarını yaptırmak üzere başka yüklenicilerle akdettiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. 75-1334 sayılı Kanun madde 1: "*Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.*" Resmi olmayan Türkçe çeviri: "Bu yasaya göre alt yüklenicilik, bir asıl yüklenicinin, özel sektör projelerinde eser sözleşmesinin tamamının veya bir kısmının, kamu projelerinde ise işin sadece bir kısmının ifasını, kendi sorumluluğu altında olmak üzere, bir alt yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenici adı verilen bir diğer kişiye bıraktığı işlemdir."

⁷⁸ Alman Hukuku'nda eser sözleşmeleri Medeni Kanun'un 631-651 maddeleri arasında "*Werkvertrag*" başlığı altında düzenlenmektedir. Alt yüklenicilik sözleşmeleri için özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler mahiyetleri itibarıyla eser sözleşmesi hükümlerini karşılamakta olup, Alman hukukunda bu konuda herhangi bir tartışma tespit edilmemiştir.

⁷⁹ Öz, s. 49.

⁸⁰ Alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alt yüklenici, asıl yükleniciden aldığı işi ifa etme, asıl yüklenici ise bunun karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir. Birbirine bağımlı olan ve birbirinin karşılığını oluşturan bu edimler nedeniyle, alt yüklenicilik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. (Bkz. Erişen, s. 50-52)

⁸¹ Geçerlilik açısından şekle tabi olmamakla birlikte, özellikle çok büyük meblağların, nitelikli işlerin söz konusu olduğu alt yüklenicilik sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ispat, açıklık, güven gibi gerekçelerle tarafların yararına olacaktır.

Birinci ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlandığı edim belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eden bir ifaya yönelmiş olmayıp, amaç eserin teslim edilmesidir, ifa eser teslim edildiği anda gerçekleşir; bu nedenle de eser sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁸². Bunun sonucu olarak, eserin meydana getirilmesi ile ilgili faaliyetler birer ifaya hazırlık faaliyeti olarak görülmelidir. Örneğin, caiz olmayan bir şekilde alt yüklenici kullanan asıl yüklenicinin bu davranışı, ifaya hazırlık faaliyetlerinin sözleşmeye aykırı bir şekilde yürütülmesi anlamına gelmekte olup, asıl yüklenicinin özen borcuna aykırılık teşkil eder⁸³.

İkinci bir görüşe göre ise, eser sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁸⁴. Bu görüş, eser sözleşmesinin konusu olan eserin yapımı için geçecek olan süreyi esas almakta ve yüklenicinin eserin yapımı için uzun süreli çalışmalar yapacağından yola çıkarak, eser sözleşmesinin zamana yayılan ve sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir.

Bu tartışmanın önemi alt yüklenicilik sözleşmelerinde özellikle yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi asıl yüklenicinin eserin meydana getirilmesi sırasındaki sorumluluğunun hukuki dayanağı, sözleşmenin sona erdirilmesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak sonuçlar açısından⁸⁵. Alt yüklenicilik sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul edildiği takdirde sözleşme ileriye yönelik fesih yoluyla, ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul edildiği takdirde ise geçmişe etkili olarak dönme yoluyla sona erdirilebilecektir. Sözleşme fesih yoluyla sona erdirildiği takdirde o ana kadar verilenlerin iadesi mümkün olmayacak, dönme yoluyla sona erdirilmesi halinde ise iade mümkün hale gelecektir.

Yargıtay ise bu konuda somut olayı inceleyip menfaatler dengesine göre kimi zaman ani edimli, kimi zaman sürekli edimli bir borç ilişkisi doğduğunu savunarak

⁸² Halil Akkanat, “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler”, **Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, Derleyen: Emrehan İnal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s. 45-46; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1976, s. 26; Gauch, s. 4; Yalçınduran, s. 42; Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18-29 Mart 1996, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 52; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 60; Erişen, s. 56.

⁸³ Akkanat, “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler”, s. 45-46.

⁸⁴ Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, (BK 365/2)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s.11; Sezer Özyörük, **İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi-BK 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988, s. 84.

⁸⁵ Yalçınduran, s. 41.

karma bir görüş ortaya koymaktadır⁸⁶. Örneğin, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 18.06.1997 tarihli bir kararında eser sözleşmeleri ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğundan, akdi ilişkinin geriye dönük (ex tunc) biçimde ortadan kalktığı, böyle bir durumda, tarafların olumlu ve olumsuz zararlarını değil; ancak birbirlerinin mameleklerine kazandırdıkları artı değerleri, karşılıklı olarak, geri isteyebilecekleri belirtilmiştir⁸⁷. Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2003 tarihli bir kararında ani edimli eser sözleşmelerinde ifanın inşaatın teslimi ile yerine getirildiği, meydana getirilen eser iş sahibinin kullanamayacağı, fen ve sanat kurallarına uygun düşmeyen bir imalat ise iş sahibinin verdiklerini yükleniciden geri isteyebileceği ifade edilmiştir⁸⁸. Eser sözleşmesi Yargıtay uygulamasında ani edimli borç doğuran-sürekli edimli borç doğuran karması bir sözleşme olarak da nitelendirilebilmektedir⁸⁹. Yargıtay bu nitelendirmeyi yaparken özellikle sözleşme sona erdirildiği anda eserin ne kadarlık bir kısmının tamamlandığını dikkate almakta ve Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır.

⁸⁶ Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara: Turhan Yayınevi, 2002, s. 11-12.

⁸⁷ Yarg. 15. HD, 18.06.1997 T., 1997/2765 E., 1997/3151 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ Yarg. 15. HD, 29.03.2003 T., 2003/5231 E., 2004/1725 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun söz konusu kararına göre, "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?"

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43.) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir."

Kanaatimizce, eser sözleşmesi kapsamında yüklenicinin borcu ani edimli bir borç niteliğindedir. Zira, sürekli borç ilişkisi doğuran hizmet sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi sözleşmelerden farklı olarak yüklenicinin sürekli bir yükümlülüğü değil, eseri tamamlayıp teslim etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İfa eserin teslimi anında gerçekleştiği için eser sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme değil, ani edimli bir sözleşme niteliğindedir. Bu nedenle doktrindeki ağırlıklı görüşe katılmaktayız. Ancak, sürekli borç ilişkisi olmamakla birlikte, ifa edilmesi süreye bağlı olduğu için sürekli borç ilişkisine benzer bir borç ilişkisi söz konusudur. Yani bünyesinde süre unsurunu bulunduran bir ani edimli borç ilişkisiyle karşı karşıya bulunmaktadır⁹⁰.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin eser sözleşmesi olmasının dışında bir diğer hukuki niteliği de “alt sözleşme” olmasıdır. “Alt sözleşme” kavramı ayrı bir sözleşme türünü ifade etmemektedir. Bu kavram, birbirinden bağımsız iki sözleşmenin mevcut olduğu durumlarda ortaya çıkmakta ve iki ayrı sözleşmenin birbiri karşısındaki durumunu açıklamak için kullanılmaktadır. Dolayısıyla alt sözleşmenin özelliği kendisinden değil, başka bir sözleşmeyle ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Alt sözleşme kavramı ayrıca üç hukuk süjesinin varlığını gerektirir. İş sahibi, alt yüklenici ve her iki sözleşmenin de tarafı olan asıl yüklenici üçlüsüyle alt yüklenicilik sözleşmesi de asıl yüklenicilik karşısında bir alt sözleşme niteliği kazanmaktadır⁹¹.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinin bir alt sözleşme niteliğinde olmaları bu sözleşmeleri birden fazla asıl yüklenicinin farklı sözleşmelerle iş sahibine bağlı olduğu yan müteahhitlik sözleşmelerinden ve birden fazla asıl yüklenicinin yapı işini birlikte üstlenerek tek bir sözleşmeyle iş sahibine bağlı olduğu Ortak Girişim tipi ortaklık sözleşmelerinden ayırmaktadır⁹².

Alt sözleşme, Türk Borçlar Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmemiştir. Fakat, bazı sözleşme türleriyle ilgili hükümler arasında alt sözleşmeye ilişkin hükümler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 322. maddesi adi kirada alt kirayı, 366. maddesi ürün kirasında alt kirayı, 506 ve 507. maddeleri ise alt vekaleti düzenlemektedir.

⁹⁰ Gauch, s. 4; Eren, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, s. 52.

⁹¹ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 15-20; Yalçınduran, s. 32; Erişen, s. 47-50.

⁹² Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 21-29; Erişen, s. 59-63.

Alt sözleşmeden bahsedilebilmesi için, iki ayrı sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız bir şekilde kurulmaları, birlikte ve yine hukuken birbirinden bağımsız bir şekilde mevcudiyetlerini devam ettirmeleri, bu iki sözleşmenin taraflarından birinin her iki sözleşme açısından da taraf sıfatını haiz olması ve sözleşmelerin karakteristik edimleri bakımından birbirine benzemeleri, yani sözleşmelerden birinin diğerinin ifasına yönelmiş olması, gerekir⁹³. Bu unsurların varlığı halinde, diğer sözleşmenin ifasına yönelmiş olan sözleşme alt sözleşme niteliği taşıyacaktır. Alt sözleşmenin ifasına yöneldiği sözleşme ise asıl sözleşme olarak adlandırılacaktır.

İki ayrı sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız bir şekilde kurulabilmesi için sadece kendi taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekli ve yeterlidir. Bu sözleşmelerden sadece birine taraf olan kişilerin diğer sözleşmenin yapılmasına rıza göstermesinin veya göstermemesinin diğer sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etkisi olmayacaktır⁹⁴. Bunun bir sonucu olarak, alt sözleşmenin tarafları sözleşme müzakerelerini kendi aralarında serbestçe yürütebilir ve asıl sözleşmeye aykırı hükümleri dahi alt sözleşme içeriğine dahil edebilirler⁹⁵.

İki sözleşmenin birlikte ve yine hukuken birbirinden bağımsız bir şekilde mevcudiyetlerini devam ettirmeleri, asıl sözleşme ile alt sözleşmenin yorumlanmaları ve sona ermeleri bakımından da birbirlerinden bağımsız iki ayrı sözleşme oldukları anlamına gelmektedir. Buna bağlı olarak, asıl sözleşme sona erdiği halde alt sözleşmenin devam etmesi mümkündür. Ayrıca, herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığı çözecek olan hakim veya hakemler asıl sözleşme ile alt sözleşmeyi birbirinden ayrı bir şekilde yorumlama yoluna gitmelidirler. Eğer alt sözleşme tarafları arasında bir uyuşmazlık söz konusuysa, sadece alt sözleşme hükümlerinin incelenmesi ve yorumlanmasıyla karar verilmelidir. Ayrıca asıl sözleşmenin incelenmesine de gerek yoktur⁹⁶, meğer ki alt sözleşmede asıl sözleşmenin bir hükmüne yollama yapılmış olsun.

Asıl sözleşme ile alt sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız bir şekilde kurulmaları, mevcudiyetlerini devam ettirmeleri ve sona ermeleri her iki sözleşmeye de taraf olan kişi açısından birtakım dezavantajlara yol açabilecektir. Ortaya

⁹³ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 15, 16.

⁹⁴ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 19.

⁹⁵ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 78.

⁹⁶ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 71, 76.

çıkabilecek bu dezavantajların önüne geçilebilmesi için tarafların her iki sözleşmeye koyacakları kayıtlarla sözleşmelerin yazgısını birbirine bağlı kılmaları, böylece asıl sözleşmeyle alt sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız olması prensibini yumuşatmaları mümkündür. Bu tür kayıtların konması iki sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsızlığı prensibini ortadan kaldırmayacak, ancak her iki sözleşmeye de taraf olan kişinin bu prensip nedeniyle karşılaşılabileceği risklerin önüne geçecektir⁹⁷.

Asıl sözleşme ile alt sözleşmenin taraflarından birinin her iki sözleşme açısından da taraf sıfatını haiz olması, alt sözleşmenin en belirgin özelliğidir. Asıl sözleşme ile alt sözleşme birlikte değerlendirildiğinde, bu ilişkide üç ayrı şahsın yer aldığı görülmektedir. Bu şahıslardan biri hem asıl sözleşmeye hem de alt sözleşmeye taraftır ve bu yönüyle iki sözleşme arasındaki fiili bağlantı noktasını oluşturmaktadır⁹⁸.

Son unsur ise sözleşmelerin karakteristik edimleri bakımından birbirine benzemeleri, yani sözleşmelerden birinin diğerinin ifasına yönelmiş olmasıdır. Taraflardan birinin her iki sözleşme açısından da taraf sıfatını haiz olması ile birlikte bu unsur, asıl sözleşme ile alt sözleşme arasında hukuki bir ilişki olmamakla birlikte, fiili bir ilişki olması gerektiğini göstermektedir. Alt sözleşmenin asıl sözleşmenin ifasına yönelmesiyle birlikte her iki sözleşmede karşılıklı borçlanılmış olan karakteristik edimler kısmen veya tamamen asıl sözleşmeden alt sözleşmeye intikal etmektedir⁹⁹. Birbirine fiili olarak bağılılıkları bulunan bu iki sözleşmeden asıl sözleşme genellikle zaman olarak alt sözleşmeden daha önce kurulmakta, içerik olarak alt sözleşmeyi kapsamakta ve alt sözleşmenin yapılmasının temelini oluşturmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki asıl sözleşmenin alt sözleşmenin kurulmasından sonra da kurulmasına bir engel yoktur¹⁰⁰.

Bu unsur değerlendirildiğinde iki grup alt sözleşme ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, asıl sözleşmenin karakteristik edim alacaklısının karakteristik edim borçlusu olduğu alt sözleşmelerdir. Örneğin alt kira sözleşmeleri bu gruba dahildir. Zira, asıl sözleşmede kira konusu malı kullanma hakkının sahibi konumunda olan asıl kiracı, alt kiracıya karşı kullandırma borçlusu konumundadır. İkinci grupta ise asıl

⁹⁷ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 71; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 40-41.

⁹⁸ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 15, 16.

⁹⁹ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 16.

¹⁰⁰ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 70.

sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun karakteristik edim alacaklısı olduğu alt sözleşmeler yer almaktadır. Örneğin, alt vekalet sözleşmeleri böyledir. Karakteristik edim olan iş görme borcunun borçlusu konumundaki asıl vekil, alt vekile karşı bu edimin alacaklısı konumundadır. İşte alt yüklenicilik sözleşmeleri de bu ikinci gruba dahildir. Zira, karakteristik edim olan eser meydana getirme borcunun borçlusu konumundaki asıl yüklenici, alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici karşısında bu borcun alacaklısı konumundadır.

Alt sözleşmelerin bu genel niteliklerinden hareketle bir inceleme yapıldığında, alt yüklenicilik sözleşmelerinde bu unsurların var olduğu tespit edilmektedir:

- Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi hukuken birbirinden bağımsız sözleşmelerdir¹⁰¹.
- Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuken birbirinden bağımsızlığı prensibi gereğince, bu sözleşmeler birbirinden bağımsız bir şekilde kurulurlar. Asıl yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması veya yapılabileceği kişiler iş sahibinin iznine veya onayına tabi kılınmış olsa dahi, bu izin veya onay olmadan da alt yüklenicilik sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulabilecektir¹⁰². Zira, sadece asıl yüklenicilik sözleşmesine konulmuş olan bu tür bir kayda uygun davranma yükümlülüğü asıl yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olan asıl yükleniciye aittir. Alt yüklenicinin asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan bu kayıttan haberdar olmadığı hallerde, asıl yüklenicinin buna aykırı hareket etmiş olması alt yüklenicilik sözleşmesini geçersiz hale getirmez. Bu durum sadece asıl yüklenicinin asıl yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan borcuna aykırı bir hareket teşkil eder¹⁰³.

¹⁰¹ Gauch, s. 46; Öz, s. 49; Zevkliler/Gökyayla, s. 539; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151; Karahasan, s. 210-211; Selimoğlu, s. 139; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 9, 69; Erişen, s. 45-50, 110; Yalçınduran, s. 32-35; Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 171-179.

¹⁰² Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 73.

¹⁰³ Asıl yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması veya yapılabileceği kişiler iş sahibinin iznine veya onayına tabi kılınmış olduğu halde buna uymayan asıl yüklenicinin bu davranışı sebebiyle sorumluluğunun dayanağı hakkında doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, asıl yüklenici bu davranışı sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesine göre sorumlu tutulabilir (Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 152). Ayrıca, bu durumda iş sahibi asıl yükleniciden alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını da isteyebilir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, Türk Borçlar Kanunu'nun ifa yardımcısının davranışlarından dolayı sorumluluğa ilişkin 116. maddesinin uygulama alanı sadece ifa yardımcısı kullanımının caiz olduğu hallerle

Tabii iş sahibinin kurulmasını arzu etmediği bir alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmuş olmasının asıl yüklenici açısından riskli bir durum yaratacağı şüphesizdir. Zira, alt yüklenici tarafından eser meydana getirilip kendisine teslim edildiğinde kendisi bunu geçerli bir ifa olarak kabul etmek zorunda kalacaktır. Ancak, iş sahibi asıl yüklenicilik sözleşmesi kapsamında bunu geçerli bir ifa olarak kabul etmeyebilecektir. Alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması veya yapılabileceği kişilerle ilgili olarak asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan kayıtlara uygun hareket edilmesi bu tür riskleri bertaraf eder.

- Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuken birbirinden bağımsızlığı prensibi gereğince, bu sözleşmeler birbirinden bağımsız bir şekilde mevcudiyetlerini devam ettirir, sona erer ve yorumlanırlar.

Bu durum, her iki sözleşmeye de taraf olan asıl yüklenici açısından birtakım dezavantajlara yol açabilecektir. Örneğin, asıl yüklenicilik sözleşmesi sona erdiği halde alt yüklenicilik sözleşmesinin devam etmesi mümkün olacaktır. Ancak, alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenici için artık amacını yitirmiş olacaktır. Buna rağmen, asıl yüklenici alt yüklenicinin gerçekleştireceği ifayı geçerli bir ifa olarak kabul etmek durumunda kalacaktır. Ortaya çıkabilecek bu dezavantajların önüne geçilebilmesi için her iki sözleşmeye konacak hükümlerle sözleşmelerin yazgısının birbirine bağlı kılınması mümkündür¹⁰⁴.

Herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığı çözecek olan hakim veya hakemler asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesini birbirinden ayrı bir şekilde yorumlama yoluna gitmelidirler. Eğer alt yüklenicilik sözleşmesi tarafları arasında bir uyuşmazlık söz konusuysa, sadece alt yüklenicilik sözleşmesinin hükümlerinin incelenmesi ve yorumlanmasıyla karar verilmelidir. Ayrıca asıl yüklenicilik sözleşmesinin

sınırlandırılmamalıdır ve caiz olmayan şekilde yardımcı şahıs kullanılan hallerde de bu hüküm uygulanmalıdır (Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 159-160).

¹⁰⁴ Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 40-41.

incelenmesine de gerek yoktur. Bununla birlikte, bazı durumlarda asıl yüklenicilik sözleşmesine de ikinci dereceden bir yorum aracı olarak başvurulması düşünülebilir. Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulması sırasında asıl yüklenicilik sözleşmesinin içeriği de alt yüklenici tarafından biliniyorsa, alt yüklenicilik sözleşmesinin müzakereleri sırasında asıl yüklenicilik sözleşmesinin hükümleri de dikkate alınarak hareket edilmişse, iş sahibi de alt yüklenicilik sözleşmesi için yapılan müzakerelere iştirak etmiş ve iki sözleşme arasında uyumun sağlanabilmesi için asıl yüklenicilik sözleşmesindeki hükümleri de gündeme getirmişse hakim veya hakemler asıl yüklenicilik sözleşmesine ikinci dereceden bir yorum aracı olarak başvurmalıdır¹⁰⁵.

- Hukuken birbirinden bağımsız olmakla birlikte, bu sözleşmeler arasında fiili bir ilişki bulunmaktadır.
- Hem asıl yüklenicilik sözleşmesinin hem de alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olması itibariyle asıl yüklenici bu sözleşmeler arasındaki fiili bağlantı noktasını oluşturmaktadır.
- Alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifasına yönelmekte, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki karakteristik edimler kısmen veya tamamen alt yüklenicilik sözleşmesine intikal etmektedir. Asıl yüklenicilik sözleşmesi, ifasına yönelinen sözleşme olması itibariyle genellikle alt yüklenicilik sözleşmesinden önce kurulmakta, içerik olarak alt yüklenicilik sözleşmesini kapsamakta ve alt yüklenicilik sözleşmesinin temelini teşkil etmektedir. Uygulamada alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinden önce yapıldığı durumların da az olmadığı görülmektedir. Bu şekilde hareket etmek teorik olarak mümkün olmakla birlikte, özellikle asıl yüklenicilik sözleşmesinin imzalanamadığı hallerde sorun teşkil edebilecektir. Bu nedenle, eğer alt yüklenicilik sözleşmeleri asıl yüklenicilik sözleşmesinden önce kuruluyorsa bu sözleşmelerde bir geciktirici veya bozucu şarta yer vererek geçerliliklerini asıl yüklenicilik

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 77-78.

sözleşmesinin imzalanmasına bağlı kılmak doğru davranış tarzı olacaktır. Bununla birlikte, kanaatimizce, alt yüklenicilik sözleşmesinde geciktirici veya bozucu şarta yer verilmemiş olsa dahi, asıl yüklenicilik sözleşmesinin öngörülemeyen bir sebeple yapılamaması alt yüklenicilik sözleşmesi açısından işlem temelini çökmesi sayılabilir.

E. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Asıl Yükleniciyle Alt Yüklenicinin Birbirine Karşı Hak ve Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları asıl yüklenici ile alt yüklenicidir. Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alt yüklenici, asıl yükleniciden aldığı işi zamanında ve gereği gibi ifa ederek bir eser meydana getirme ve asıl yükleniciye teslim etme, asıl yüklenici ise bunun karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir.

Alt yüklenicilik sözleşmesi hukuken tarafları alt yüklenici ile asıl yüklenici olan bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu için, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde de Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin m. 470 ile m. 486 arasındaki hükümleri uygulanacaktır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından, söz konusu maddelerde geçen “iş sahibi” ifadeleri “asıl yüklenici”, “yüklenici” ifadeleri ise “alt yüklenici” olarak anlaşılmalıdır. Kanunda yer alan hak ve yükümlülüklerin yanında, taraflar sözleşmede başka hak ve yükümlülüklerle de yer verebilirler.

2. Alt Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri

Alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında alt yüklenicinin iki temel borcu bulunmaktadır. Bunlar, sözleşme ile kararlaştırılan eseri meydana getirme borcu ile eseri teslim borcudur. Her ne kadar eseri teslim borcu Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça ve ayrıca düzenlenmemiş olsa da, kanunun 473, 474, 478, 479 ve 483. maddelerinde teslimden söz edilmesi, eserin teslimine birtakım sonuçlar bağlanması ve alt yüklenicilik sözleşmesinin ani edimli borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle alt

yüklenicinin borçları arasında eseri teslim borcunun da yer aldığı konusunda şüphe duyulmamalıdır¹⁰⁶.

Eseri meydana getirme borcunun ifa edilebilmesi için alt yüklenici tarafından gereği gibi ifa edilmesi gereken birtakım yan borçlar da bulunmaktadır. İşi sadakat ve özenle yapma borcu, işi şahsen yapma ya da kendi idaresi altında yaptırma borcu, işe zamanında başlama ve işi sözleşmeye uygun bir şekilde yürütme borcu bu yan borçlar arasında yer almaktadır¹⁰⁷. Eseri teslim borcuna bağlı olarak ise ayrıca ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkar¹⁰⁸.

Bunlar arasında işi sadakat ve özenle yapma borcu ile işi şahsen yapma ya da kendi idaresi altında yapma borcu, kapsamlarının belirlenmesi açısından özellikle açıklanmalıdır.

Eser sözleşmeleri açısından işi sadakat ve özenle yapma borcu Türk Borçlar Kanunu'nun 471/1 maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *“Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.”*

Sadakat borcu, alt yüklenicinin asıl yüklenicinin kendisine duyduğu güveni boşa çıkarmayacak şekilde hareket etmesi ve asıl yüklenicinin menfaatine olan davranışlarda bulunarak, zararına olan davranışlardan kaçınması şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁹. Alt yüklenici ister bizzat asıl yüklenici tarafından seçilmiş olsun, ister iş sahibi tarafından belirlenmiş olsun, her iki durumda da alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı sadakat borcuna uygun hareket etmesi gerekir. Zira, alt yüklenici iş sahibi tarafından belirlenmiş olsa bile sözleşme alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında kurulmaktadır.

Sadakat borcuna örnek olarak, malzemeyi asıl yüklenicinin sağladığı durumlarda söz konusu olan ve Türk Borçlar Kanunu'nun 472. Maddesinde düzenlenen malzemenin kullanılışı hakkında bilgi verme ve artan malzemeleri iade etme borcu, yine aynı maddede düzenlenen asıl yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması halinde bunun asıl yükleniciye bildirilmesi borcu¹¹⁰, sır

¹⁰⁶ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 82; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 624; Yavuz/Acar/Özen, s. 1099; Aral/Ayrancı, s. 479; Yalçınduran, s. 88.

¹⁰⁷ Erişen, s. 67.

¹⁰⁸ Erişen, s. 90.

¹⁰⁹ Erişen, s. 68-69; Yalçınduran, s. 61.

¹¹⁰ Erişen, s. 71; Yalçınduran, s. 62.

saklama yükümlülüğünün söz konusu olabileceği yeni fikir/plan gibi durumlarda bu yükümlülüğe uygun hareket etme borcu¹¹¹, asıl yüklenicinin iznini almadan bilinen inşaat tekniklerinin dışına çıkmama borcu¹¹² gösterilebilir.

Özen borcu ise, alt yüklenicinin üstlendiği işin ifası için gereken dikkat, basiret ve itinaı göstermesi olarak tanımlanabilir. Alt yükleniciden beklenen özenin ölçüsü konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun 471/2 maddesi uygulanmalıdır. Söz konusu maddeye göre, *“Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”* Dolayısıyla buradaki özen ölçüsü, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir alt yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış olmalıdır.

Özen borcuna örnek olarak, eserin ifası için gerekli olan uzmanlığını tam olarak kullanma borcu, eserin meydana getirilmesi için gerekli şartların var olup olmadığını araştırma borcu, mali gücünün eserin meydana getirilmesi için yeterliliğini hesap etme borcu¹¹³, ortaya çıkabilecek risklerden asıl yükleniciyi haberdar etme borcu, işin ifasında israftan kaçınma borcu, asıl yüklenici tarafından sağlanan malzemenin güvenliğini sağlama borcu, oluşabilecek zararları önleyici tedbirler alma borcu gösterilebilir¹¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünde yer alan, işi şahsen yapma veya kendi idaresi altında yaptırma borcu, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki asıl yüklenicinin borcu olduğu gibi, alt yüklenicilik sözleşmesindeki alt yüklenicinin de borcu olacaktır. Bununla birlikte alt yükleniciler de m. 471/3 hükmünde yer alan sınırlamalara uymak kaydıyla yeni alt yükleniciler görevlendirebilecektir. Kanaatimizce, alt yükleniciler bir işteki uzmanlıkları göz önünde bulundurularak tercih edildikleri ve görevlendirildikleri için, üstlendikleri işin tamamını veya bir kısmını başka alt yüklenicilere verme konusunda oldukça ihtiyatlı davranmalı ve zorunlu olmadıkça böyle bir yola başvurmamalıdır¹¹⁵. Zira, yapacakları iş konusunda kendilerinden daha uzman olan birini bulmaları her durumda mümkün olmayacaktır. Alt yüklenicilik sözleşmesinin yeni alt yükleniciler görevlendirilmesine

¹¹¹ Erişen, s. 71.

¹¹² Emre Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, 2002, Sayı: 1, s. 792.

¹¹³ Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, s. 791.

¹¹⁴ Yalçınduran, s. 65-66; Erişen, s. 71.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Erişen, s. 74.

ilişkin maddesi hazırlanırken bu hususun dikkate alınması işin zamanında ve gereği gibi ifasının sağlanabilmesi amacına daha çok hizmet edecektir.

3. Asıl Yüklenicinin Hak ve Yükümlülükleri

Asıl yüklenicinin alt yükleniciye borçları konusunda Türk Borçlar Kanunu’nun 479 ve 481. maddeleri arasındaki “iş sahibinin borçları”na ilişkin hükümler esas alınmalıdır. Bu hükümler incelendiğinde asıl yüklenicinin asli borcunun ücret ödeme borcu olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, bu hükümler arasında yer almasa da asıl yüklenicinin ücret ödeme borcu dışında başka sorumlulukları da bulunmaktadır. Ayıplı iş durumunda muayene ve ihbar külfeti, Türk Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesine ilişkin düzenlemeler arasında satımdaki gibi satılanı kabul etme borcu şeklinde bir eseri kabul borcu yer almamakta ise de sözleşmede kararlaştırılmışsa sözleşmeye uygun olan bir ifa durumunda eseri kabul borcu, sözleşmede kararlaştırılmışsa malzeme temin borcu ve eserin meydana getirilmesini etkileyebilecek kimi durumları alt yükleniciye bildirme borcu bu sorumluluklar arasında yer almaktadır¹¹⁶.

Asıl yüklenicinin bu borçları arasında yalnızca asli borcu olan ücret ödeme borcunun üzerinde duracağız.

İki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesi olan alt yüklenicilik sözleşmesinde, alt yüklenicinin eser meydana getirme borcunun karşılığını asıl yüklenicinin ücret ödeme borcu oluşturmaktadır. Ücret taraflar arasında götürü ücret şeklinde belirlenmiş olabilir, birim fiyat veya yaklaşık olarak belirlenmiş olabilir veya taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılmamış olabilir. Ücretin sözleşmede belirlenmemiş ve daha sonra belirlenecek olması alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasını engellemeyecektir¹¹⁷.

Türk Hukuku açısından alt yüklenicilik sözleşmelerinde ücret konusunda önemli bir mesele, ücretin döviz üzerinden belirlenip belirlenemeyeceğidir. Bu konunun önemi, 2018 yılından itibaren mevzuatta yaşanan gelişmelerden kaynaklanmaktadır. Bu gelişmelere kronolojik olarak bakıldığında, 13.09.2018 tarihli ve 30534 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 12.09.2018 tarihli ve 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, Türk Hukuku’nda dövizle sözleşme yasağının yürürlüğe

¹¹⁶ Erişen, s. 100.

¹¹⁷ Yalçınduran, s. 140.

girdiği görülmektedir. 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın 1. maddesi ile 07.08.1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karar'ın 4. maddesine g bendi eklenmiş ve Türkiye'de yerleşik kişilerin, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki bazı sözleşmelerde bu sözleşmelerden kaynaklanan ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları yasaklanmıştır. Eser sözleşmeleri, dolayısıyla alt yüklenicilik sözleşmeleri de bu yasak kapsamındadır. 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile öngörülen dövizle sözleşme yasağının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise Hazine ve Maliye Bakanlığı'na 06.10.2018 tarihli ve 30557 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2018-32/51 No'lu Tebliğ ile belirlenmekle birlikte, daha sonra yine Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yayımlanan başka Tebliğler yoluyla bu usul ve esaslarda değişiklikler yapılmıştır. Böylece, 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karara İlişkin Tebliğ'in 8. maddesi birkaç defa yeniden düzenlenmiştir. Eser sözleşmeleri açısından uygulanacak usul ve esaslar konusunda, 2018-32/51 No'lu Tebliğ ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na 16.11.2018 tarihli ve 30597 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2018-32/52 No'lu Tebliğ hükümleri önem arz etmektedir. Sonraki tarihli Tebliğlerde eser sözleşmeleri açısından yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

İki Tebliğ birlikte incelendiğinde, her ikisine göre de Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler ve sözleşmeler kapsamında Türkiye'de yerleşik asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılacak sözleşmede yükümlülüklerin döviz cinsinden kararlaştırılabileceği görülmektedir¹¹⁸. Ayrıca, 2018-32/51 No'lu Tebliğ'de yasaklanmış olmakla

¹¹⁸ 2018/32-51 No'lu Tebliğ'e göre;

"Madde 1 – 28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'ın mülga 8 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Döviz Cinsinden ve Dövize Endeksli Sözleşmeler

Madde 8 –

(13) Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler, sözleşmeler ve milletlerarası andlaşmaların ifası kapsamında olmak kaydıyla; yüklenicilerin üçüncü taraflarla akdedeceği gayrimenkul satış, gayrimenkul kiralama ve iş sözleşmeleri dışında kalan sözleşmelerde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür."

2018/32-52 No'lu Tebliğ'e göre;

"Madde 1 – 28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'ın 8 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(16) Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler, sözleşmeler ve milletlerarası andlaşmaların ifası kapsamında gerçekleştirilecek olan

birlikte¹¹⁹, 2018/32-52 No'lu Tebliğ'e göre, Türkiye'de yerleşik kişilerin aralarında akdedecekleri alt yüklenicilik sözleşmesi döviz cinsinden maliyet içeriyorsa, yükümlülükler döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılabilecektir¹²⁰. Bu düzenlemelerin ortaya çıkardığı sonuç, Türkiye'de yerleşik kişiler arasında yapılacak bu tür alt yüklenicilik sözleşmelerinde ücretin herhangi başka bir şart aranmadan döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılabileceğidir. Taraflardan birinin Türkiye'de yerleşik olmaması halinde ise herhangi bir şekilde dövizle sözleşme yasağı kapsamına girilmemektedir.

Ücret, bir eser sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Dolayısıyla, bir sözleşmede işin bedelsiz yapılacağı öngörüldüğü takdirde böyle bir sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Uygulamada çok az görülmekle birlikte, bazen alt yüklenicilik sözleşmelerinin bedelsiz olacak şekilde akdedildiği görülmektedir. Bu tür durumlarda alt yüklenici yine ücretini almakta ama bu ücretin doğrudan iş sahibi tarafından karşılanmasının kararlaştırıldığı görülmektedir. Ayrıca, ücretin sözleşmede belirlenmemiş ancak sonradan belirlenecek olması sözleşmenin bedelsiz yapıldığı anlamına gelmemektedir. Bedelsiz yapılan sözleşmelerde ücret unsuru ortadan kalkmaktadır. Bu tür durumlarda alt yüklenicilik sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Bu konudaki tartışmalara aşağıda yer verilecektir¹²¹.

projeler dahilinde; yükleniciler veya görevli şirketlerin ve bunların sözleşme imzaladığı tarafların üçüncü taraflarla akdedeceği veya bahsi geçen projeler çerçevesinde akdedilecek, gayrimenkul satış sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri dışında kalan sözleşmelerde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür."

¹¹⁹ 2018/32-51 No'lu Tebliğ'e göre,

"Madde 1 – 28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'in mülga 8 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Döviz Cinsinden ve Dövizde Endeksli Sözleşmeler

Madde 8 –

(5) Türkiye'de yerleşik kişiler; kendi aralarında akdedecekleri, 16/12/1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda tanımlanan gemilerin inşası, tamiri ve bakımı dışında kalan eser sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştıramazlar."

¹²⁰ 2018/32-52 No'lu Tebliğ'e göre,

"Madde 1 – 28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'in 8 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(8) Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; döviz cinsinden maliyet içeren eser sözleşmelerinde, sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövizde endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.

¹²¹ Bkz. Birinci Bölüm, I)F, İş Görme Borcu İhtiva Eden Diğer Sözleşme Türleriyle İlişkisi.

F. İş Görme Borcu İhtiva Eden Diğer Sözleşme Türleriyle İlişkisi

Alt yüklenicilik sözleşmesinin iş görme borcu ihtiva eden hizmet sözleşmesi, iş sözleşmesi ve vekalet sözleşmesiyle ilişkisinin de ortaya konması gerekmektedir.

İş görme borcu ihtiva eden hizmet sözleşmesi ve iş sözleşmesiyle taraflardan biri, belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görme, diğer taraf ise buna karşılık bir ücret ödeme borcu altına girmektedir. Bu sözleşmelerin özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, alt yüklenicilik sözleşmesinin hiçbir hal ve şart altında hizmet sözleşmesi veya iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği tespit edilmektedir¹²². Öncelikle, yukarıda alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklarken belirttiğimiz üzere alt yüklenicilik sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi doğurmakta, hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi ise sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu sözleşmelerle alt yüklenicilik sözleşmesi arasındaki en belirgin farklılık ise bağımlılık ve uzmanlık unsurları açısından ortaya çıkmaktadır. Bir hizmet veya iş sözleşmesi kapsamında iş gören kişiler iş gördükleri kişiye bağımlı çalışanlardır ve ifa edecekleri iş bakımından uzman olmaları gerekmez. Bu kişiler bağımlı çalışan oldukları için, iş gördükleri kişinin denetim ve gözetimi altındadırlar. Alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında işin bir kısmının veya tamamının ifası kendisine bırakılan alt yükleniciler ise iş gördükleri asıl yükleniciden bağımsız ve ifa edecekleri iş bakımından asıl yükleniciden dahi uzman kişilerdir¹²³. Asıl yükleniciden bağımsız olan alt yükleniciler üzerinde asıl yüklenicinin bir denetim ve gözetim yetkisi bulunmamaktadır¹²⁴.

Alt yüklenicilik sözleşmesiyle hizmet sözleşmesi arasındaki bu farklılıklar Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 15.9.1980 tarihli kararında da detaylı bir şekilde ifade edilmektedir. Söz konusu karara göre;

“(...)Yardımcı kişiler müteahhidin gözetim ve idaresi altında bulundukları halde, alt müteahhitlerle asıl (baş) müteahhitler arasında bir altlık/üstlük rabıtası mevcut değildir. Diğer bir ifade ile, bağımlı yardımcı kişilerle asıl müteahhit arasında genellikle bir hizmet sözleşmesi bulunduğu halde, alt müteahhitlerle asıl müteahhit arasında sözleşme istisna akdi niteliğini taşır. Öte

¹²² Aynı yönde bkz. Öz, s. 49; Selimoğlu, s. 139.

¹²³ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 622; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151-152; Karahasan, s. 209-210; Selimoğlu, s. 138-139; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 8; Zevkliler/Gökyayla, s. 540; Yalçınduran, s. 50; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 237; Erişen, s. 13.

¹²⁴ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 622; Karahasan, s. 209; Erişen, s. 13.

*yandan, müteahhidin eseri yaratırken başvurduğu yardımcı kişilerin uzman olmaları gerekmez. Buna karşılık özellikle işin bir bölümü kendilerine devredilen alt müteahhit, çoğu kez o sahada asıl müteahhitten bile daha uzman olmalıdır(...)*¹²⁵

Bağımlılık ve uzmanlık unsurları açısından mevcut olan bu farkların bir sonucu olarak, bir hizmet veya iş sözleşmesi kapsamında iş gören kişinin belli bir sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yaptığı işte özen göstermesi yeterlidir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde ise alt yüklenicinin belli bir sonucu gerçekleştirme, sözleşme konusu eseri meydana getirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

İnşaat projelerinde asıl yüklenicilerin hizmet veya iş sözleşmesiyle çalıştırdıkları kişiler de bulunmaktadır. Ancak bu kişiler alt yüklenici değildir. Örneğin, asıl yüklenicinin maaşlı personeli, maaşlı ustaları, maaş vererek sürekli istihdam ettiği fayansçısı, doğramacısı hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan kişilerdir¹²⁶.

Asıl yükleniciden bağımsız hareket etmeleri ve yaptıkları iş konusunda uzman olmaları yönüyle adeta asıl yüklenicinin yerine geçtikleri düşüncesiyle ve bağımlı çalışanlardan ayırmak amacıyla doktrinde alt yükleniciler için “*ikame edilen şahıs*” ifadesi de kullanılmıştır¹²⁷. Doktrinde kullanılan bu ifade Yargıtay kararlarına da yansımıştır¹²⁸. Ancak, kanaatimizce alt yükleniciler için “*ikame edilen şahıs*” ifadesini kullanmak bir alt yüklenicilik sözleşmesi kurulduğunda alt yüklenicinin asıl yüklenicinin yerine geçerek asıl yüklenicilik sözleşmesinin de tarafı haline geleceği şeklinde yanlış bir izlenim yaratabilecektir. Halbuki, alt yüklenici sadece alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafıdır. Bu nedenle, alt yüklenicileri bağımlı çalışanlardan ayırmak amacıyla “*ikame edilen şahıs*” ifadesi yerine, –“*bağımsız ifa yardımcısı*” ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz¹²⁹.

¹²⁵ Yarg. 4. HD, 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 215-216).

¹²⁶ Öz, s. 49.

¹²⁷ Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Çeviren: Cevat Edege, Cilt: 1-2, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983, s. 592; Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 446-447.

¹²⁸ “*Hemen belirtmek gerekir ki asıl müteahhidin eserin ifasını kendilerine devrettiği alt müteahhitleri, eserin ifasında kullandığı yardımcılardan ayırmak gerekir. Çünkü alt müteahhit, eseri yapma borcunun ifasının kısmen veya tamamen kendisine devredildiği bağımsız ve kendi hesabına çalışan bir yardımcı şahıstır. Alt müteahhitler müstakilen hareket eden ve asıl (baş) müteahhidin yerine kaim olan kimselerdir. Doktrinde bunlara “ikame edilen şahıs” demek suretiyle, yardımcılardan ayrılmaya çalışılmaktadır.*” (Yarg. 4. HD, 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 215-216)).

¹²⁹ Bkz. aşağıda Birinci Bölüm, I)G, Alt Yüklenicinin Hukuki Durumu.

İş görme borcu ihtiva eden ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bir diğer sözleşme türü olan vekalet sözleşmesi ise vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekalet sözleşmesinde vekilin belli bir sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Önemli olan, vekilin işi özenle ve sadakatle yapmaya çalışmasıdır. Ayrıca, vekalet sözleşmesinde vekil, sözleşmede veya teamülde yer almıyorsa ücrete hak kazanmaz. Başka bir deyişle, vekalet sözleşmesinde ücret, sözleşmenin esaslı bir unsuru olmayıp, sözleşme bedelsiz de yapılabilir. İşte vekalet sözleşmesinin bu iki özelliği (sonuç taahhüdünün olmaması ve bedelsiz yapılabilmesi), eser sözleşmesinden farkını ortaya koymaktadır¹³⁰. Zira, eser sözleşmesinde sonuç taahhüdü ve bedel mutlaka vardır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri de bir sonuç taahhüdü ve bedel içermekte, dolayısıyla eser sözleşmesi kapsamında yer almaktadırlar.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde zaman zaman eserin bedelsiz olarak meydana getirilmesi borçlanılmış olabilir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu tür durumlarda alt yüklenici yine ücretini almakta ama bu ücretin doğrudan iş sahibi tarafından karşılanmasının kararlaştırıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre bu durumda alt yüklenicilik sözleşmesi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmeli¹³¹, bir diğer görüşe göre ise eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) bir sözleşme olarak görülmelidir¹³². İsviçre Hukuku'nda bu durumda bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulması gerektiğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır¹³³. Türk Hukuku'nda da bu görüşü savunanlar bulunmaktadır¹³⁴.

Kanaatimizce, böyle bir durumda alt yüklenicilik sözleşmesi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmeli ve vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler

¹³⁰ Zekeriya Kürşat, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 67, S. 1-2, 2009, s. 146.

¹³¹ Eren, "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", s. 56-57; Erman, s.19; Kemal Dayınlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara: Dayınlı Hukuk Yayınları, 2008, s. 15; İzzet Karadağ, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 41; Sendi Yakuppur, **Borçlar Kanunu'na göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009, s. 12.

¹³² Eren, "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", s. 56-57; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 24; Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1999, s. 14-15; Karahasan, s. 71; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 11; Zekeriya Kürşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 92; Yalçınduran, s. 47; Ceyda Tutkun, **İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 22-23.

¹³³ Bkz. Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 69, dipnot 117.

¹³⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu/Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987, s. 568; Öz, s. 62.

uygulanmalıdır. Ücret, eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Ücret unsurunu içermeyen bir alt yüklenicilik sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Türk Borçlar Kanunu'nun 502/2 hükmüne göre ise, “*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*” O halde kanunun açık hükmü gereğince, ücret unsuru içermediği için eser sözleşmesi kapsamı dışına çıkan bir alt yüklenicilik sözleşmesi vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi de bir yapı eserinin ücretsiz olarak meydana getirilmesinin borçlanılmış olduğu sözleşmeler bakımından vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı görüşündedir¹³⁵.

Kanaatimizce, bedelsiz bir alt yüklenicilik sözleşmesini bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirmek sözleşmeyi iş görme sözleşmeleri kapsamında çıkarmış olacak ve yapısıyla uyumlu olmayacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 502/2 hükmünün açık düzenlemesi nedeniyle, eser sözleşmesi benzeri isimli (karma) bir sözleşme olarak da nitelendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

G. Alt Yüklenicinin Asıl Yüklenici Karşısında Hukuki Durumu ve Asıl Yüklenicinin Alt Yüklenicinin Borçlarından Sorumluluğu

Alt yüklenicinin asıl yükleniciden bağımsız olduğu ve alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifasına yöneldiği göz önünde bulundurulduğunda, alt yükleniciler asıl yüklenicinin bağımsız olarak faaliyet gösteren ifa yardımcısı sayılırlar ve her ne kadar bağımsız olsalar da Türk Borçlar Kanunu'nun “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” kenar başlıklı 116. maddesine tabidirler¹³⁶. Bu durum, asıl yüklenicinin caiz olmadığı halde alt yüklenici görevlendirmesi halinde de geçerlidir¹³⁷. Bu tür durumlarda alt yüklenicinin ifa yardımcısı olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, aksi takdirde caiz bir şekilde alt yüklenici görevlendiren asıl yüklenici TBK'nın 116. maddesindeki kusursuz sorumluluk prensibi uyarınca kendisinin hiçbir kusuru bulunmasa dahi alt yüklenicinin borca aykırı davranışından sorumlu tutularak, caiz olmayan bir şekilde alt yüklenici görevlendiren asıl yükleniciye nazaran daha kötü bir konuma getirilmiş olacaktır. Asıl

¹³⁵ Bkz. Akkanat, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, s. 69, dipnot 117.

¹³⁶ Gauch, s.55; Tercier, s. 586; Gauch/Tercier, s. 166; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 92-93; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 626; Aral/Ayrancı, s. 459; Öz, s. 51-52; Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 151; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 251; Selimoğlu, s. 139.

¹³⁷ Gauch, s.55; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 92-93; Aral/Ayrancı, s. 459; Akkanat, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, s. 159-160.

yüklenici alt yüklenicinin iş yaptırdığı ikinci derecede alt yüklenicilerin eylemlerinden de TBK'nın 116. maddesi uyarınca sorumlu olur¹³⁸.

Alt yüklenici asıl yüklenicinin bağımlı yardımcısı değil, bağımsız ifa yardımcısı olduğu için asıl yüklenicinin alt yüklenici üzerinde denetim ve gözetim yetkisi bulunmamaktadır¹³⁹. Ancak, alt yüklenicinin bağımsızlığını başıboşluk veya keyfi davranabilme şeklinde anlamamak gerekir. Alt yüklenici işi sözleşmeye uygun olarak ve uzmanlığının gerektirdiği özeni göstererek yapmak zorundadır¹⁴⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun "Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" başlıklı 116. maddesi uyarınca, alt yüklenici iş görme borcunu yerine getirmediği takdirde iş sahibine karşı sorumluluk asıl yükleniciye aittir. Buradaki sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Dolayısıyla, asıl yüklenicinin iş görme borcunun yerine getirilmemesinde kusursuz olması da bu durumu değiştirmez. Ancak, alt yüklenicinin kusurlu olması halinde onun yüzünden iş sahibine tazminat ödemek zorunda kalan asıl yüklenici bu zararını alt yükleniciye rücu edebilir¹⁴¹.

Asıl yüklenicinin alt yükleniciyi seçerken ve talimat verirken gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak iş sahibi karşısında TBK'nın 116. maddesinden kaynaklanan sorumluluğundan kurtulup kurtulamayacağı, düşünülmesi gereken bir konudur. Bu konu doktrinde tartışmalıdır ve tartışmalar Türk Borçlar Kanunu'nda vekalet sözleşmeleri altında m. 507/2'de tanınan kurtuluş beyyinesinin eser sözleşmelerinde de uygulanıp uygulanamayacağı etrafında toplanmaktadır. Bizim de katıldığımız doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, m. 507/2 vekaletle özgü bazı gerekçelerle Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen özel bir hükümdür ve kıyas yolu ile eser sözleşmelerine de uygulanarak alanının genişletilmesi yerinde olmaz¹⁴².

Bununla birlikte, alt yükleniciyi asıl yükleniciye iş sahibi tavsiye etmiş ve asıl yüklenicinin söz konusu alt yüklenicinin yetersizliği konusundaki uyarılarına rağmen işin ona verilmesinde ısrar etmiş ise asıl yüklenici alt yüklenicinin işi ayıplı

¹³⁸ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 93.

¹³⁹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 77; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 622; Aral/Ayrancı, s. 457; Karahasan, s. 209; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 8; Erişen, s. 13.

¹⁴⁰ Erişen, s. 13.

¹⁴¹ Gauch, s. 53; Öz, s. 52.

¹⁴² Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 93-94; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 626; Ahmet Kılıçoğlu, "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 32, S. 1, 1975, s. 198; Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 447-448; Von Tuhr, s. 592.

yapmasından doğan iş sahibine karşı sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulabilir¹⁴³. Bunun hukuki dayanağı Türk Borçlar Kanunu’nun 476. ve 52. maddeleridir. Türk Borçlar Kanunu’nun 476. maddesine göre, “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” Asıl yüklenicinin uyarılarına rağmen söz konusu alt yükleniciyle çalışılması konusunda ısrar eden iş sahibi eserin ayıplı olmasından kendisi sorumlu olacaktır. Dolayısıyla asıl yüklenici bu madde uyarınca iş sahibine karşı sorumluluktan tamamen kurtulabilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesine göre ise, “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*” Asıl yüklenicinin hiçbir söz hakkı olmadan veya asıl yüklenicinin uyarılarına rağmen görevlendirilen bir alt yüklenicinin sebep olduğu borç ihlallerinden zarar gören iş sahibi kendisi de zararın doğmasında etkili olduğundan, bu madde uyarınca asıl yüklenici iş sahibine karşı olan sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilmelidir.

Doktrinde, asıl yüklenici alt yüklenici yerine aynı işi bizzat yapsaydı da iş yapılamayacak idiyse ve asıl yüklenicinin bundan dolayı sorumlu tutulamayacağı bir durum mevcutsa; asıl yüklenicinin alt yüklenicinin borçlarından dolayı sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Zira böyle durumlarda alt yüklenici kullanmakla işin ifa edilememesi arasında nedensellik bağının olmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁴. Başka bir deyişle, alt yüklenici kullanıldığı için iş ifa edilememiş değildir. İş asıl yüklenici tarafından yapılırsa dahi aynı sonuç meydana gelecektir. Örneğin, inşaat sahasında gerçekleşen bir su baskını, inşaat yerinin sit alanı ilan edilmesi, inşaat yerinde yapımı geciktiren veya önleyen jeolojik olumsuzluklar ortaya çıkması, inşaat malzemelerinin temininde objektif bir engel çıkması gibi sebeplerle alt yüklenicinin işi zamanında yapamamış olması halinde asıl yüklenici iş sahibine karşı sorumlu tutulmamalıdır.

Asıl yüklenicinin böyle bir yetkisi olmadığı halde alt yüklenici görevlendirdiği hallerde asıl yüklenici TBK m. 116’nın yanında sözleşmeye aykırı

¹⁴³ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 94; Öz, s. 52.

¹⁴⁴ Öz, s. 52; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 94; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 626; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 251.

kusurlu davranışı nedeniyle TBK'nın 112. maddesi gereğince de iş sahibine karşı sorumlu tutulabilir¹⁴⁵. Burada ihlal, alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasıyla değil, alt yüklenicinin fiilen çalıştırılmaya başlanmasıyla meydana gelmektedir¹⁴⁶. Bu durumda her iki hükme ilişkin sorumluluğun birbiriyle yarıştığı kabul edilmektedir¹⁴⁷. Ancak, her iki hükmün birbirinden ayrı sorumluluk şartlarına sahip olduklarına ve kapsamlarının birbirinden farklı olduğuna dikkat edilmelidir¹⁴⁸.

Asıl yüklenicinin TBK'nın 112. maddesi gereğince sorumlu tutulabilmesi 116. madde çerçevesindeki sorumluluktan farklı olarak, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edememesine bağlıdır, başka bir deyişle kusur sorumluluğu söz konusudur. Asıl yüklenicilik sözleşmesine aykırı olarak işin yapımında alt yüklenici görevlendiren asıl yüklenicinin somut olayların büyük bir çoğunluğunda kusurunun bulunduğu kabul edilecektir. Asıl yüklenicinin borcun ifasında alt yüklenici kullanımının mümkün olmadığını kusursuz bir şekilde bilmemesi bunun için bir istisna teşkil edebilir¹⁴⁹.

TBK'nın 116. maddesi gereği gündeme gelen sorumlulukta, bağımsız ifa yardımcısı olan alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararların asıl yüklenici tarafından tazmin edilmesi söz konusu olacaktır. TBK'nın 112. maddesi gereği söz konusu olan sorumluluk ise, alt yüklenicinin neden olduğu zararlarla sınırlı olmayıp, alt yüklenici kullanılması nedeniyle meydana gelen ve asıl yüklenicinin sözleşmeye aykırı bu davranışı ile uygun illiyet bağı içindeki bütün zararların tazminini gündeme getirecektir¹⁵⁰.

Caiz olmamasına rağmen asıl yüklenicinin alt yüklenici atadığı hallerde iş sahibi ortaya bir zararın çıkmasını beklemek zorunda olmayıp, öncelikle asıl yükleniciden alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını isteyebilir ve bunun için bir süre verebilir¹⁵¹. Ayrıca, inşaatın yapıldığı taşınmazın zilyedi konumunda bulunan iş sahibi, zilyetliğin ve mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde, kendisi de sözleşmeye aykırı bir şekilde işin yapımına dahil edilmiş olan alt yüklenicinin inşaat

¹⁴⁵ Gauch, s.55; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 92; Aral/Ayrancı, s. 459.

¹⁴⁶ Gauch, s. 192; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 92; Aral/Ayrancı, s. 459.

¹⁴⁷ Gauch, s. 55-56; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 92-93; Aral/Ayrancı, s. 459; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 160.

¹⁴⁸ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 160.

¹⁴⁹ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 160.

¹⁵⁰ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 161.

¹⁵¹ Gauch, s. 192; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 92; Aral/Ayrancı, s. 459; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 161.

sahasına girmesine engel olma veya alt yükleniciyi inşaat sahasından uzaklaştırma imkanına sahiptir¹⁵². Bunun temeli, Türk Medeni Kanunu’nun 981. maddesinde yer alan, “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir*” hükmüdür.

Alt yüklenicinin verilen süre içinde asıl yüklenici tarafından uzaklaştırılmadığı, uzaklaştırmanın iş sahibi tarafından gerçekleştirilmesinin de mümkün olmadığı ve bundan dolayı iş sahibinin zarara uğradığı hallerde, iş sahibi asıl yükleniciden TBK’nın 112. maddesi veya 116. maddesi uyarınca uğradığı zararı talep edebilir¹⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, verilen süre içinde alt yüklenicinin uzaklaştırılmaması halinde iş sahibi tarafından borçlu temerrüdü hükümlerinden istifade edilerek asıl yüklenicilik sözleşmesinin sözleşmeden dönme yoluyla sona erdirilmesi de mümkündür¹⁵⁴. Ancak, bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmek yerine işi başka bir kişiye yaptırıp bunun masrafını asıl yükleniciden talep etmesi daha uygun bir çözüm olacaktır¹⁵⁵. Bu çözüm yolunun Türk Hukuku’ndaki dayanağı TBK’nın 473(2) hükmüdür. Söz konusu maddeye göre, “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyor, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verileceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarla bulunabilir.*” Bu hüküm son derece açıktır ve iş sahibine asıl yüklenicilik sözleşmesini sona erdirmeye imkanı tanımamaktadır. Ayrıca, borçlu temerrüdü hükümlerinden istifade edilerek sözleşmenin sona erdirilebilmesi için öncelikle muaccel bir borcun mevcut olması gerekirken, burada söz konusu olan sözleşmeye aykırılık (caiz olmadığı halde alt yüklenici görevlendirilmesi) muacceliyetten önce gündeme gelmektedir. Dolayısıyla, ortada ifası talep edilebilecek bir borç henüz mevcut olmadığı gibi, bazı durumlarda işin yapımına dahi başlanmamış olabilir.

Belirtmek gerekir ki, caiz olmadığı halde görevlendirilen alt yüklenici eserin yapımını sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmişse ve iş sahibinin işin özellikle

¹⁵² Akkanat, **Taşeronluk (Alt Mütahhitlik) Sözleşmesi**, s. 162.

¹⁵³ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 92.

¹⁵⁴ Gauch, s. 192; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 92; Aral/Ayrancı, s. 459. İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 103 II 55 No’lu kararında, verilen süre içinde alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmaması halinde iş sahibinin asıl yüklenicilik sözleşmesini tazminatsız bir biçimde feshedebileceği ifade edilmektedir.

¹⁵⁵ Gauch, s.192; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Mütahhitlik) Sözleşmesi**, s. 162-168.

asıl yüklenici tarafından yapılmasında özel bir menfaati yoksa, iş sahibinin alt yüklenici tarafından yapılan işi kabul etmemesi ve işi üçüncü bir kişiye yaptırarak bunun masraflarını asıl yükleniciden talep etmesi iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder¹⁵⁶.

II. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNİN TÜRLERİ

A. Alt Yüklenicinin Belirlenme Şekli Açısından

1. Alt Yüklenicilerin Asıl Yüklenici Tarafından Belirlenmesi

Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları asıl yüklenici ile alt yüklenici olduğuna göre, normal olan, alt yüklenicilerin seçiminin asıl yüklenicinin iradesine bırakılmasıdır¹⁵⁷. Ayrıca, eserin meydana getirilmesine dair sorumluluk asıl yükleniciye aittir ve işi alt yüklenici olarak kimin veya kimlerin en iyi şekilde yapacağını takdir edecek kişi de odur.

Bir inşaat projesinin ihalesine katılacak olan asıl yüklenici genellikle işi yürütürken hangi alt yüklenicilerle çalışabileceğini de önceden tayin etmekte ve ihale için teklifini hazırlarken potansiyel alt yüklenicilerle olan görüşmelerini de dikkate almaktadır. Asıl yüklenici alt yüklenicilerle görüşmelerine ihaleyi kazanıp asıl yüklenicilik sözleşmesini akdettikten sonra da başlayabilmektedir. Her iki durumda da alt yüklenici sözleşmeleri, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında müzakere edilmekte ve asıl yüklenicilik sözleşmesinin akdedilmesinden sonra imzalanmaktadır. Asıl yüklenici tarafından belirlenen alt yükleniciler genel adıyla “*domestic subcontractors*” olarak anılmaktadır¹⁵⁸. Bu kavramın “asıl yüklenici tarafından belirlenmiş alt yükleniciler” şeklinde ifade edilebileceği kanaatindeyiz.

Alt yüklenicinin görevlendirilmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinde iş sahibinin onayına tabi kılınmış olabilir¹⁵⁹. Ancak, bu tür durumlarda da alt yüklenici asıl

¹⁵⁶ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 159; Mehmet Özgür Avcı, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 318.

¹⁵⁷ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 47.

¹⁵⁸ Nicholas Gould, “**Subcontracts**”, Fenwickelliott, 2004, s. 2-3.

¹⁵⁹ Örneğin Fransız Hukukunda alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 1975 tarihli 75-1334 sayılı kanun alt yüklenicilerin görevlendirilebilmesi için iş sahibinin onayını şart koşturmaktadır. Kanunun 3. maddesine göre, bir alt yüklenicinin görevlendirilebilmesi için öncelikle hem alt yüklenicinin, hem de alt yükleniciye yapılacak ödemeleri düzenleyen sözleşme maddelerinin iş sahibi tarafından onaylanması gerekmektedir. 75-1334 sayılı Kanun madde 3: “*L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est*

yüklenici tarafından belirlenmiş olmaktadır. Uygulamada hemen hemen bütün asıl yüklenicilik sözleşmelerinde, alt yüklenicilerin ancak iş sahibinin onayıyla görevlendirilebileceğinin öngörüldüğü görülmektedir. Bu sistemde asıl yüklenici görevlendirmek istediği alt yüklenicilerin isimlerini bir liste halinde iş sahibine bildirmekte, iş sahibi de bunlar arasından uygun gördüklerini asıl yükleniciye bildirmektedir. Bu şekilde belirlenen alt yükleniciler “iş sahibi tarafından kabul edilmiş alt yükleniciler” olarak adlandırılabilir. Böylece, görevlendirmenin iş sahibinin onayına tabi tutulduğu sözleşmelerde de alt yükleniciler temelde asıl yüklenici tarafından belirlenmiş olmakta, iş sahibinin onayı asıl yüklenicinin iradesini ortadan kaldırmamaktadır.

Uygulamada bazı durumlarda ise görevlendirilebilecek alt yükleniciler listesinin asıl yüklenici tarafından değil, iş sahibi tarafından hazırlandığı ve asıl yükleniciye bildirildiği görülmektedir. Asıl yüklenici kendisine verilen bu listede yer alan alt yükleniciler arasından seçim yapmakta ve alt yüklenicilik sözleşmelerini akdetmektedir. Başka bir deyişle, alt yükleniciler iş sahibi tarafından aday gösterilen kişiler arasından seçilmektedir. İş sahibi tarafından aday olarak gösterilen bu alt yükleniciler “*named subcontractors*” olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁰. Bu kavramın “iş sahibi tarafından aday gösterilmiş alt yükleniciler” şeklinde ifade edilebileceği kanaatindeyiz. Kanaatimizce, böyle bir durumda alt yüklenici adaylarından oluşan liste iş sahibi tarafından hazırlanmış olsa da bu listede yer alan kişiler arasından seçimi

tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.” Resmi olmayan Türkçe çeviri: “Bir veya daha fazla alt yükleniciye başvurmayı planlayan asıl yüklenici, sözleşmenin yapılması sırasında ve sözleşme süresi boyunca her bir alt yükleniciyi iş sahibine kabul ettirmeli ve ödeme koşullarını onaylatmalıdır; asıl yüklenici iş sahibinin talebi üzerine alt yüklenicilik sözleşmesi veya sözleşmelerini kendisine iletmekle yükümlüdür.” Bu husus Fransız Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır. Bkz. Yargıtay Mixed Chamber, 13.03.1981 T., No: 80-12.125 (legifrance.gouv.fr.).

¹⁶⁰ “*Named subcontractor*” kavramı JCT Standart Sözleşmelerinden olan Orta Büyüklükte Bina Sözleşmesi (“*The JCT Intermediate Building Contract*”) içinde yer almaktadır ve bu standart sözleşme ile ortaya çıkmıştır. (Gould, s. 3). JCT, 1931 yılında İngiltere’de RIBA ve NFBTE tarafından kurulmuştur. Kuruluşundan itibaren yapım sektöründe kullanılmak üzere standart sözleşme dokümanları geliştirmiştir. JCT’nin ana politikası, ihtiyaçların açık bir şekilde tanımlandığı, riskin taraflar arasında adil olarak paylaştırıldığı, İngiliz yapım sektöründe yaygın olan her tip proje ve proje teslim sistemi için farklı bir standart doküman üretmektir. JCT’nin geliştirdiği dokümanlar arasında standart sözleşmeler, bu sözleşmelerden hangisinin ne zaman tercih edileceğini anlatmaya yönelik yayınlar ve kılavuzlar bulunmaktadır. JCT standart sözleşme dokümanlarının ilki, 1931 yılında RIBA tarafından oluşturulmuştur. Bu doküman 1977’ye kadar JCT olarak adlandırılmamıştır. 1967’ye kadar JCT’nin yayınladığı tek standart sözleşme dokümanı “*SBC-Standard Form of Building Contract*” olmuştur. Bu tarihten itibaren farklı proje teslim sistemleri için standart sözleşmeler düzenlenmiştir. (Bkz. <https://www.jctltd.co.uk/contact-us>).

yapan kişi asıl yüklenici olduğundan, alt yükleniciler yine asıl yüklenici tarafından belirlenmiş olmaktadır.

2. Alt Yüklenicilerin İş Sahibi Tarafından Atanması

Alt yüklenicilerin asıl yüklenici tarafından belirlenmesi, iş sahibinin inşaatın çok büyük bir kısmını meydana getirecek olan alt yüklenicilerin seçimini kontrol edememesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum özellikle büyük çaplı ve uluslararası inşaat projeleri ile iş sahibinin kamu kurum ve kuruluşları olduğu projelerde iş sahibi açısından bir dezavantaj olarak görülebilmektedir. Bu nedenle, bu tür projelerde iş sahibi alt yüklenicilerin belirlenmesinde kendisinin yetkili olmasını sağlayacak kayıtların asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer almasında ısrarcı olabilmektedir. Asıl yüklenici de eğer projeyi almak istiyorsa bu tür kayıtları da kabul etmek durumunda kalmaktadır. Özellikle, iş sahibinin asıl yükleniciye kıyasla iş piyasasında daha güçlü olduğu ve bunu bir baskı unsuru olarak kullandığı hallerde asıl yüklenicinin bu tür kayıtlarda değişiklik yaptıırma imkanı olmamaktadır.

Bu sistemde genellikle alt yüklenicilerin yapacakları işler ve isimleri asıl yüklenicilik sözleşmesinde belirtilmektedir. Bazen de isimler sözleşmede belirtilmemekle birlikte, sözleşmenin akdedilmesinden sonra asıl yükleniciye bildirilmektedir. Bu şekilde belirlenen alt yükleniciler “iş sahibi tarafından atanmış alt yüklenici” (“*nominated subcontractors*”) adını almaktadır. Burada alt yüklenicilerin belirlenmesinde asıl yüklenicinin hiçbir söz hakkı olmamakta, kendisine iş sahibi tarafından bildirilen alt yükleniciyle alt yüklenicilik sözleşmesi akdetmek zorunda kalmaktadır¹⁶¹.

Bu tür durumlarda iş sahibi asıl yüklenicilik sözleşmesinden önce veya sonra alt yüklenici olabileceğini düşündüğü kişilerle bizzat kendisi görüşmeler yapabilmektedir. Alt yüklenicilik görüşmelerini bizzat kendisi yapan iş sahibi, sonuçta alt yüklenici olarak kimlerin görevlendirileceğine de kendisi karar vermektedir. Böylece, alt yüklenicilik sözleşmesinin konusu, ücret ve diğer hükümleri iş sahibi ile alt yüklenici arasında yapılan görüşmelerde belirlenmektedir. Sonra bu hükümler asıl yükleniciye bildirilmekte ve alt yükleniciyle bu hükümleri içeren bir alt yüklenicilik sözleşmesi yapılması istenmektedir.

¹⁶¹ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 241.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin hükümlerine iş sahibi ve alt yüklenici arasında yapılan görüşmelerde karar verilmiş olduğu halde, sözleşmenin tarafları yine asıl yüklenici ile alt yüklenici olmaktadır. Dolayısıyla, alt yüklenicilere yapılacak bütün ödemeler de yine asıl yüklenici üzerinden yapılmaktadır ve iş sahibiyle alt yüklenici arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulması söz konusu değildir.

İşin yapımına dahil edilecek alt yüklenicilerin tamamen iş sahibi tarafından belirlenmesini öngören bu sistem, 19. yüzyıl başlarında İngiliz inşaat sözleşmeleri uygulamasında geliştirilmiş bir sistem olarak bilinmektedir¹⁶². Alt yüklenicilerin kendileri tarafından atanmasını isteyen iş sahipleri böylelikle uluslararası inşaat projelerinde yerli firmaları korumayı ve onların uluslararası iş tecrübelerini artırmayı, tanımadıkları bir ülkede kendilerine yardımcı olacağını düşündükleri bir yerli firma ile çalışmayı veya maliyeti düşürerek projenin finansmanı bakımından daha avantajlı şartlar yaratmayı amaçlamaktadırlar. Hatta bazı durumlarda, kendilerine yakın olan bir yükleniciyi de korumayı amaçlamış olabilirler. Örneğin, iş sahibi olan bir holding, alt yüklenici olarak kendi bünyesinde yer alan bir şirketi görevlendirerek bu şirketin hem deneyim hem de kazanç sağlamasını hedeflemiş olabilir¹⁶³.

FIDIC Kuralları'nda da atanmış alt yüklenici ("*nominated subcontractor*") kavramına yer verilmektedir. 1999 tarihli ve 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 5.2. maddesinde bu kavram "*Asıl yüklenicilik sözleşmesinde atanmış alt yüklenici olarak belirtilmiş kişiler*" veya "*müşavir mühendisin asıl yükleniciye alt yüklenici olarak görevlendirmesi talimatını verdiği alt yükleniciler*" olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁴.

FIDIC Kuralları'nda özellikli bir husus, asıl yüklenicinin müşavir mühendis tarafından atanmış olan alt yükleniciler konusunda itiraz edebileceğinin ve itirazı kabul edilirse başka bir alt yükleniciyle anlaşabileceğinin düzenlenmiş olmasıdır¹⁶⁵. Bunun için asıl yüklenicinin makul sebeplerinin¹⁶⁶ olması ve müşavir mühendisin

¹⁶² Duncan Wallace, **Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract**, Londra: Sweet&Maxwell, 1986, s. 317 vd.

¹⁶³ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 47-48.

¹⁶⁴ 1999 tarihli ve 2017 tarihli Sarı Kitap ile Gümüş Kitap'ın 4.5. maddelerinde de benzer düzenleme yer almaktadır.

¹⁶⁵ Söz konusu itiraz hakkı 1997 ve 2017 tarihli Kırmızı Kitap m. 5.2, 1997 ve 2017 tarihli Sarı Kitap m. 4.5, 1997 ve 2017 tarihli Gümüş Kitap m. 4.5'te düzenlenmiştir.

¹⁶⁶ Makul sebepler, 1997 ve 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 5.2. maddesinde sınırlayıcı olarak değil örnekleyici olarak belirtilmiştir. Bu örnekler arasında, alt yüklenicinin yeterli uzmanlığa, kaynaklara veya mali güce sahip olmadığına dair inandırıcı sebeplerin bulunması, asıl yüklenici tarafından tedarik edilecek malların alt yüklenici tarafından kötü kullanımı halinde bundan doğan zararın karşılanacağına dair alt yüklenicilik sözleşmesinde bir hükmün bulunmaması, alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta olmaması bulunmaktadır. Makul sebepler için aynı örnekler 2017

talimatından itibaren 14 gün içinde¹⁶⁷ bu sebepleri destekleriyle birlikte müşavir mühendise bildirmesi gerekmektedir. Ancak, asıl yüklenicinin makul sebepleri ve dayanakları olsa dahi, eğer iş sahibi kendi belirlediği alt yüklenicinin çalışmasından doğacak zararları karşılayacağını taahhüt eder ise, asıl yüklenici yine atanmış alt yükleniciyle sözleşme yapmak zorundadır¹⁶⁸.

Alt yüklenicilerin iş sahibi tarafından atanmaları ve sözleşme hükümlerinin iş sahibi tarafından belirlenerek asıl yükleniciye verilmiş olması halinde, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında sözleşmenin tarafları dışındaki bir iradenin oluşturduğu düzenlemeleri içeren bir alt yüklenicilik sözleşmesi ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle, bu tür alt yüklenicilik sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi, yetki ve tahkim maddelerinin ne şekilde ele alınacağını değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu husus çalışmamızın İkinci ve Üçüncü Bölümünde irdelenecektir.

B. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinin İçeriğiyle İlişkisi Açısından

1. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesiyle Sırt Sırta (Back to Back) Olmayan Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri

Alt yüklenicilik sözleşmesinin “alt sözleşme” niteliğinin bir sonucu olarak hukuken asıl yüklenicilik sözleşmesinden bağımsız olması, iki sözleşmenin içeriklerinin birbirinden farklı bir şekilde düzenlenebilmesi imkanını yaratmaktadır¹⁶⁹. Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları olan asıl yüklenici ile alt yüklenici sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmeye diledikleri hükümleri koyabilirler. Asıl yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğinde yer alması öngörülen hükümler olsa dahi, bu hükümlerin konulmaması alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasını engellemez. Böyle bir davranış sonucunda sadece asıl yüklenicinin bu hükümlere uygun hareket etmemesi nedeniyle iş sahibine karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu söz konusu olur¹⁷⁰.

tarihli Sarı Kitap ile Gümüş Kitap'ta da yer almaktadır. Ancak, 1999 tarihli Sarı Kitap ile Gümüş Kitap'ta makul sebepler örneklenmemiş ve sınırlayıcı olarak da sayılmamıştır.

¹⁶⁷ Kırmızı Kitap, Sarı Kitap ve Gümüş Kitap'ın 1999 versiyonlarında bu itirazın yapılması için bir süre belirtilmemiş, itirazın mümkün olan en kısa sürede (*“as soon as practicable”*) yapılması öngörülmüştür. İtirazın yapılması için 14 günlük süre her üç kitabın 2017 versiyonlarında düzenlenmiştir.

¹⁶⁸ Bu düzenleme Kırmızı Kitap, Sarı Kitap ve Gümüş Kitap'ın 2017 versiyonlarında yer almakla birlikte, 1999 versiyonları arasında sadece Kırmızı Kitap'ta yer almaktadır. Sarı Kitap ile Gümüş Kitap'ın 1999 versiyonlarında mevcut değildir.

¹⁶⁹ Gauch, s. 46; Gauch/Tercier, s. 167; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 75.

¹⁷⁰ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 75.

İşte iki sözleşmenin içeriklerinin birbirinden farklı şekilde düzenlendiği hallerde asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (*“back to back”*) olmayan alt yüklenicilik sözleşmelerinden bahsedilir. Alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (*“back to back”*) olması, “Asıl Yüklenicilik Sözleşmesiyle Sırt Sırta (*“Back to Back”*) Olan Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri” bölümünde detaylı olarak açıklayacağımız üzere, alt yüklenicilik sözleşmesine asıl yüklenicilik sözleşmesiyle irtibat sağlayacak kayıtlar konması yoluyla, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı olan hak ve yükümlülüklerinin alt yükleniciye de geçirilmesi ve böylece alt yüklenicinin de asıl yükleniciye karşı aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamına gelmektedir¹⁷¹.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (*“back to back”*) olmasıyla akreditif veya diğer kurumlardaki *“back to back”* kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesinin ilişkisi açısından kullanılan *“back to back”* kavramı alt yüklenicilik sözleşmelerine özgü ve özel bir anlamı olan bir kavramdır. Bir akreditif türü olan ve art arda veya sırt sırta akreditif olarak da tanımlanan *“back to back akreditif”* ise alıcının bankası tarafından açılan akreditif lehtarının malların maliki olmadığı ancak yalnızca malların tedariki konusunda aracı konumunda bulunduğu durumlarda, aracının da malın maliki lehine ikinci bir akreditif açmasıyla meydana gelir. Birinci akreditifin lehtarı olan aracının açtığı ikinci akreditif ilk akreditiften tamamen bağımsızdır ve genelde ilk akreditifin şartlarını içerir¹⁷². Aracı, alıcı tarafından açtırılan birinci akreditiften alacaklarını tahsil edip edemediğine bakılmaksızın ikinci akreditifin tüm tutarını ikinci akreditifi açan bankaya ödemekle yükümlüdür. Back to back akreditifte birinci akreditifin lehtarının hak ve yükümlülüklerinin ikinci akreditifin lehtarına da geçirilmesi söz konusu değildir.

Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (*“back to back”*) olmayan alt yüklenicilik sözleşmelerinde, asıl yüklenici ile alt yüklenici sözleşme müzakerelerini kendi aralarında serbestçe yürütmekte ve asıl yüklenicilik sözleşmesine aykırı hükümleri dahi alt yüklenicilik sözleşmesine dahil edebilmektedirler. Bu durumda her iki sözleşmenin de tarafı olan ve her iki sözleşmenin de içeriğine vakıf olan asıl

¹⁷¹ Luigi Di Paola/Paolo Spanu, “Back to Back Contracts”, **International Construction Law Review**, C. 26, 2009, s. 489.

¹⁷² Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s. 504-505.

yüklenici, bu düzenlemelerin kendi lehine veya aleyhine doğurabileceği sonuçları göze almış olmaktadır.

Bu tür düzenlemelere örnek olarak, alt yüklenicilik sözleşmesinde işin yapımı için öngörülen standartların veya metodolojinin asıl yüklenicilik sözleşmesinden farklı veya detaysız veya belirsiz olması gösterilebilir.

Doktrinde alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesindekinden daha yüksek veya daha düşük kalite standartlarının öngörülmesi de bu tür düzenlemelere örnek olarak gösterilmektedir¹⁷³. Ancak, teorik açıdan doğru olmakla birlikte bu örneklerin gerçekçi olmadığı kanaatindeyiz. Zira, iş sahibi alt yüklenicilik sözleşmesinin maliyetinin daha yüksek olmasından dolayı elde edeceği kârın azalmasını istemeyecektir. Ayrıca, asıl yüklenici de iş sahibi tarafından kabul edilmeyecek bir işi alt yükleniciye yaptırmak istemeyecektir.

Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (back to back) olmayan alt yüklenicilik sözleşmeleri bazen asıl yüklenicinin riskinin artmasına sebep olabilir. Örneğin, alt yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu zamanaşımına uğramışken, kendisinin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül borcunun devam ettiğini fark edip bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalabilir.

Alt yüklenicinin iş sahibi tarafından atanması halinde alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriği asıl yüklenicilik sözleşmesinden farklı olmayabilir. Zira, alt yüklenicinin iş sahibi tarafından atandığı hallerde alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriği genellikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki görüşmeler neticesinde belirlenerek asıl yükleniciye bildirilmektedir. İş sahipleri ise genellikle alt yüklenicilik sözleşmelerinin içerik açısından asıl yüklenicilik sözleşmesiyle uyumlu olmasını tercih etmektedirler.

2. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesiyle Sırt Sırta (Back to Back) Olan Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri

Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuken birbirinden bağımsız olmasının sonucu olarak, taraflar her iki sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme özgürlüğüne sahiptir. Ancak, bu özgürlük sonuna kadar kullanılarak iki sözleşmenin içerikleri arasında uyumun sağlanmadığı hallerde bu

¹⁷³ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 78-79.

durum özellikle her iki sözleşmenin de tarafı olan asıl yüklenici açısından bazı zorluklara sebebiyet verebilecektir¹⁷⁴.

Örneğin, her iki sözleşme hukuken birbirinden bağımsız olduğu için asıl yüklenicilik sözleşmesi sona ermiş olsa bile alt yüklenicilik sözleşmesi mevcudiyetini devam ettirebilecektir ve alt yüklenici bu durumda dahi kendi edimini yerine getirmek için çalışma imkanına sahip olacaktır. Ancak, bir yandan da asıl yüklenicilik sözleşmesi sona erdiği için alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenici için amacını kaybetmiş olacaktır. Zira, artık kendisi iş sahibine karşı bir eserin meydana getirilmesi borcu altında değildir¹⁷⁵.

Asıl yüklenicinin göze almak istemeyeceği bu tür zorlukları ortadan kaldırabilmek için mümkün olan ve kullanılan yöntem, alt yüklenicilik sözleşmesine asıl yüklenicilik sözleşmesiyle irtibat sağlayacak kayıtlar koyarak sözleşmeyi asıl yüklenicilik sözleşmesine tabi kılmak ve bu şekilde söz konusu risklerin bir kısmını alt yükleniciye aktarmaktır¹⁷⁶. Belirtmek gerekir ki iki sözleşme arasında irtibat sağlayacak kayıtlar bu iki sözleşmenin birbirinden bağımsızlığını ortadan kaldırmamakta, sadece dezavantajlarının ortadan kaldırılması için bağımsızlık prensibinin yumuşatılması anlamına gelmektedir.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta ("*back to back*") olması, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı olan hak ve yükümlülüklerinin alt yükleniciye de geçirildiği ve böylece alt yüklenicinin de asıl yükleniciye karşı aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu anlamına gelmektedir¹⁷⁷. Bu da iki sözleşmenin içeriklerinin birbiriyle uyumlu olmasıyla sağlanmaktadır. Önemle ifade etmek gerekir ki, sözleşmelerin içerikleri arasında uyumun sağlanması için asıl yüklenicilik sözleşmesinin bütün içeriği ile alt yüklenicilik sözleşmesine dahil edilmesi gerekli değildir. Böyle bir uygulama doğru da olmayacaktır. Zira işin niteliği gereği her iki sözleşmenin kapsamı ve taraflarına yüklediği borçlar farklı olabilir¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Gauch, s. 46-47; Yalçınduran, s. 33; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 78-79.

¹⁷⁵ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 72.

¹⁷⁶ Gauch, s. 47-48; Gauch/Tercier, s. 167; Yalçınduran, s. 33; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 73; Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 156.

¹⁷⁷ Di Paola/Spanu, s. 489.

¹⁷⁸ Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 75.

Bu tür alt yüklenicilik sözleşmeleriyle asıl yüklenicinin alt yükleniciye geçirilen yükümlülüklerine örnek olarak, işin ilgili kısmının dizayna uygun olarak yapılması, asıl yüklenicilik sözleşmesinde kararlaştırılan bitim tarihinde tamamlanması, asıl yüklenicilik sözleşmesinde öngörülen kalitede ve standartlarda yapılması gösterilebilir. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye geçirilen haklarına ise örnek olarak işin tamamlanması için süre uzatımı ve bundan kaynaklanan ek ödemeleri talep etme hakkı gösterilebilir.

Uygulamada asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (*“back to back”*) olan alt yüklenicilik sözleşmeleriyle oldukça sık karşılaşılmaktadır. Zira, asıl yükleniciler iki sözleşmenin içerik açısından uyumsuz olmasının kendileri açısından yaratabileceği riskleri göze almak istememektedirler.

Bu tür alt yüklenicilik sözleşmelerinin hazırlanması da büyük dikkat ve özen gerektirmektedir. Uygulamada bu sözleşmelerin üç farklı yöntem izlenerek hazırlanabildiği görülmektedir.

Birinci yöntem, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesinin belirli hükümlerine veya bütününe yollama yapılmasıdır¹⁷⁹. Bu yöntemde asıl yüklenicilik sözleşmesinin hükümleri yollama yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğine dahil edilmektedir. İkinci yöntem, asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan belirli hususların alt yüklenicilik sözleşmesine uyarlanarak teker teker düzenlenmesidir¹⁸⁰. Bu yöntem birinci yönteme göre çok daha fazla zaman alan, ancak bir yandan da alt yüklenicilik sözleşmesi hükümlerinin taraf iradelerini en doğru yansıtabilecek şekilde oluşturulmasını sağlayacak olan yöntemdir. Üçüncü yöntem ise, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle uyumlu standart bir alt yüklenicilik sözleşmesinin kullanılması konusunda anlaşılması yoluyla (örneğin FIDIC tarafından hazırlanan “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları”) tarafların bu standart şartları kullanarak sözleşmeyi oluşturmalarıdır.

Birinci yöntem olan yollama yapma yöntemi ikinci yönteme göre daha kolay, daha hızlı ve daha masrafsız gözükse de bu yöntemin uygulanması bazı riskler taşımaktadır. Örneğin, *“asıl yüklenicilik sözleşmesinde geçen tüm asıl yüklenici ve iş sahibi kavramları alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici ve asıl yüklenici olarak*

¹⁷⁹ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 243.

¹⁸⁰ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 243.

okunmalıdır” şeklinde genel bir yollama yoluyla asıl yüklenicilik sözleşmesinin tüm hükümleri olduğu gibi, herhangi bir uyarlama yapılmaksızın alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğine dahil edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, proje süresince bu hükümlerin yorumlanması ve tarafların gerçek iradeleri konusunda taraflar arasında görüş ayrılıklarının ortaya çıkması mümkündür. Gerçekte hangi hükümlerin alt yüklenicilik sözleşmesine dahil edilmek istendiği konusunda taraflar arasında tartışmalar yaşanabilir. Bu tür görüş ayrılıkları taraflar arasında yıllar boyunca sürebilecek uyuşmazlıklara da yol açabilecektir¹⁸¹. İkinci ve üçüncü yöntemlerin kullanılması halinde ise bu tür riskler azalmaktadır.

Bu nedenle, bu tür alt yüklenicilik sözleşmelerinin hazırlanmasında tarafların kolay olan yöntemi değil, ileride aralarında uyuşmazlık çıkması riskini en aza indirgeyecek olan yöntemi tercih etmeleri gerektiği kanaatindeyiz. Bu tür sözleşmeleri hazırlarken asıl yüklenici asıl yüklenicilik sözleşmesinin tüm maddelerini detaylı bir şekilde incelemeye zaman ayırmalı, bu maddelerde yer alan yükümlülüklerinden hangilerinin alt yükleniciye geçmesini ve hangilerinin kendisi üzerinde kalmasını istediğine karar vermelidir. Aynı şekilde hangi haklarının alt yükleniciye de verilmesini istediğine de karar vermelidir. Ayrıca, gerekli uyarlamaları da yapmalıdır. Bunun yanında, sadece alt yüklenicilik sözleşmesinde yer alması istenen hükümler de kaleme alınmalıdır. Başka bir deyişle bu tür alt yüklenicilik sözleşmeleri müzakere edilirken ve hazırlanırken oldukça sistematik bir şekilde hareket edilmelidir.

Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (back to back) olan alt yüklenicilik sözleşmelerinin hazırlanmasında kullanılan bu yöntemler çalışmamızın İkinci ve Üçüncü Bölümünde alt yüklenicilik sözleşmelerine uygulanacak hukuk ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yöntemi açısından detaylı bir şekilde değerlendirilecektir.

¹⁸¹ Gauch, s. 48-49. Taraflar arasında ortaya çıkabilecek bu tür tartışmaları azaltmak amacıyla İngiliz hukukunda ve diğer bazı hukuk sistemlerinde asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin sadece yollama yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğine dahil edilmesi yasaklanmıştır. Dolayısıyla bazı hükümler yollama yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesine dahil edilememektedir. Bu tür hükümlerin alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğine dahil edilebilmeleri için alt yüklenicilik sözleşmesinde özel olarak açıkça yazılması gerekmektedir. Bu konu çalışmamızın İkinci ve Üçüncü Bölümünde detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

C. Alt Yükleniciye Yapılacak Ödemelere İlişkin Sözleşme Maddesinin Düzenleniş Şekli Açısından

1. Sırt Sırta (Back to Back) Ödeme Maddesi İçermeyen Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri

Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, alt yükleniciye yapılacak ödemeler asıl yükleniciye yapılacak ödemelerden bağımsızdır¹⁸². Bu durum alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinden bağımsızlığı prensibinin bir sonucudur. İş sahibi asıl yükleniciye ücretini ödememiş olsa bile, asıl yüklenicinin alt yükleniciye ücret ödeme borcu devam eder.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuki niteliğini anlatırken belirttiğimiz üzere, eser sözleşmesi kapsamına giren alt yüklenicilik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁸³. Alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alt yüklenici, asıl yükleniciden aldığı işi ifa etme, asıl yüklenici ise bunun karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir. Başka bir deyişle kural olarak alt yüklenici alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamındaki işi yaptıkça ücrete hak kazanmaktadır. Alt yüklenicinin ücrete hak kazanması başka bir şarta bağlı değildir. İş sahibinin asıl yükleniciye ücretini ödememiş olması alt yüklenicinin ücrete hak kazanmasını engellemez ve bunun sonucu olarak asıl yüklenici kendi ücretini alamamış olsa dahi alt yükleniciye ücret ödemek zorundadır. Alt yükleniciye yapılacak ödemelerin zamanı da iş sahibi tarafından asıl yükleniciye yapılacak ödemelerin zamanına bağlı değildir.

Ödemelerin bu şekilde birbirinden bağımsız olması asıl yüklenici açısından bir risk teşkil etmektedir. Zira, iş sahibinin ödeme kabiliyetini kaybetmesi sebebiyle veya başka bir sebeple kendi ücretini alamayan asıl yüklenici bunu alt yükleniciye karşı ileri süremeyecektir.

2. Sırt Sırta (Back to Back) Ödeme Maddesi İçeren Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri

Asıl yüklenici kendi ücretini alamadığı halde alt yükleniciye ödeme yapma yükümlülüğünün devam edecek olması nedeniyle oluşan riski bertaraf etmek için her

¹⁸² Kerman, *Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse*, s. 159.

¹⁸³ Bkz. Erişen, s. 50-52.

iki ödemeyi birbirine bağlı kılma yoluna başvurulabilir¹⁸⁴. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye yapacağı ücret ödemesini iş sahibinin kendisine yapacağı ödemeye bağlı kılması alt yüklenicilik sözleşmelerinde sıklıkla görülmektedir. Asıl yüklenici böylece özellikle iş sahibinin ödeme kabiliyetini kaybetmesine ilişkin riski alt yükleniciye nakletmeyi amaçlamaktadır.

Bu tür kayıtlar iki farklı türde formüle edilerek sözleşmelere konulmaktadır. İlk kayıt türü “*İş sahibi asıl yükleniciye ödeme yaptıktan sonra alt yükleniciye de ödeme yapılacaktır*” veya “*İş sahibi tarafından kendisine ödeme yapılmadıkça asıl yüklenicinin alt yükleniciye ödeme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır*” şeklinde bir ifadeyle karşımıza çıkmaktadır. Bu tür kayıtlar uluslararası literatürde “*pay-if-paid clause (ödenmişse öde maddesi)*” olarak anılmaktadır. İkinci kayıt türü ise “*İş sahibi tarafından asıl yükleniciye karşı uygulanan ödeme zamanı, alt yükleniciye karşı da uygulanacaktır*” veya “*Alt yükleniciye yapılacak son ödeme, iş sahibinin işe ilişkin kesin kabulü ve asıl yükleniciye ödeme yapılmasıyla birlikte yapılacaktır*” şeklinde bir ifadeyle karşımıza çıkar. Bu tür kayıtlar uluslararası literatürde “*pay-when-paid clause (ödendiğinde öde maddesi)*” olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁵.

Doktrinde hukuki nitelik açısından bu kayıtlardan birincisi koşul, ikincisi ise vade olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁶. Buna göre, ilk kayıt türünde alt yüklenicinin ücret alacağının doğması bir koşula bağlanmaktadır. Bu koşul iş sahibinin asıl yükleniciye ücretini ödemiş olmasıdır. İş sahibi asıl yükleniciye ödeme yapmadığı takdirde alt yüklenicinin ücret alacağı doğmamaktadır. Dolayısıyla alt yüklenici asıl yükleniciden ücret alacağına dair bir talepte bulunamayacaktır. İkinci kayıt türünde ise iş sahibinin ödeme yapmasına bağlı olan şey alt yüklenicinin ücret alacağının muacceliyet kazanmasıdır. Başka bir deyişle, ücrete hak kazanan alt yüklenici muacceliyet tarihine kadar iş sahibinin asıl yükleniciye ödeme yapmasını bekledikten sonra asıl yükleniciye başvurarak ücretinin ödenmesini talep edebilir.

¹⁸⁴ Gauch, s. 49-50; Kerman, *Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse*, s. 159-160; Seçer, *Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi*, s. 41; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 244.

¹⁸⁵ Kerman, *Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse*, s. 159-162.

¹⁸⁶ Akkanat, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, s. 89-90.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde yer alan “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddelerinin vade niteliğinde olduğu düşüncesine katılmakla birlikte, “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddelerinin koşul niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz. Türk Borçlar Kanunu’nun geciktirici ve bozucu koşulu düzenleyen 170 ve 173. maddelerinde yer alan tanımlara göre, geciktirici koşul, bir sözleşmenin hüküm ifade etmesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanması halinde söz konusu olmaktadır. Bozucu koşulda ise, bir sözleşmenin sona ermesi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmaktadır. Söz konusu “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddelerinde ise alt yüklenicilik sözleşmesinin hüküm ifade etmesi veya sona ermesi iş sahibinin ödeme yapması veya yapmaması olgusuna bağlanmamaktadır. İş sahibi ödeme yapsa da yapmasa da alt yüklenicilik sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuştur ve hüküm ifade etmektedir.

Kanaatimizce “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddeleri bir sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilmelidir. Zira bu tür maddelerle asıl yüklenici, iş sahibi tarafından kendisine ödeme yapılmadıkça kendisinin de alt yükleniciye ödeme yapma yükümlülüğünün bulunmadığını düzenleyerek, alt yükleniciye ödeme yapılması hususundaki sorumluluğunu sınırlandırmış olmaktadır. Böylece ücret alacaklısı olan alt yüklenicinin hukuki durumu zayıflatılmış olmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmaları doktrinde “*alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine doğması muhtemel bir tazminat isteminin oluşmasına tamamen veya kısmen engel olan hukuki işlem*” olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁷. Ayrıca, sözleşme ilişkisinde alacaklının hukuki durumunu zayıflatan sözleşme şartları da sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilebilmektedir¹⁸⁸. Bir sorumluluğun doğmasının bir şarta tabi kılındığı hallerde de bir sorumsuzluk anlaşması söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu’nun sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen 115. maddesine göre, “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’na göre sadece borçlunun ağır kusuru halinde sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğinden bahsedilebilecek olsa da, kanaatimizce burada işin niteliği gereği borçlu olan asıl

¹⁸⁷ Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s.7; Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1977, s.38.

¹⁸⁸ Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011, s.10-14.

yüklenicinin hafif kusuru halinde de alt yükleniciye karşı bir def'i ileri sürmesi uygun olmaz. Dürüstlük kuralı ve hakkaniyet bunu gerektirir. Zira, aksi takdirde, hafif kusur da olsa asıl yüklenici kendi kusurundan daima kendisinin lehine, alt yüklenicinin aleyhine sonuçlar elde edebilecektir. Kanaatimizce, bir eser sözleşmesi olan alt yüklenicilik sözleşmelerinde yalnızca asıl yüklenicinin hafif kusurunun dahi olmadığı, ödemenin yapılamamasında tamamen kusursuz olduğu hallerde ödemelere ilişkin sorumluluğun sınırlandırılması söz konusu olabilir. “*Pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddeleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

“*Pay-if-paid (ödenmişse öde)*” ve “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddeleri uluslararası inşaat projeleri kapsamında yapılan alt yüklenicilik sözleşmelerinin olağan hükümleri haline gelmiştir. Alt yükleniciler büyük projelere dahil olabilmek adına sözleşmelerde öngörülen bu maddeleri de kabul etmektedirler¹⁸⁹. Bununla birlikte, bu tür maddelerin geçerlilikleriyle ilgili tereddütler bulunmaktadır. Özellikle “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddeleri alt yüklenicilik sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olma niteliğiyle çelişmektedir. Alt yüklenici kendi edimini yerine getirdiği halde, bu edimin karşılığı olan ücret alacağından mahrum kalma riskiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Örneğin Amerikan mahkemeleri “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddelerini öncelikle “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddesi olarak yorumlamaya çalışmakta¹⁹⁰, böyle bir yorum mümkün olmadığı takdirde ise bu tür maddeleri kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle geçersiz addetmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁹ Kerman, *Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse*, s. 161.

¹⁹⁰ Tennessee Yüksek Mahkemesi'nin 1996 tarihli *Koch v. Construction Technology Inc.* kararı, 924 S.W.2d 68; Ohio Yüksek Mahkemesi'nin 1991 tarihli *Power & Pollution Svcs. v. Suburban Piping* kararı, 74 Ohio App.3d 89, 598 N.E.2d 69; Florida Yüksek Mahkemesi'nin 1990 tarihli *OBS Co., Inc. v. Pace Const. Corp.* kararı, 558 So. 2d 404; Louisiana Yüksek Mahkemesi'nin 1987 tarihli *Southern States Masonry v. J.A. Jones Construction* kararı, 507 So. 2d 198; Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1962 tarihli *Thos. J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.* kararı, 303 F.2d 655; Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1972 tarihli *Yamanishi v. Bleily & Collishaw, Inc.* kararı, 29 Cal. App. 3d 457; Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1969 tarihli *Rubin v. Fuchs* kararı, 1 Cal. 3d 50; Gerald B. Kirksey, "Minimum Decencies"-A Proposed Resolution of the "Pay-When-Paid"/"Pay-If-Paid" Dichotomy, *Construction Lawyer*, C.12, S. 1, 1992, s. 40-46.

¹⁹¹ Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1997 tarihli *William R. Clarke Corp. v. Safeco Ins. Co.* kararı, 15 Cal. 4th 882, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 938 P.2d 372; New York Yüksek Mahkemesi'nin 1995 tarihli *West Fair Electric Contractors v. Aetna Casualty & Surety Co.* kararı, 87 N.Y.2d 148, 638 N.Y.S.2d 394, 661 N.E.2d 967.

Belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda son dönemde yaşanan gelişmeler “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddelerinin de geçerlilik için belli bir süzgeçten geçirildiğini göstermektedir. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi 2018 tarihli *Crosno Construction, Inc. v. Travelers Casualty and Surety Company of America* kararında, alt yükleniciye yapılacak ödemenin asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki uyuşmazlık çözülünceye kadar geciktirilebileceğini öngören bir sözleşme maddesini geçersiz addetmiştir¹⁹². Bu karar, “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddelerinin oldukça dikkatli bir şekilde kaleme alınması gerektiğini, alt yükleniciye yapılacak ödemedeki gecikmenin makul bir süre niteliğinde olması gerektiğini göstermektedir. Ödemenin asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki uyuşmazlık çözülünceye kadar geciktirilmesi makul bir süre olarak görülmemiştir.

Kanaatimizce, bir sözleşme maddesinin “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” veya “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddesi olarak nitelendirilmesinde şüphe uyanıyorsa, ilgili madde alt yüklenici lehine yorumlanmalı ve mümkün olan hallerde sorumsuzluk anlaşması değil, bir vade olarak değerlendirilmelidir¹⁹³. Başka bir deyişle, Amerikan mahkemelerinin yorumla ilgili geliştirdiği uygulama Türk hukukunda da takip edilmelidir. Zira, alt yüklenicilik sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir ve alt yüklenici görevi kapsamındaki işi yaptıkça ücrete de hak kazanmaktadır. Alt yüklenicinin ücrete hak kazanabilmesi başka bir şartın gerçekleşmesine bağlı değildir.

Maddenin vade olarak değerlendirilmesinin mümkün görülmediği hallerde ise Türk hukukunda da geçerlilik konusunda belli şartlar aranmalıdır. “*Pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddeleri açısından bakıldığında, öncelikle, alt yükleniciye ödeme yapılamamasında asıl yüklenicinin ağır kusuru veya hafif kusuru bulunmamalıdır. Örneğin iş sahibinin ödeme yapmaması asıl yüklenicinin edimini yerine getirmemesinden kaynaklanıyorsa veya asıl yüklenici iş sahibinin ödeme yapmamasına başka bir şekilde katkıda bulunmuşsa asıl yüklenicinin kusuru var demektir. Ayrıca, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkelerinin 7.1.6. maddesinde yer alan sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerden hareketle, bu maddeye dayanmak isteyen asıl yüklenici kötü niyetli olmamalı ve bu

¹⁹² Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 2018 tarihli *Crosno Construction, Inc. v. Travelers Casualty and Surety Company of America* kararı, WL 4183622, Cal.App. 4 Dist.

¹⁹³ Gauch, s. 50; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Mütcahitlik) Sözleşmesi**, s. 90.

maddenin uygulanmasının yaratacağı sonuç hakkaniyete aykırı olmamalıdır¹⁹⁴. “*Pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddelerinde ise alt yükleniciye ödemenin yapılacağı öngörülen zamana kadar oluşacak gecikme makul bir süre olarak görülebilmelidir.

III. İŞ SAHİBİYLE ALT YÜKLENİCİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TÜRK HUKUKU VE MİLLİ HUKUKLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından tespit edilmesi gereken en önemli hususlardan biri de iş sahibiyle alt yüklenici arasında hukuki bir ilişkinin olup olmadığıdır. Bu tespit özellikle “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddesi nedeniyle alt yüklenicinin asıl yükleniciden talepte bulunamadığı veya taleplerine karşı asıl yükleniciden bir cevap alamadığı veya asıl yüklenicinin ödeme aczi içinde olduğu, iflas ettiği veya tasfiye edildiği hallerde daha da önem taşımaktadır. Örneğin, Almanya’nın en büyük inşaat şirketlerinden biri olan Holzmann AG’nin iflas etmesi yüzlerce alt yüklenicinin de iflas etmesine sebep olmuştur¹⁹⁵.

Bazen başka ülkelerde gerçekleştirilecek inşaat işleri kapsamında o ülkede bir SPV (“special purpose vehicle” / “özel amaçlı şirket”) kurulması tercih edilmekte ve alt yüklenicilik sözleşmelerinde asıl yüklenici pozisyonunda SPV yer almaktadır. SPV tasfiye edildiğinde alt yüklenicilerin alacak talebinde bulunabilecekleri asıl yüklenici ortadan kalkmış olmaktadır. Bu durumda eğer tasfiye edilen SPV’nin hakim şirketi tarafından SPV’nin alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan borçları için bir hakim şirket garantisi verilmişse veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla, tasfiye edilen SPV’nin hissedarlarının sorumluluğuna gidilebiliyorsa sorun yoktur. Ancak, hakim şirket garantisi her somut olayda bulunmayabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla hakim şirketin veya diğer hissedarların sorumlu kılınabilmesi için ise, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorununa uygulanacak hukukun¹⁹⁶ aradığı şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişiler hukukunun en önemli prensiplerinden biri olan sınırlı sorumluluk prensibiyle çatışan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, sınırlı sorumluluk prensibi, tüzel kişinin, hissedarlarından bağımsız

¹⁹⁴ Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, International Institute for the Unification of Private Law, Roma, 2016. Ayrıca bkz. Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 41; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 244.

¹⁹⁵ Pulkowski, s. 32.

¹⁹⁶ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorununa uygulanacak hukuk, alt yüklenicilik sözleşmelerinden doğabilecek uygulanacak hukuk meseleleri kapsamında 2. Bölüm’de ele alınacaktır.

bir hukuki kişiliği bulunması halinde söz konusu olabilir. Bu bağımsızlığın mevcut olmaması, başka bir deyişle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinde, hissedarların tüzel kişinin hak ehliyeti yokmuş veya ortada böyle bir tüzel kişi yokmuş gibi sorumluluğu gündeme gelecektir. Dolayısıyla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, hissedarların sınırlı sorumluluğu prensibinin dikkate alınmaması yoluyla, hissedarların tüzel kişiden bağımsız konumunun kısıtlanması anlamına gelir¹⁹⁷.

Bu itibarla, milli hukuklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için birçok şart aranmaktadır. Bu şartlar belirlenirken, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının amacının, tüzel kişiliğin hissedarlar tarafından sorumluluktan kurtulma aracı olarak istismar edilmesini engellemek olduğu göz önünde bulundurulmaktadır. Bunun sonucu olarak, birçok milli hukukta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için şu şartların arandığı görülmektedir: hakkın kötüye kullanılması yasağının ve dürüstlük kuralının gerekli kıldığı bir durum olması, ortada bir kukla şirketin ve bu şirketi çıkarları doğrultusunda perde arkasından idare eden gerçek veya tüzel kişinin mevcudiyeti, perde arkasındakiler ile kukla şirketin farklı hukuki kişiliklerinin bulunduğu olgusunun ortadan kalktığını gösterir derecede bir menfaat ve mülkiyet birlikteliğinin mevcudiyeti ve mevcut sonuçların sadece tüzel kişiye atfedilmesinin hakkaniyetsiz sonuçlar doğuracak olması.

İki şirketin paralarının birbirine karışması, ortaklık formalitelerinin yerine getirilmesinde ihmal, yetersiz sermaye, ayrı banka hesapları bulunmayışı, ayrı muhasebe kayıtları bulunmayışı gibi vakıaların bu şartların gerçekleştiğine delalet ettiği kabul edilmektedir¹⁹⁸. Kısacası, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulup başvurulamayacağını, bu konuda uygulanacak hukukta tüzel kişi ile bu tüzel kişinin hissedarları arasında sınırlı sorumluluk prensibinin geçerli olup olmadığı belirler.

Hakim şirket garantisinden yararlanma ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması imkanının sınırlı olması, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkının olup olmadığını daha da önemli hale getirmektedir. Bu tür durumlarda alt yüklenicinin asıl yükleniciye başvurmak yerine doğrudan iş sahibine başvurusunun mümkün olup olmadığının araştırılması ve cevaplandırılması gerekir.

¹⁹⁷ Cemal Şanlı, **Hukuki Mütalaalarım**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.431-432.

¹⁹⁸ Şanlı, **Hukuki Mütalaalarım**, s.607.

İş sahibiyle alt yüklenici arasındaki ilişki bakımından bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığında, milli hukuklarda bu konuda farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Bazı milli hukuklarda alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğine dair özel bir düzenleme yer almazken, bazılarında ise bu konuda özel düzenlemelerin yer aldığı ve alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğinin şartlarıyla birlikte açıkça düzenlendiği görülmektedir.

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz milli hukuk sistemlerinden Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğine dair özel bir düzenlemenin yer almadığı birinci grupta yer almaktadır¹⁹⁹. Alman Hukuku, İngiliz Hukuku ve Birleşik Arap Emirlikleri Hukuku da birinci grupta yer almaktadır. Cezayir, Mısır, Suriye, Irak, Kuveyt ve Libya gibi bazı Arap ülkeleriyle Fransa, Belçika ve İspanya ise açıkça alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkı veren ülkeler arasında yer almaktadır²⁰⁰. Katar Hukuku'nda ve Polonya Hukuku'nda da alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkı özel olarak öngörülmüştür²⁰¹.

Bu konuda açık bir düzenlemenin yokluğunda vekaletsiz iş görme müessesesine başvurmanın bir çözüm yolu olabileceğini söylemek her zaman doğru olmayacaktır. Zira, vekaletsiz iş görme her milli hukukta yer alan bir müessese değildir. Ayrıca, yer aldığı milli hukuklarda dahi açık bir şekilde tanımlanmamakta ve bu nedenle uygulamasına dair birçok sorun barındırmaktadır. Milli hukukların gösterdiği bu farklılıklar ve vekaletsiz iş görme müessesesinin bu özellikleri alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru imkanına uygulanacak hukukun bu başvuru imkanını açıkça tanıyan bir hukuk olmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

¹⁹⁹ Kerman, *Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse*, s. 238.

²⁰⁰ Antonia Korka, *The Subcontract Within The International Construction Contracts; A Comparative Study*, 2011, s. 23-25. Söz konusu hak Belçika Medeni Kanunu'nun 1798. maddesi, İspanya Medeni Kanunu'nun 1597. maddesi, Polonya Medeni Kanunu'nun 647. maddesi, Katar Medeni Kanunu'nun 702. maddesi, Cezayir Medeni Kanunu'nun 565. maddesi, Mısır Medeni Kanunu'nun 662. maddesi, Suriye Medeni Kanunu'nun 628. maddesi, Irak Medeni Kanunu'nun 883. maddesi, Kuveyt Medeni Kanunu'nun 682. maddesi, Libya Medeni Kanunu'nun 661. maddesinde düzenlenmektedir. Fransa'da ise alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 31 Aralık 1975 tarihli 75-1334 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer almaktadır.

²⁰¹ Söz konusu hak Polonya Medeni Kanunu'nun 647. Maddesi ile Katar Medeni Kanunu'nun 702. maddesinde yer almaktadır.

A. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinin Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinden Bağımsızlığı Prensibi

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, bu sözleşmenin yapılmasına olanak sağlayan bir ilişki de ayrıca söz konusu olmaktadır. Bu ilişki iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisidir. Alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifasına yönelmektedir. İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçlüsünde asıl yüklenici hem iş sahibiyle olan sözleşmenin hem de alt yükleniciyle olan sözleşmenin tarafı durumundadır. Asıl yüklenici iş sahibine karşı yüklenici konumundayken, alt yüklenicilere karşı iş sahibi konumunda yer alır. Başka bir deyişle, iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkide arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri vardır. Birinci sözleşme iş sahibiyle asıl yüklenici arasındaki sözleşmedir. İkinci sözleşme ise asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmedir. Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları asıl yüklenici ile alt yüklenicidir²⁰². Alt yüklenicilik sözleşmesinin alt sözleşme niteliğini anlatırken belirttiğimiz üzere, alt yükleniciler ile iş sahibi arasında hiçbir sözleşme ilişkisi yoktur²⁰³.

Alt yüklenici ile iş sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi olmaması, sözleşmedeki hakkın sadece borçluya karşı ileri sürülebilmesi olarak tanımlanan sözleşmelerin nisbiliği ilkesi²⁰⁴ ve alt yüklenicilik sözleşmesinin alt sözleşme niteliğinin bir sonucu olarak alt yüklenicilik sözleşmesi ile asıl yüklenicilik sözleşmesi hukuken birbirinden bağımsız sözleşmelerdir²⁰⁵. Bu sözleşmeler aksi kararlaştırılmadığı sürece birbirinden bağımsız bir şekilde kurulurlar, birbirinden bağımsız bir şekilde mevcudiyetlerini devam ettirir, sona erer ve yorumlanırlar²⁰⁶. Her iki sözleşmenin tarafları, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince sözleşmelerin içeriğini farklı şekillerde düzenleyebilirler²⁰⁷. Yine iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olmasına bağlı olarak, alt yüklenici ile iş

²⁰² Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 3; Aral/Ayrancı, s. 457; Yalçınduran, s. 25; Erişen, s. 10.

²⁰³ Gauch, s. 50; Gauch/Tercier, s. 166.

²⁰⁴ Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi tüm hukuk sistemlerinde bulunan temel ilkelerden biridir. Bu ilkenin Kıta Avrupası ve Anglo Sakson hukukunda ne şekillerde düzenlendiğine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 171-177.

²⁰⁵ Gauch, s. 46; Öz, s. 49; Zevkliler/Gökyayla, s. 539; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151; Karahasan, s. 210-211; Selimoğlu, s. 139; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 9, 69; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 242; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 38; Erişen, s. 45-50, 110; Yalçınduran, s. 32-35; Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 171-179.

²⁰⁶ Gauch, s. 46; Erişen, s. 48.

²⁰⁷ Gauch, s. 46; Erişen, s. 49.

sahibi arasında herhangi bir borç ilişkisi mevcut değildir. İş sahibinin doğrudan alt yükleniciye ücret ödeme borcu bulunmadığı gibi, alt yüklenicinin de doğrudan iş sahibine karşı eser meydana getirme borcu bulunmamaktadır. Bu nedenle de iş sahibinin doğrudan doğruya alt yüklenicilere karşı bir talep ileri sürmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, alt yükleniciler de iş sahibine karşı herhangi bir talep yöneltemezler, her türlü taleplerini kendi sözleşmelerinde iş sahibi konumunda olan asıl yükleniciye yöneltmek zorundadırlar²⁰⁸.

Asıl yüklenicinin, alt yüklenici kullanamayacağı bir durum söz konusu olmasına rağmen alt yüklenicilik sözleşmesi yaptığı hallerde de sözleşme asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında sonuçlarını doğuracak ve alt yüklenici ile iş sahibi birbirlerinden doğrudan doğruya bir talepte bulunamayacaklardır²⁰⁹. İş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede alt yüklenicinin seçiminde iş sahibinin söz hakkı bulunacağına veya alt yüklenicinin işe başlayabilmesi için mutlaka iş sahibi tarafından onaylanması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunması da iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi doğurmaz ve iki sözleşmenin birbirinden bağımsız olması prensibini ortadan kaldırmaz²¹⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki, hukuken birbirinden bağımsız olmakla birlikte, bu sözleşmeler arasında fiili bir ilişki bulunmaktadır. Zira, alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifası amacına yönelmektedir ve bu yönüyle temelini asıl yüklenicilik sözleşmesinden almaktadır. Alt yüklenicinin ortaya çıkaracağı eser iş sahibini doğrudan ilgilendirmektedir. Ayrıca, hem asıl yüklenicilik sözleşmesinin hem de alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olması itibarıyla asıl yüklenici bu sözleşmeler arasındaki fiili bağlantı noktasını oluşturmaktadır. İki sözleşme arasındaki bu fiili ilişki alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvuru hakkı tanınmasını önemli hale getirmektedir. Bu nedenle, iki sözleşmenin birbirinden bağımsızlığı prensibine rağmen bazı milli hukuklarda alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkının özel olarak tanındığı görülmektedir.

²⁰⁸ Gauch, s. 51, 54; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 84, 88; Öz, s. 50; Eren, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları”, s. 66-67; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 151; Yavuz/Acar/Özen, s. 1113; Aral/Ayrancı, s. 458; Karahasan, s. 210-211; Selimoğlu, s. 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 540; Yalçınduran, s. 169; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 222, 224; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 41-42; Erişen, s. 50, 111.

²⁰⁹ Yarg. 15. HD., 23.5.1974 T. 481 E. 483 K.; Yarg. 15 HD., 18.2.1974 T., 121 E., 132 K.

²¹⁰ Öz, s. 50.

B. Alt Yükleniciye Özel Olarak Doğrudan İş Sahibine Başvurma İmkânı Tanımayan Milli Hukuklar

Türk Hukuku, İsviçre Hukuku, Alman Hukuku, İngiliz Hukuku ve Birleşik Arap Emirlikleri Hukuku alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru hakkının özel olarak düzenlenmediği milli hukuklar arasında yer almaktadır²¹¹.

Konu Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde, bu durumun Yargıtay kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 28.2.1974 tarihli bir kararında, alt yüklenicilerin iş sahibinden doğrudan doğruya bir talepte bulunamayacağını ifade etmiştir²¹². Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 15.9.1980 tarihli kararında iş sahibi ve asıl yüklenici arasındaki sözleşme ile asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu vurgulanmış ve iş sahibi ile alt yüklenicinin birbirlerinden talepte bulunamayacakları vurgulanmıştır²¹³. Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 7.12.1995 tarihli bir kararında da, davacı alt yüklenicinin yaptığı iş nedeniyle bir alacağı tahakkuk etmiş ise, bunu sözleşmenin diğer tarafı olan asıl yükleniciden talep etmesinin mümkün olduğu, ancak davalı iş sahibinden böyle bir talepte bulunamayacağı belirtilerek, davanın husumet nedeniyle reddedilmesi yerine esastan karara bağlanması doğru görülmemiş ve ilk derece mahkemesinin kararı davalı yararına bozulmuştur²¹⁴.

²¹¹ Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku açısından detaylı açıklamalar için bkz. Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 238.

²¹² “Genel istisna akdinde müteahhidin çeşitli işleri kendilerine yaptırdığı alt müteahhitler iş sahibinden doğrudan doğruya bir talepte bulunamazlar. Genel müteahhitler iş sahibi adına sözleşme yapmışsa yetkisiz temsilci gibi hareket etmiştir.” (Yarg. 15. HD., 28.2.1974 T., 145 E., 166 K.)

²¹³ “Ancak, müteahhit yetkisini kullanarak, işi alt müteahhide vermiş olsa dahi iş sahibi ile alt müteahhit arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş sayılmaz, bu bakımdan iş sahibi, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki sözleşmede taraf olmadığından iş sahibi ve alt müteahhit bu sözleşmeye dayanarak birbirlerinden bir talepte bulunamazlar.” (Yarg. 4. HD., 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 216)).

²¹⁴ “Kooperatif inşaatlarının yapılmasına ilişkin sözleşme, davalı kooperatif ile dava dışı Mogasen A.Ş. arasında akdedilmiştir. Bilahare 11.2.1991 tarihinde yüklenici ile davacı arasında yine aynı tarihte kooperatif ve yüklenici şirket arasında yapılan sözleşmelerde yüklenicinin işi davacı Nazmi'ye taşeron olarak yaptırması kararlaştırılmıştır. Daha sonra 16.3.1991 tarihinde imzalanan belgeler ile taşeron Nazmi'nin yükleniciye ödeyeceği %13 kâr oranı %10'a indirilmiştir. Açıklanan bu belgelerin hiçbirisinde davalı kooperatif ile Mogasen A.Ş. arasındaki ilişkiye son verildiği açıklanmadığı gibi bu şirketin sözleşmeden dolayı ibra edildiğine dair bir tespiti de yer verilmemiş, aksine daha sonra kooperatifçe yükleniciye ödeme yapılarak ve bu ödemeler kabul edilerek ve kooperatifçe alınan faturaların bir nüshasının da yüklenici şirkete verileceği kabul edilmek suretiyle akdi ilişkiler devam ettirilmiştir. Bu durumda; işin yüklenici tarafından taşeron devredilmesi sözleşmenin devri anlamını taşımadığından davacının yaptığı iş nedeniyle bir alacağı tahakkuk etmiş ise, bunu akidi olan yüklenici şirketten istemesi mümkün olmakla mahkemece, davanın husumet nedeniyle reddedilmesi yerine esastan karara bağlanması doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.” (Yarg. 15. HD, 7.12.1995 T., 4993 E., 7286 K.)

Türk Hukukunda alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru hakkı özel olarak düzenlenmemekle birlikte, bazı durumlarda kanunlarda yer alan çeşitli hukuki müesseselerden yararlanılarak bu durum bertaraf edilebilmektedir²¹⁵:

Öncelikle, eğer şartları varsa, iş sahibi ile alt yüklenici haksız fiil hükümlerine göre²¹⁶ birbirlerine başvurabilirler.

Bunun yanında, alt yüklenicilerin asıl yükleniciyle aralarındaki sözleşmeye hüküm koyarak iş sahibinin de kendilerine karşı bazı haklara sahip olacağını kabul etmeleri söz konusu olabileceği gibi, iş sahibi de asıl yükleniciyle arasındaki sözleşmeye hüküm koyarak alt yüklenicilerin de ondan hak talebinde bulunabileceğini kabul edebilir. Bu tür durumlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 129. maddesi uyarınca üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmış sayılır ve lehine hüküm konulan kişi, aralarında sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen borçluya karşı bir talep hakkı kazanabilir²¹⁷. Burada işin niteliği gereği Türk Borçlar Kanunu'nun m. 129/2 hükmü

²¹⁵ Belirtmek gerekir ki, iş sahibiyle alt yüklenici arasında ayrı bir sözleşme bulunduğu ve doğrudan birbirlerine taahhütte bulundukları durumlarda söz konusu müesseselerden yararlanmaya gerek olmayacaktır. Alt yüklenici iş sahibiyle ayrı bir sözleşme yaparak asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve vaktinde yapacağına dair taahhütte bulunmuş olabilir. Aynı şekilde iş sahibi de alt yüklenicinin ücretinin ödeneceği ve asıl yüklenici ile kendisinden kaynaklanacak zararın tazmin edileceği yönünde taahhütte bulunmuş olabilir. Böyle bir durum söz konusuysa, bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde iş sahibi ile alt yüklenici doğrudan birbirlerinden talepte bulunabilirler. Bkz. Gauch, s. 51; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 620, 621; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 85; Aral/Ayrancı, s. 458; Yavuz/Acar/Özen, s. 1113-1114; Yalçınduran, s. 179-180, 217; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 10, 230, 276; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 247. İş sahibi asıl yükleniciyle birlikte alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme borcunu yüklenmiş veya garanti etmiş de olabilir. Böyle bir durumda da, iş sahibinin alt yükleniciye karşı ücret ödeme borcu doğar ve söz konusu müesseselerden yararlanma ihtiyacı ortaya çıkmaz. Bkz. Gauch, s. 54-55; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 88; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 624; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 42. Asıl yüklenicinin iş sahibinden olan bedel alacağını Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi uyarınca alacağın temliki yoluyla alt yükleniciye geçirmesi veya asıl yüklenicinin alt yükleniciden olan iş görme alacağını yine alacağın temliki yoluyla iş sahibine devretmesi de mümkündür. Alacağın temliki hükmüne asıl yüklenicinin iş sahibi ve alt yükleniciyle yaptığı sözleşmelerde yer verilebileceği gibi, asıl yüklenici alacağın temliki yönündeki iradesini sözleşmeler akdedildikten sonra da kullanabilir. Bu durumda da iş sahibi ve alt yüklenici birbirlerine karşı alacak/borç ilişkisine girmiş olacaklardır ve doğrudan birbirlerine başvurabilmeleri için bir çözüm yolu aramaya gerek kalmayacaktır. Bkz. Öz, s. 50. Asıl yüklenici ile iş sahibi alt yüklenicinin ücretinin doğrudan iş sahibi tarafından ödeneceğini de kararlaştırmış olabilirler. Bkz. Gauch, s. 55; Gauch/Tercier, s. 168. Borcun nakledildiği durumlarda da aynı durum geçerlidir. Bkz. Karahasan, s. 210.

²¹⁶ Gauch, s. 51, 53, 54; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 85; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 624; Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, s. 152; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 41; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 246.

²¹⁷ Gauch, s. 51; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 85; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 624; Öz, s. 50; Eren, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları", s. 66; Aral/Ayrancı, s. 458; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 11; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 41-42; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 247. Sözleşmelerin nisbiliği kuralının bir istisnası ve sözleşme serbestisi prensibinin de bir sonucu

uyarınca lehdar olan üçüncü kişinin doğrudan doğruya borçluya başvurabileceği bir “tam üçüncü kişi yararına sözleşme” yapılmış sayılacaktır²¹⁸.

Ayrıca alt yüklenici Türk Medeni Kanunu’nun m. 895 hükmünde düzenlenmiş olan inşaatçı ipoteğine başvurarak da doğrudan iş sahibine başvurma imkanına kavuşabilir²¹⁹. İnşaatçı ipoteği kanundan doğan ve tescile tabi olan bir ipotek koydurma hakkıdır ve yüklenicilerin bedel alacağını teminat altına almayı amaçlar. Alt yükleniciler de dahil olmak üzere tüm yükleniciler bu haktan yararlanabilir. Çalışılan inşaatın üzerinde bulunduğu taşınmazın sahibi olan iş sahibiyle bir sözleşme ilişkisi bulunmaması önem taşımaz²²⁰. Alt yüklenicilere de bu hakkın tanınmasının amacı, malzeme vererek veya emek sarf ederek o taşınmaz üzerinde bir değer artışı meydana getiren alt yüklenicinin ücretini alamamasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek sorunları asgariye indirmek ve bu bağlamda alt yükleniciye bir garanti sağlamaktır²²¹. Türk Medeni Kanunu’nun 893. maddesine göre, alacaklıların, bu kanunî ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerli değildir.

İnşaatçı ipoteğinin tescilini talep hakkı fiilen o inşaatçı çalışmış yüklenici olma sıfatına bağlanmıştır.²²² İnşaatçı ipoteğinin tescil edilmesi talebi çalışılan inşaatın üzerinde bulunduğu taşınmazın malikine (iş sahibi) yöneltilir ve iş sahibi bu talep uyarınca inşaatçı ipoteğini tapu siciline tescil ettirir. İpotek tapu siciline tescil edildiği anda doğar²²³. İş sahibi bu ipotek nedeniyle sadece üzerinde inşaat yapılan taşınmazı ile ve ipotek miktarıyla sorumlu olur²²⁴.

olarak ortaya çıkan üçüncü kişi yararına sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişiye edimin kendisine ifa edilmesini doğrudan doğruya borçludan talep etme hakkı verilmekte, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise ifanın üçüncü kişiye yapılması için borçluyu zorlama imkanı verilmektedir.

²¹⁸ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 85; Eren, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları”, s. 66; Yalçınduran, s. 181; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 233.

²¹⁹ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 88-89; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 625; Öz, s. 50, 53; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 43-44; Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 248; Selimoğlu, s. 139. Türk ve İsviçre Hukukunda inşaatçı ipoteği hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Safa Reisoglu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961, s. 19-208.

²²⁰ Öz, s. 53; Yalçınduran, s. 207; Şebnem Akipek Öcal, “İnşaatçı (Yapı) İpoteği”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Ed: Başak Baysal/Emrehan İnal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s. 35-36.

²²¹ Öz, s. 54; Akipek Öcal, s. 35.

²²² Öz, s. 53.

²²³ Öz, s. 54.

²²⁴ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 89; Selimoğlu, s. 139.

Alt yüklenicinin inşaatçı ipoteğine başvurma hakkı, işin alt yükleniciye devrinin caiz olup olmamasına, alt yüklenici çalıştırıldığından iş sahibinin haberi olup olmamasına veya asıl yüklenicinin kendi lehine kanuni ipotek hakkını tapuda tescil ettirmiş olup olmamasına bakılmaksızın vardır²²⁵. Bu hak, çalışılan inşaatın üzerinde bulunduğu taşınmaza bedel alacağı için ipotek tescilinin iş sahibinden talep edilmesi yoluyla kullanılır. İş sahibi de bu talep karşısında ipoteği tescil ettirir. İş sahibi, asıl yüklenici ile eser sözleşmesi yaparken alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını kaldıran bir hükmü sözleşmeye koyamaz, koysa bile bu hüküm geçerli olmaz²²⁶. Ayrıca, alt yüklenici de kanuni ipotek hakkından önceden feragat edemez. Etse bile böyle bir feragat geçersizdir²²⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun 895. maddesi uyarınca;

“Zanaatkârların ve yüklenicilerin kanunî ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir.

Tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir.

Tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır.

Malik yeterli güvence gösterirse tescil istenemez.”

İş sahibi alt yükleniciye de ödeme yapılacak şekilde asıl yükleniciye bedel borcunu tamamen ödemiş olsa dahi, henüz kendi alacağını asıl yükleniciden tahsil edememiş alt yüklenici inşaatçı ipoteğinin tescilini talep edebilir ve iş sahibi buna itiraz edemez²²⁸. İş sahibinin alt yüklenici tarafından yapılacak inşaatçı ipoteğinin tescilini önlemesinin tek yolu Türk Medeni Kanunu'nun m. 895/4 hükmünde düzenlenmektedir. Bu yol, iş sahibinin alt yükleniciye alacağı için yeterli olacak başka bir teminat vermeyi önermesidir. İnşaatçı ipoteğinin tescilini önlemenin tek yolunun bu olması, iş sahibi açısından çifte ödeme yapma riskini doğurmaktadır. Asıl yükleniciye ödeme yapmış olan iş sahibi ikinci bir ödeme tehlikesiyle karşılaşmamak

²²⁵ Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 89; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 625; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 44.

²²⁶ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 625; Selimoğlu, s. 139.

²²⁷ Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 625.

²²⁸ Gauch, s. 58; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 89; Öz, s. 54.

için asıl yükleniciyle yaptığı sözleşmeye, alt yüklenicinin ücret borcunun ödendiğinin sabit olması halinde asıl yükleniciye ücret ödeyeceği şeklinde bir kayıt koyabilir. İş sahibi asıl yüklenici ile olan sözleşmesine alt yüklenicinin ücret borcunun doğrudan doğruya kendisi tarafından ödeneceği şeklinde bir hüküm koymayı da tercih edebilir²²⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun m. 895/3 hükmünde yer alan "*Tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır.*" hükmü dikkat çekmektedir. Bu hüküm maddenin ilk iki fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde şu sonuç çıkmaktadır: Alt yükleniciler çalışmayı yüklendikleri andan başlayarak iş sahibinden inşaatçı ipoteğinin tescilini talep edebilirler. Fakat, tapu siciline tescilin gerçekleşmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş olması veya mahkemece karara bağlanmış olması gerektiğinden, genellikle alt yüklenici tarafından açılacak bir tespit davasının sonuçlanması üzerine tescil gerçekleşebilecektir²³⁰. Tescilin ise yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla, alt yüklenici inşaatçı ipoteğinin tescilini talep ettikten sonra tescilin gerçekleşebilmesi için tamamlaması gereken aşamaları zamanlamaya dikkat ederek yürütmelidir. Alt yüklenici hızlı hareket etmeli, ayrıca mahkemeden Tapu Sicili Tüzüğü m. 58 uyarınca geçici tescilin şerhini de talep edebilmelidir²³¹. Ayrıca, inşaat bittikten sonra ve henüz ipotek tescil edilmeden önce taşınmaz el değiştirirse yeni malike karşı ipoteğin tescili talep edilemez. Bu nedenle, ipotek alacaklısı yine hızlı hareket etmeli, ayrıca mahkemeden Tapu Sicili Tüzüğü m. 58 uyarınca geçici tescilin şerhini talep ederek bu tür devirlere karşı da tedbir almalıdır²³². Bu durum, inşaatçı ipoteğinden yararlanabilmenin o kadar kolay olmadığını, çok detaylı hazırlanmış bir strateji kapsamında hareket edilmesi gerektiğini göstermektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, iş sahibinin kamu tüzel kişisi olması ve üzerinde inşaat yapılan taşınmazın kamu malı olması durumunda, asıl yüklenicinin veya alt yüklenicilerin ücret alacakları için kanuni ipotek haklarını böyle bir mal üzerinde

²²⁹ Gauch, s. 59; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 89-90; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 624-625.

²³⁰ Öz, s. 54; Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, s. 44.

²³¹ Öz, s. 54; Yalçınduran, s. 214; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Mütahhitlik) Sözleşmesi**, s. 287; Erişen, s. 122.

²³² Öz, s. 54; Yalçınduran, s. 214; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Mütahhitlik) Sözleşmesi**, s. 287; Erişen, s. 122.

kullanmaları mümkün değildir. Zira, bu tür mallar cebri icraya konu olamazlar²³³. Bu nedenle, inşaatçı ipoteğinden her durumda yararlanılabilmesi mümkün olmayıp, iş sahibinin bir devlet kurumu olduğu projelerde bu hak kullanılamayacaktır.

İnşaatçı ipoteğini kabul eden diğer ülkelerde de benzer düzenlemeler yer almaktadır. İsviçre²³⁴, Almanya²³⁵ ve Amerika²³⁶ bu ipoteği kabul eden ülkeler arasında yer almaktadır. Birçok ülkede ise inşaatçı ipoteğine ilişkin hiçbir düzenleme yer almamakta, bu hak kabul edilmemektedir. Örneğin, Avusturya, Fransa²³⁷, İtalya, Meksika, İngiltere ve Latin Amerika'nın büyük kısmında inşaatçı ipoteği hakkı bulunmamaktadır. Birleşik Arap Emirlikleri'nde ise yasaklanmıştır²³⁸.

İnşaatçı ipoteğini kabul eden ülkelerin bu hakka ilişkin hukuki düzenlemeleri ise benzerlikler taşımakla birlikte, her bir ülkenin bu hakkı farklı şekillerde düzenlediği görülmektedir. Amerika'daki eyalet hukuklarının yeknesaklaştırılmasını amaçlayan

²³³ Gauch, s. 59-60; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 91; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 626; Eren, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları", s. 67; Erişen, s. 123.

²³⁴ İsviçre Hukuku'nda inşaatçı ipoteği için "*Bauhandwerkerpfandrecht*" kavramı kullanılmaktadır (www.gerichte-zh.ch). İlgili düzenleme İsviçre Medeni Kanunu'nun 837 ile 839-841. maddelerinde yer almaktadır. Türk Hukuku'ndaki düzenleme İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeyle çok benzerdir. Farklı bir düzenleme olarak İsviçre Hukuku'nda tescilin işin tamamlanmasından başlayarak en geç 3 ay içinde değil, 4 ay içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir (www.fedlex.admin.ch). Bkz. Gauch/Tercier, s. 168; Gauch, s. 57-60; Kerman, "L'hypothèque Légale des Artisans et Entrepreneurs et l'Evolution Législative du Code Civil Suisse du 1er Janvier 2012", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, s. 1680-1712; Fahri Erdem Kaşak, **İnşaatçı İpoteği**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 22-24; Reisoğlu, s. 19-141.

²³⁵ Alman Hukuku'nda inşaatçı ipoteği için "*Bauhandwerkersicherung*" veya "*Sicherungshypothek des Baunternehmers*" kavramı kullanılmaktadır. İlgili düzenleme Alman Medeni Kanunu'nun 648 ve 648a maddelerinde yer almaktadır. Bkz. Kaşak, s. 24-25; Reisoğlu, s. 12-15.

²³⁶ Amerikan Hukuku'nda inşaatçı ipoteği için "*mechanic's lien*", "*builder's lien*" veya "*construction lien*" kavramları kullanılmaktadır. İnşaatçı ipoteğine ilişkin herhangi bir federal düzenleme bulunmamakta olup, eyaletlerin kendilerine özgü düzenlemeleri bulunmaktadır. Diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Amerika'da ipotek hakkından önceden feragatin bazı eyaletlerde yasak olmakla birlikte, bazı eyaletlerde mümkün olduğu dikkat çekmektedir. Bkz. Blake Nelson, "Construction Liens: A National Review and Template for a Uniform Lien Act", **William Mitchell Law Review**, C. 34, S. 1, 2007, s. 245-272; Kaşak, s. 28-29. Amerika'da inşaatçı ipoteğinin detaylı bir analizi için ayrıca bkz. Lauren Lambie Hanson/Jeanne Rentzelas/Larry Santucci, "**Deconstructing Mechanic's Liens**", Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2020, s. 1-16.

²³⁷ Fransız Medeni Kanunu'nun 2103/IV maddesinde yer alan inşaatçı ipoteğine ilişkin düzenleme 2006 yılında kaldırılmıştır (www.legifrance.gouv.fr). Söz konusu madde hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Reisoğlu, s. 15-17. Belirtmek gerekir ki, 1975 tarihli Kanun ve bu Kanunun 12. maddesi varken böyle bir düzenlemeye gerek de yoktur. Zira, 1975 tarihli Kanunun 12. maddesinde iş sahibinin rızasıyla inşaat projesine dahil olan ve alacaklarını asıl yükleniciden tahsil edemeyen alt yüklenicilerin doğrudan iş sahibine başvurarak alacaklarını talep edebilecekleri düzenlenmektedir. Alt yüklenicilerin böyle bir talepte bulunabilmesi, iş sahibinin henüz asıl yükleniciye alacağını ödemiş olması şartına bağlanmıştır. Bu şart iş sahibinin çifte ödeme yapması riskini ortadan kaldırmaktadır. Aynı Kanunun 14. maddesinde asıl yüklenicinin alt yüklenicinin alacağına kefil olması veya asıl yüklenicinin iş sahibinden olan alacağını alt yükleniciye temlik etmesi şart koşulduğu için, iş sahibi tarafından kendisine ödeme yapılan asıl yüklenicinin alt yükleniciye ödeme yapmaması riski azaltılmış olmaktadır. Bkz. Kaşak, s. 26-28.

²³⁸ Söz konusu yasak Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Kanunu'nun 891. maddesinde yer almaktadır.

ve bu amaçla çalışmalar yapan, Eyalet Kanunlarını Yeknesaklaştırma Komisyonu Ulusal Konferansı (“*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*”) tarafından 1987’de Yeknesak İnşaatçı İpoteği Kanunu (“*Uniform Construction Lien Act*”) yayınlanmıştır. Böylece Amerika’daki eyaletlerin ve diğer milli hukukların inşaatçı ipoteğine ilişkin düzenlemelerinin yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır. Ancak, geline nokta, söz konusu kanun Yeknesak Kanun’dan Model Kanun’a dönüşmüş ve Model Kanun olarak anılmaya başlanmıştır²³⁹. Alt yüklenicilerin inşaatçı ipoteği haklarının olup olmadığı bu konuda uygulanacak hukukun tespit edilmesi sonucunda ortaya çıkacaktır. Uygulanacak hukukun inşaatçı ipoteğinin kabul edilmediği veya kabul edilse bile tescilinin iş sahibinin alacağı kabul etmesine veya mahkeme kararına bağlı olduğu bir devlet hukuku olduğu tespit edildiği takdirde, alt yüklenicinin iş sahibine başvurma imkanı, dolayısıyla da bu imkanın olup olmadığının belirlenmesinde uygulanacak hukuk daha da önem kazanacaktır.

C. Alt Yükleniciye Özel Olarak Doğrudan İş Sahibine Başvurma İmkanı Tanıyan Milli Hukuklar

Alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkı tanıyan ve bu hakkın kanunlarda özel olarak düzenlendiği milli hukuklar incelendiğinde, bu hukuklarda da sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin yer aldığı ve asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin birbirinden bağımsızlığı prensibinin kabul edildiği görülmektedir²⁴⁰. Bununla birlikte, iki sözleşme arasındaki fiili ilişki dikkate alınarak ve alt yüklenicileri korumak amacıyla söz konusu milli hukuklarda alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma imkanı tanınmıştır.

Alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkı tanıyan ve bu hakkın kanunlarda özel olarak düzenlendiği milli hukuklar arasında Fransa, Belçika, İspanya, Polonya, Katar ile Cezayir, Mısır, Suriye, Irak, Kuveyt, Libya gibi bazı Arap ülkeleri yer almaktadır. Söz konusu hak Belçika Medeni Kanunu’nun 1798. maddesi, İspanya Medeni Kanunu’nun 1597. maddesi, Cezayir Medeni Kanunu’nun 565. maddesi, Mısır

²³⁹ Yeknesak İnşaatçı İpoteği Kanunu (“*Uniform Construction Lien Act*”) iyi bir başlangıç noktası olarak nitelendirilmekle birlikte birçok yönden eleştirilmektedir. Yeknesak İnşaatçı İpoteği Kanunu (“*Uniform Construction Lien Act*”) hakkında detaylı açıklamalar ve kanuna yönelik eleştiriler için bkz. Edward H. Cushman, “The Proposed Uniform Mechanic’s Lien Law”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. 80, S. 8/2, 1932, 1083-1104; Steven M. Siegfried/Stamley P. Sklar, “Overview of the Uniform Construction Lien Act”, **Construction Lawyer**, C. 10, S. 3, 1990, s. 13-20; Nelson, “**Construction Liens: A National Review and Template for a Uniform Lien Act**”, s. 245-272.

²⁴⁰ Pauline d’Argent, “**Droit International Privé et Sous-Traitance Internationale: Quelle Place Pour l’Action Directe du Sous-Traitant?**”, Yüksek Lisans Tezi, 2016-2017, s. 13, 18.

Medeni Kanunu'nun 662. maddesi, Suriye Medeni Kanunu'nun 628. maddesi, Irak Medeni Kanunu'nun 883. maddesi, Kuveyt Medeni Kanunu'nun 682. maddesi, Libya Medeni Kanunu'nun 661. maddesinde düzenlenmektedir. Fransa'da ise alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 31 Aralık 1975 tarihli 75-1334 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer almaktadır²⁴¹. Polonya Medeni Kanunu'nun 647. maddesi ile Katar Medeni Kanunu'nun 702. maddesi de alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkını düzenlemektedir. Bu milli hukuklarda alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru hakkına yer verildiği, iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye başvurmasıyla ilgili bir düzenlemenin ise yer almadığı görülmektedir.

Alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkı tanıyan hukuk sistemlerinde Fransa ve Belçika örnekleri özellikle dikkat çekmektedir. Bu konuda Fransa'nın özellikle dikkat çekmesinin sebebi alt yüklenicilik sözleşmelerinin ve alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkının Fransız Hukukunda özel bir kanunla düzenlenmiş olmasıdır.

Türk hukukunda alt yükleniciliği düzenleyen özel bir kanun bulunmadığını belirtmiştik. Fransa'da ise alt yüklenicilik sözleşmeleri 31 Aralık 1975 tarihli 75-1334 sayılı kanunla özel olarak düzenlenmektedir. 75-1334 sayılı kanunun hazırlanmasının ve yürürlüğe girmesinin temel sebebi, asıl yüklenicinin borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi, aczi veya iflasının alt yüklenicilerin de aynı duruma gelmesine neden olmasının önüne geçilmesi olarak ifade edilmektedir²⁴². Dolayısıyla kanunun amacı alt yüklenicilere doğrudan iş sahibine başvurma hakkının tanınması ve böylelikle alt yüklenicilik sözleşmesi altındaki ücret alacaklarına kavuşmalarını sağlayacak bazı garantiler temin edilmesidir. Başka bir deyişle, kanunun öncelikli amacı alt yüklenicilerin korunmasıdır. Kanunda iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye başvuru hakkı düzenlenmemektedir²⁴³. Haksız fiil hükümlerinden yararlanabilecek olmak dışında iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Tarihsel açıdan bakıldığında, 75-1334 sayılı Kanunun Fransa'da alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen ilk ve bugüne kadarki tek kanun olduğu görülmektedir. Kanun zaman zaman değişikliğe uğramıştır. Bu kanundan önce Fransa'da alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen özel kurallar bulunmaması

²⁴¹ Bkz. Korka, s. 23-25.

²⁴² Malinvaud, s. 3; Philippe Delebecque, *Le Contrat d'Entreprise*, Paris: Dalloz, 1993, s. 69.

²⁴³ Delebecque, s. 70.

sebebiyle alt yüklenicilik sözleşmelerine genel olarak sözleşmelere uygulanan kurallar uygulanmıştır. Bu süreçte bu durumun alt yüklenicileri zor bir durum içine soktuğu tespit edilmiştir. Zira, asıl yüklenicinin borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi, aczi, iflası, iş sahibinden kendi ücretini alamamış olması gibi sebeplerle alt yükleniciye ödeme yapmaktan kaçınması halinde, iş sahibiyle aralarında sözleşmesel bir ilişki olmadığı için taleplerini doğrudan iş sahibine yöneltemeyen alt yüklenicilerin hakedişlerinden yoksun kaldıkları görülmüştür²⁴⁴.

75-1334 sayılı kanunun ilk maddesinde kanunun hem özel sektör projeleri hem de kamu projeleri kapsamında akdedilen alt yüklenicilik sözleşmelerine uygulanacağı belirtilmiştir²⁴⁵. Aşağıda açıklayacağımız üzere, kanunda bu iki tür projede yer alan alt yükleniciler için farklı korumalar öngörülmüştür.

75-1334 sayılı kanun iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki ilişkileri düzenlerken “*paiement direct (doğrudan ödeme)*” ve “*action directe (doğrudan başvuru)*” kavramlarını kullanmakta ve bu kavramlar arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu kavramların tanıdığı her iki haktan da sadece iş sahibi tarafından onaylanan alt yükleniciler yararlanabilmektedir²⁴⁶. Zira, daha önce belirttiğimiz üzere Kanunun 3. maddesi alt yüklenicilerin görevlendirilmelerini iş sahibi tarafından onaylanmış olmaları şartına bağlamaktadır.

“*Paiement direct (doğrudan ödeme)*”, kamu projelerinde, başka bir deyişle devletin veya kamusal şirketlerin iş sahibi olduğu projelerde²⁴⁷ iş sahibi tarafından doğrudan alt yüklenicilere ödeme yapılacağını öngörmektedir²⁴⁸. Buna göre doğrudan

²⁴⁴ Malinvaud, s. 3.

²⁴⁵ 75-1334 sayılı Kanun madde 1: “*Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.*” Resmi olmayan Türkçe çeviri: “Bu yasaya göre alt yüklenicilik, bir asıl yüklenicinin, özel sektör projelerinde eser sözleşmesinin tamamının veya bir kısmının, kamu projelerinde ise işin sadece bir kısmının ifasını, kendi sorumluluğu altında olmak üzere, bir alt yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenici adı verilen bir diğer kişiye bıraktığı işlemdir.”

²⁴⁶ İspanyol Hukuku'nda ise iş sahibine doğrudan başvuru imkanından yararlanabilmek için alt yüklenicinin iş sahibi tarafından onaylanmış olması şartı aranmamaktadır. Bkz. Pulkowski, s. 38.

²⁴⁷ 75-1334 sayılı Kanun madde 4.

²⁴⁸ 75-1334 sayılı Kanun madde 6: “*Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables(...)*” Resmi olmayan Türkçe çeviri: « İş

ödeme, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru hakkını kullanma ihtiyacı dahi duymaması için getirilmiş bir önlem niteliğindedir ve bu rejimin alt yükleniciyi koruma özelliği oldukça yüksektir. Burada iş sahibi tarafından yapılacak ödeme asıl yüklenici tarafından yapılacak ödemenin bir tamamlayıcısı olmayıp, onun yerine geçmektedir.

Alt yüklenicinin iş sahibi tarafından yapılacak doğrudan ödemeye hak kazanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, asıl yüklenici iş sahibine teklifini verirken alt yüklenici tarafından gerçekleştirilmesini planladığı işlerin mahiyetini, bu işler için gerekli tutarları ve bu işler için görevlendirmeyi planladığı alt yüklenicilerin isimlerini belirtmelidir²⁴⁹. Ayrıca, iş sahibi de asıl yüklenicinin belirttiği bu alt yüklenicileri kabul etmelidir. İş sahibinin onayı açık bir onay olmalıdır, zımni onay yeterli değildir²⁵⁰. Kanunun 6. maddesine göre, sadece doğrudan asıl yüklenici tarafından görevlendirilen alt yükleniciler doğrudan ödeme yapılması hakkına sahiptir. Alt yükleniciler tarafından görevlendirilen alt yüklenicilerin ise otomatik olarak böyle bir hakkı yoktur²⁵¹.

“*Action directe (doğrudan başvuru)*” ise, özel şirketlerin iş sahibi olarak yer aldığı projelerde²⁵² asıl yüklenicinin ödeme yapamaması halinde alt yüklenicilerin ödeme için doğrudan iş sahibine başvurabileceğini öngörmektedir²⁵³. Kanunun 12. maddesinde, asıl yüklenicinin kendisine yapılan ihtardan²⁵⁴ itibaren bir ay içinde alt

sahibi tarafından alt yüklenici olarak kabul edilen ve ödeme koşulları da yine iş sahibi tarafından onaylanan alt yüklenicilerin işin ifa ettikleri kısma ilişkin ödemeleri doğrudan iş sahibi tarafından yapılır. Bununla birlikte, alt yüklenicilik sözleşmesinin değeri 600 Euro’nun altında ise önceki fıkranın hükümleri uygulanmaz. Bu eşik, ekonomik koşullardaki değişikliklere bağlı olarak Danıştay kararıyla yükseltilebilir. Bu eşğin altındaki durumlarda işbu kanunun III numaralı başlığı altındaki hükümler uygulanır(...)»

²⁴⁹ 75-1334 sayılı Kanun madde 5.

²⁵⁰ Malinvaud, s. 7.

²⁵¹ 75-1334 sayılı Kanun madde 6/4; Malinvaud, s. 7.

²⁵² 75-1334 sayılı Kanun madde 11.

²⁵³ 75-1334 sayılı Kanun madde 12: “*Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.*

Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite(...)”

Resmi olmayan Türkçe çeviri: “Asıl yüklenici kendisine yapılan ihtardan itibaren bir ay içinde alt yükleniciye ödeme yapmadığı takdirde, alt yüklenici alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan ve ödenmemiş tüm alacağını doğrudan iş sahibinden talep edebilir; ihtarın bir kopyası da iş sahibine gönderilir.

Doğrudan talep hakkından feragat geçersizdir(...)

²⁵⁴ Kanuna göre, doğrudan iş sahibine başvuru yapmadan önce alt yüklenicinin asıl yükleniciden resmi bir şekilde ödeme talebinde bulunması gerekmektedir. Bu talep mahkeme kanalıyla gönderilecek bir müzekkere yoluyla yapılabileceği gibi, taahhütlü postayla gönderilecek bir yazı yoluyla da yapılabilir.

yükleniciye ödeme yapmaması halinde, alt yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan ve ödenmemiş tüm alacağını doğrudan iş sahibinden talep edebileceği ifade edilmektedir. İş sahibi, doğrudan talepte bulunma hakkını kullanarak kendisinden talepte bulunan alt yükleniciye karşı asıl yüklenicinin ileri sürdüğü savunmaları ileri sürebilecektir²⁵⁵. Burada tartışmalı olan bir konu, alt yükleniciler tarafından görevlendirilen alt yüklenicilerin de 12. maddenin sağladığı doğrudan iş sahibine başvuru hakkına sahip olup olmadığıdır. Fransız hukukunda bu soruya verilen cevap olumlu olmuştur²⁵⁶.

75-1334 sayılı kanunda yer alan bu kuralların emredici kurallar oldukları ve sözleşmede bunların aksinin kararlaştırılamayacağı özellikle dikkat çekmektedir. Bu nedenle, alt yüklenicilik sözleşmelerinde alt yükleniciyi doğrudan talep hakkını kullanmaktan mahrum edecek her türlü düzenleme geçersiz olacaktır²⁵⁷.

Fransız Hukuku'nda olduğu gibi, Belçika Hukuku'nda da alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkı öngörülmüştür. Ancak, Fransa'daki gibi alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen özel bir kanun bulunmadığı için bu hak Belçika Medeni Kanunu'nun 1798. maddesinde düzenlenmektedir²⁵⁸. Alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkı Medeni Kanun'da değişiklik yapan 19 Şubat 1990 tarihli bir kanunla Belçika Medeni Kanunu'nda yerini almıştır. Bu değişikliğin amacının, asıl yüklenici ile iş sahibi karşısında zayıf durumda olan alt yükleniciye birtakım korumaların sağlanması olduğu ifade edilmektedir²⁵⁹.

Belçika Medeni Kanunu'nun 1798. maddesinde yer alan bu hak yine yalnızca alt yüklenicilerin iş sahibine karşı sahip oldukları bir haktır. Haksız fiil hükümlerinden yararlanabilecek olmak dışında iş sahibinin alt yükleniciye doğrudan başvuru hakkı bulunmamaktadır²⁶⁰. Bu durum, Anayasa'ya aykırı olarak iş sahibi ile alt yükleniciler

Pratikte ikinci yöntemin daha çok tercih edildiği görülmektedir. Asıl yükleniciye yapılan ihtarin bir sureti de iş sahibine gönderilmelidir. Bkz. Malinvaud, s. 7.

²⁵⁵ Malinvaud, s. 7.

²⁵⁶ Malinvaud, s. 6-7; Pulkowski, s. 38.

²⁵⁷ Malinvaud, s. 3; 75-1334 sayılı Kanun madde 7 ve 12. 75-1334 sayılı Kanun'la ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. Pulkowski, s. 37-38.

²⁵⁸ Belçika Medeni Kanunu madde 1798: “*Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée(...)*»

Resmi olmayan Türkçe çeviri: “Bir binanın veya başka bir eserin yapımında görevlendirilen duvarcılar, doğramacılar, işçiler, zanaatkarlar ve alt yükleniciler doğrudan iş sahibinden talepte bulunabilirler. Talep edebilecekleri miktar, talep anında iş sahibinin asıl yükleniciye olan borcuyla sınırlıdır(...)”

²⁵⁹ D'Argent, s. 14

²⁶⁰ D'Argent, s. 13, 15.

arasında ayrımcılık yapıldığı şeklinde eleştirilere neden olmuş ve Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, iş sahibiyle alt yükleniciye farklı muamele yapılmasının objektif unsurlarla desteklendiğine karar vermiş, alt yüklenicilerin iş sahibiyle asıl yüklenici karşısındaki zayıf durumu göz önünde bulundurulduğunda bu düzenlemenin ayrımcılık yapma amacı gütmemediğini, amacın alt yüklenicileri korumak olduğunu ifade etmiştir²⁶¹.

Belçika Anayasa Mahkemesi 2 Şubat 2012 tarihli bir kararında tüm alt yüklenicilerin bu hakka sahip olduğuna, dolayısıyla alt yüklenicilerin alt yüklenicilerinin de bu hakka sahip olduğuna hükmetmiştir²⁶². Böylece, iş sahibine doğrudan başvuru hakkından sadece ilk sıradaki alt yüklenicilerin mi, yoksa tüm alt yüklenicilerin mi yararlanabileceği konusundaki tartışmalar sona ermiştir.

Belçika Hukuku'nda alt yüklenicinin iş sahibine doğrudan başvuru hakkı konusunda dikkati çeken en önemli husus, bu hakkın sadece asıl yüklenici iflas etmeden önce kullanılabileceğidir. Bu konuda tartışmalar olmuş olsa da, Belçika Yargıtayı 27 Mayıs 2004 ve 23 Eylül 2004 tarihli kararlarıyla bu tartışmalara noktayı koymuştur²⁶³. Bu nedenle, alt yüklenicilerin doğrudan başvuru haklarını geciktirmeden, zamanında kullanmaları büyük önem arz etmektedir.

Belçika Hukuku'nda dikkat çeken bir diğer nokta ise alt yüklenicinin iş sahibinden doğrudan talepte bulunma hakkını kullanabilmesi için Fransız Hukuku'nda olduğu gibi öncelikle asıl yükleniciden talepte bulunmasının gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamasıdır. Dolayısıyla alt yüklenici, asıl yükleniciye başvurup cevabını beklemeksizin iş sahibine bildirimde bulunarak bu hakkını kullanabilecektir.

İş sahibi alt yüklenicinin doğrudan talebiyle karşılaştığında bu talebe iki şekilde karşı koyması mümkündür. Öncelikle, asıl yükleniciye karşı ileri sürebileceği savunmaları alt yükleniciye karşı da ileri sürebilir²⁶⁴. Bunun yanında, asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı ileri sürdüğü savunmaları iş sahibi de alt yükleniciye karşı ileri sürebilir²⁶⁵.

²⁶¹ Belçika Anayasa Mahkemesi, 28.06.2006 T., No: 111/2006.

²⁶² Belçika Anayasa Mahkemesi, 02.02.2012 T., No: 12/2012.

²⁶³ Yargıtay, 27.05.2004 T.; Yargıtay, 23.09.2004 T.

²⁶⁴ Patrick Henry, "L'Action Directe et le Privilège du Sous Traitant", **La Sous Traitance**, Brüksel: Larcier, 2006, s. 53.

²⁶⁵ Patrick Wery, "L'Action Directe du Sous Traitant Contre le Maître de l'Ouvrage: Bilan de Sept Années d'Application du Nouvel Article 1798 du Code Civil", **Revue Régionale de Droit**, S. 82, 1997, s. 180.

Belçika Medeni Kanunu’nun 1798. maddesinde yer verilen alt yüklenicinin iş sahibinden doğrudan talepte bulunma hakkı Fransız Hukuku’ndaki gibi emredici bir kural niteliğindedir ve sözleşme ile aksi kararlaştırılamayacaktır²⁶⁶.



²⁶⁶ Laurent Olivier Henrotte/Alexandre Cruquenaire, “L’Article 1798 du Code Civil: Une Action Directe Aux Voies Détournées”, **Droit de la Construction**, C. 127, Liège: Anthemis, 2011, s. 145; D’Argent, s. 15.

İKİNCİ BÖLÜM

ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. GENEL OLARAK

Bir hukuki ilişkinin kanunlar ihtilafı hukuku sahasına girebilmesi için temel şart o hukuki ilişkinin yabancılık unsuru içermesidir. Yabancılık unsuru içeren alt yüklenicilik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda öncelikle uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (“MÖHUK”) bir eser sözleşmesi olan alt yüklenicilik sözleşmelerine uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, MÖHUK’un genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddesi esas alınmalıdır.

MÖHUK’un 24. maddesine göre, sözleşme taraflarının sözleşmeye uygulanacak hukuku kendi iradeleriyle seçme yetkileri bulunmaktadır. Buna milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi adı verilmektedir. Hukuk seçimi yoluyla taraflar aralarındaki sözleşmenin Türk Hukuku dışında bir hukuka tabi olmasını sağlamış olmaktadır. Hukuk seçimiyle Türk Hukuku’nun emredici hükümleri de bertaraf edilmiş olmakta ve tamamen yabancı bir hukukun sahasına girilmiş olmaktadır.

Taraflar sözleşmede hukuk seçimi yapmamış da olabilir. Bu durumda uygulanacak hukukun MÖHUK’un 24. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen kural esas alınarak belirlenmesi gerekir.

Alt yüklenici ile iş sahibinin birbirine doğrudan müracaat imkanına uygulanacak hukuk konusunda ise, öncelikle asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki

hukuki ilişkinin ne şekilde vasıflandırılacağına tespit edilmesi ve yapılacak vasıflandırmaya göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki, çalışmamızda bu konuda incelenecek meseleler, iş sahibi ile alt yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı durumlarda alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan talepler için iş sahibi ile alt yüklenicinin doğrudan birbirine müracaat hakkının olup olmadığının hangi hukuka göre belirleneceğinin nasıl tespit edileceğiyle sınırlıdır.

İş sahibiyle alt yüklenici arasında ayrı bir sözleşme bulunduğu ve doğrudan birbirlerine taahhütte bulundukları durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, alt yüklenici iş sahibiyle ayrı bir sözleşme yaparak asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve vaktinde yapacağına dair taahhütte bulunmuş olabilir. Aynı şekilde iş sahibi de alt yüklenicinin ücretinin ödeneceği ve asıl yüklenici ile kendisinden kaynaklanacak zararın tazmin edileceği yönünde alt yükleniciye taahhütte bulunmuş olabilir. Bu tür durumlarda iş sahibiyle alt yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacak ve bu sözleşmeler alt yüklenicilik sözleşmesi olarak nitelendirilmeyecektir. Ayrıca, böyle bir durum söz konusuysa, bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde iş sahibi ile alt yüklenici doğrudan birbirlerinden talepte bulunabilirler²⁶⁷.

İş sahibi asıl yükleniciyle birlikte alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme borcunu yüklenmiş veya garanti etmiş de olabilir. Böyle bir durumda da, iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye karşı ücret ödeme borcu doğar²⁶⁸. Asıl yüklenicinin iş sahibinden olan bedel alacağını Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi uyarınca alacağın temlik yoluyla alt yükleniciye geçirmesi veya asıl yüklenicinin alt yükleniciden olan iş görme alacağını yine alacağın temlik yoluyla iş sahibine devretmesi de mümkündür. Alacağın temlik hükmüne asıl yüklenicinin iş sahibi ve alt yükleniciyle yaptığı sözleşmelerde yer verilebileceği gibi, asıl yüklenici alacağın temlik yönündeki iradesini sözleşmeler akdedildikten sonra da kullanabilir. Bu durumda da iş sahibi ve alt yüklenici birbirlerine karşı alacak/borç ilişkisine girmiş olacaklardır ve doğrudan birbirlerine başvurabilmeleri için bir çözüm

²⁶⁷ Bkz. Gauch, s. 51; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 624; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 85; Aral/Ayrancı, s. 458; Yavuz/Acar/Özen, s. 1113-1114; Yalçınduran, s. 179-180, 217; Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, s. 10, 230, 276.

²⁶⁸ Bkz. Gauch, s. 54-55; Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, s. 88; Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, s. 625.

yolu aramaya gerek kalmayacaktır²⁶⁹. Borcun nakledildiği durumlarda da aynı durum geçerlidir²⁷⁰. Asıl yüklenici ile iş sahibi alt yüklenicinin ücretinin doğrudan iş sahibi tarafından ödeneceğini de kararlaştırmış olabilirler²⁷¹.

Dolayısıyla, çalışmamızda bu tür durumlarda iş sahibi ile alt yüklenici arasında oluşan sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukuk incelenmeyecek, iş sahibi ile alt yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı durumlarda alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan talepler için iş sahibi ile alt yüklenicinin doğrudan birbirine müracaat hakkının olup olmadığının hangi hukuka göre belirleneceğinin nasıl tespit edileceği incelenecektir.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından yabancılık unsuru irdelenecek, ardından alt yüklenicilik sözleşmesinde tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumu, hukuk seçimi yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlar, hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve alt yüklenici ile iş sahibinin birbirine doğrudan müracaat imkanına uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edilmesi gerektiği konuları devlet mahkemeleri ve milletlerarası tahkim yargılamaları açısından ele alınacaktır.

II. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNDE YABANCILIK UNSURU

MÖHUK'un 1. maddesine göre, *“Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.”*

MÖHUK'un 1. maddesi yabancılık unsurunun²⁷², hem kanunlar ihtilâfi hukukunun, hem de milletlerarası usûl hukukunun varlık nedeni olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle yargılama faaliyeti bakımından Türk milletlerarası usûl hukuku sahasına, uygulanacak hukuk bakımından ise Türk kanunlar ihtilâfi hukuku sahasına girilmesinin, böylece sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 yoluyla saptanmasının ve taraflara hukuk seçimi yaparak Türk Hukuku'nun

²⁶⁹ Bkz. Öz, s. 50.

²⁷⁰ Bkz. Karahasan, s. 210.

²⁷¹ Bkz. Gauch, s. 55; Gauch/Tercier, s. 168.

²⁷² Yabancılık unsuru İngilizce'de *“foreign element”*, Fransızca'da ise *“élément d'extranéité”* olarak ifade edilmektedir.

emredici hükümlerini bertaraf etme yolunun açılmasının temel şartı uyumsuzluğun yabancılik unsuru taşımasıdır²⁷³.

O halde bir uyumsuzluk yabancılik unsuru içeriyorsa kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulama alanına girer. Zira bu durumda uyumsuzluk yabancılik unsurunun temas ettiği hukuk düzenleriyle irtibatlı hale gelir ve Türk hukukuna göre değil, temas edilen diğer hukuk düzenlerinin otoriteleri altında çözülmesi gündeme gelebilir. Yabancılik unsuru içeren bir uyumsuzluğa doğrudan davanın açıldığı mahkemenin hukukunu uygulamak, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlama amacını gerçekleştirmeyebilir²⁷⁴.

Yabancılik unsuru, herhangi bir hukuki olay veya ilişkiyi hakimın mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsur olarak tanımlanmaktadır²⁷⁵. Bu tanım, bir hukuki olay veya ilişkinin yabancı unsur taşıdığıının kabul edilebilmesi için, o olay veya ilişkinin yabancı ülkeyle mutlaka yer bakımından irtibatının bulunmasının şart olmadığını göstermektedir. Olay veya ilişkinin yabancı hukuk düzeni ile herhangi bir şekilde irtibatlı hale gelmesi gerekli ve yeterlidir²⁷⁶. Özellikle sözleşmenin konusunun, sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı ülkede bulunmasının veya sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olmasının; o sözleşmenin yabancı unsurlu olduğunu göstereceği ifade edilmektedir²⁷⁷. Yabancılik unsurunun, şahıs bakımından ve yer bakımından olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabileceği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.6.1989 tarihli bir kararında da şu şekilde vurgulanmaktadır:

²⁷³ Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 183; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 279; Mesut Aygün, "Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, 2015, s. 1025; Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 80-82.

²⁷⁴ Aygün, s. 1028-1029. Milletlerarası Özel Hukuk adaleti konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022, s. 205-207.

²⁷⁵ Pierre Mayer, **Droit International Privé**, Paris: Montchrestien, 1994, s. 11; François Rigaux/Marc Fallon, **Droit International Privé**, Brüksel: Larcier, 2005, s. 23; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 5; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 10; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 6; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 19-20; Rona Aybay/Esra Dardağan, **Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005, s. 7; Aygün, "Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", s. 1029; Demirkol, s. 45.

²⁷⁶ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 7; Aygün, s. 1029-1030.

²⁷⁷ Mayer, s. 11; Rigaux/Fallon, s. 23; Nuray Ekşi, "Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 3; Çelikel/Erdem, s. 9; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 6; Aygün, s. 1030.

“... İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir...”²⁷⁸

Klasik anlayışa göre yabancılık unsuru şahıs bakımından ve yer bakımından olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmakla birlikte, son dönemde özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde milletlerarası ticaretin menfaatleri söz konusu ise yine hukuki ilişkinin yabancı unsurlu olduğu kabul edilmektedir²⁷⁹. Bu anlayış 1920’li yıllardan itibaren Fransız mahkeme kararlarında gelişmiştir ve sözleşmenin ekonomik yönünü ön plana çıkarmaktadır. Buna göre, ülkeler arasında mal veya sermaye girişi ile iktisadi değer çıkışını konu edinen, yani doğurduğu sonuçlar itibariyle birden çok devletle ilişkili olan sözleşmeler milletlerarası nitelikte olup yabancılık unsuru taşımaktadırlar²⁸⁰.

Doktrinde *Doğan*, milletlerarası ticaretin menfaatleriyle ilgili olan sözleşmelerde de yabancılık unsuru bulunduğunu öngören bu modern görüşü açıklamak için teminat mektubu ilişkisi üzerinden örnek vermektedir: Türkiye’de açılan milletlerarası bir ihalede yabancı firma lehine, Türk vatandaşı A, Türk bankasından teminat mektubu verilmesini talep etmiştir. Teminat mektubu ilişkisi, muhatap Türk vatandaşı ile Türk bankası arasında olup, lehdar yabancı firma ile muhatap Türk vatandaşı arasındaki temel ilişkiden bağımsızdır. Klasik anlayışa göre temel ilişkide yabancılık unsuru bulunmasına rağmen, teminat mektubu ilişkisinde yabancılık unsuru bulunmamaktadır. Ancak *Doğan*’a göre, teminat mektubu ilişkisi klâsik manada yabancılık unsuru taşımasa bile, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet eden bir ilişki olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer teminat mektubu ilişkisi, milletlerarası ticaret hayatını

²⁷⁸ Karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 T., 1989/10-316 E., 1989/411 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷⁹ Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 314-320; Akıncı, s. 8.

²⁸⁰ Akıncı, s. 8.

ilgilendiriyorsa, yabancı unsurlu borç ilişkisinin varlığından söz edilebilir²⁸¹. Teminat mektubu ilişkisinin milletlerarası ticaret hayatını ilgilendirmesi, ülkeler arasında mal veya sermaye girişi ile iktisadi değer çıkışını konu edinmesi, yani doğurduğu sonuçlar itibariyle birden çok devletle ilişkili olması halinde söz konusu olacaktır. Türkiye’de açılan milletlerarası bir ihalede yabancı firma lehine, Türk vatandaşı A tarafından Türk bankasından verilen bir teminat mektubu o milletlerarası ihalenin bir parçası olarak değerlendirilebilir. Somut olay özelinde yabancılık unsuru olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken bu durum da hassasiyetle incelenmelidir.

Bu görüş sözleşmeden kaynaklanan milletlerarası tahkim uyuşmazlıkları bakımından da kabul görmüş ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yabancılık unsuru başlıklı 2. maddesinde yerini bularak Türk hukukuna yansımıştır²⁸². Ancak, MÖHUK’ta bu yaklaşımın Türk hukukunda tahkim dışında da genel kabul görmesini sağlayacak açık bir hüküm bulunmamaktadır. MÖHUK’un 1. maddesinde yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden bahsedilmiş, ancak yabancılık unsurunun hangi durumlarda ortaya çıkacağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bir hukuki işlem veya ilişkide yabancılık unsurunun olup olmadığının tespiti doktrin ve yargı kararlarına bırakılmış olmaktadır. Aynı nitelikteki bütün hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde, hangi hallerde yabancılık unsurunun bulunduğu önceden soyut olarak tespit edilebilmesi ve yabancılık unsurunun bulunduğu hallere ilişkin sınırlayıcı bir sayım yapılması mümkün değildir. Her somut uyuşmazlık açısından hukuki işlem veya ilişkinin türüne ve somut olayın şartlarına göre yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır²⁸³.

Bir hukuki işlem veya ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına dair araştırma her seferinde uyuşmazlığa bakan devlet mahkemesi veya hakem heyeti

²⁸¹ Vahit Doğan, **Teminat Mektupları**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020, s. 201-202.

²⁸² **Yabancılık unsuru**

MTK Madde 2 - Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

(...)

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

²⁸³ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 7; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 288; Demirkol, s. 58-63.

tarafından yapılacağından sübjektif bir değeri olacaktır²⁸⁴. Başka bir deyişle, sözleşme bir devlet mahkemesi veya bir hakem heyeti açısından yabancılık unsuru içermekte iken, diğerleri açısından yabancılık unsuru içermeyebilir. Bununla birlikte, bir uyuşmazlığın MÖHUK'un kapsamına girebilmesi için sübjektif bakımdan, yani o uyuşmazlığa bakan yargı organına göre yabancılık unsuru taşıması yeterlidir²⁸⁵.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde yabancılık unsuruyla ilgili önemli bir tartışma konusu, tarafları Türk vatandaşı olan ve herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan, milletlerarası ticareti de ilgilendirmeyen bir sözleşmede ileride doğacak uyuşmazlığa uygulanmak üzere yabancı ülke hukukunun seçilmesinin bu sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getirip getirmeyeceğidir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür²⁸⁶.

Bir görüşe göre, tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olmaları, sözleşmenin yabancı unsurlu olması için yeterlidir. Yabancı bir hukukun seçimi için sözleşmenin başka bir yabancılık unsuru taşımasına gerek yoktur. Başka bir deyişle, taraflar başka hiçbir yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşme ile ilgili hukuk seçimi yaparak bu hukuki ilişkiyi MÖHUK'un, dolayısıyla MÖHUK m. 24'ün kapsamına sokabilirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, MÖHUK m. 24 uygulanacak hukukun seçiminde taraflara herhangi bir sınırlama getirmemiştir; taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi halinde de yabancılık unsuru yaratılmış olur ve sözleşme milletlerarası özel hukukun sahasına girer²⁸⁷.

Yargıtay'ın bu görüş istikametindeki bir kararına göre, “... *Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir...*”²⁸⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu

²⁸⁴ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 4.

²⁸⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 20; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 5.

²⁸⁶ Bu görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 1-2, Yıl: 30, 2010, s. 32 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 332-335; Demirkol, s. 46-82.

²⁸⁷ Nomer, s. 324; Çelikel/Erdem, s. 10, 384-385; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 3, 7.

²⁸⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.5.1998 T., 1998/12-287 E., 1998/325 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

kararında gerçekten de borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması bir yabancılık unsuru olarak belirtilmiştir. Ancak, söz konusu kararda yabancı hukukun uygulanmasının kararlaştırılmış olmasının tek başına yabancılık unsuru yaratıp yaratmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır ve bu konu tartışılmamıştır²⁸⁹. Dolayısıyla, kanaatimizce bu karar ilk görüşün esas alınması gerektiğine yönelik bir izlenim yaratmamalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, MÖHUK m. 24/1 hükmü uyarınca bir hukuk seçiminden söz edebilmek için, MÖHUK m.1 gereğince sözleşmenin, mutlaka seçilen yabancı hukuk dışında objektif nitelikte yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir²⁹⁰. Zira MÖHUK m. 24/1 uyarınca bir hukuk seçimi yapılması Türk hukukunun emredici hükümlerinin bertaraf edilmesi anlamına gelir ve bunun yapılması objektif nitelikte bir yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerde sadece yabancı bir hukukun seçilmesiyle mümkün olamamalıdır. Objektif nitelikte yabancılık unsurundan kasıt, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların işyerleri, vatandaşlığı gibi unsurlardan en az birisi vasıtasıyla yabancı ülke hukuku ile bağlantı kurulmasıdır. Ayrıca milletlerarası ticareti ilgilendiren bir sözleşme söz konusuysa bu şekilde de yabancı ülke hukuku ile bağlantı kurulduğu için sözleşmede yabancı hukukun seçilmesi MÖHUK m. 24/1 anlamında hukuk seçimi teşkil edecektir. Milletlerarası ticareti ilgilendirmeyen ve objektif nitelikte herhangi bir yabancılık unsuru da taşımayan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların yabancı bir hukuka tâbi kılınması ise MÖHUK m. 24/1 anlamında bir hukuk seçimi teşkil etmeyecektir. Başka bir deyişle, bu tür sözleşmelerde yabancı hukukun seçilmesi ile tarafların tâbi olmak istedikleri hukukun hükümlerini sözleşme metnine dâhil ettikleri (*incorporation*) kabul edilmelidir. Sözleşme metnine dâhil edilen bu hükümler Türk Borçlar Kanununun 26 ve 27. maddelerinde öngörülen sınırlar içerisinde ve Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde uygulama alanı bulacaktır²⁹¹.

²⁸⁹ Aynı yönde bkz. Demirkol, s. 47.

²⁹⁰ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, s. 33; Akıncı, s. 70-71; Zeynep Derya Tarman, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 1, Mart 2010, s. 146.

²⁹¹ Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, s. 33. *Incorporation* kavramı ve *incorporation* ile

Bu konudaki bir diğer görüş ise, yabancılık unsurunu milletlerarası unsur olarak değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, bir sözleşmenin milletlerarası özel hukuk sahasına girmesi ve MÖHUK m. 24'ün devreye girmesi için uluslararası (milletlerarası) nitelik taşıması yeterlidir²⁹². Uluslararası sözleşmenin mevzuatta bir tanımı yer almamaktadır. Bununla birlikte, bu görüşte olan yazarlara göre, sözleşmenin sınır aşan unsurlar barındırması veya milletlerarası ticareti yakından ilgilendirmesi o sözleşmenin uluslararası bir sözleşme olduğunu göstermektedir.

Kanaatimizce, sözleşmede yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırılmasının dışında başka bir hukuk sistemiyle bağlantı kurabilecek hiçbir unsurun olmaması halinde o sözleşmeyi MÖHUK kapsamında değerlendirmek ve tarafların MÖHUK m. 24/1 uyarınca hukuk seçimi yapmasına izin vermek o sözleşme açısından Türk Hukuku'nun emredici hükümlerini bertaraf etmiş olacağından, yabancı bir hukukun kararlaştırılması tek başına bir yabancılık unsuru olarak değerlendirilmemelidir. Aksi takdirde, her yönüyle Türkiye ile bağlantılı olan her sözleşmede taraflara Türk Hukuku'nun emredici hükümlerini bertaraf edebilme imkanı tanınmış olacaktır. Yabancı bir hukuk seçilse bile Türk Hukuku'nun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilir olması da bu durumun önüne geçmeyecektir. Zira, Türk Hukuku'nun emredici kuralları doğrudan uygulanan kurallarıyla aynı anlama gelmemektedir.

Bir sözleşmenin MÖHUK sahasına girmesi için yabancılık unsuru yerine milletlerarası sözleşme niteliği arayan görüşe ise iki yönden katılamıyoruz. Öncelikle, MÖHUK'un 1. maddesinde açıkça yabancılık unsurundan bahsedilmektedir. İkinci olarak, bir sözleşme Türkiye dışında başka bir hukuk sistemiyle bağlantılı olup yabancılık unsuru taşıdığı halde, sınır aşan veya milletlerarası ticareti ilgilendiren bir sözleşme niteliğinde olmayabilir. Örneğin, sadece Fransız Hukuku'yla ilgili unsurları barındıran bir sözleşmeden çıkan uyuşmazlığı tarafların milletlerarası yetki kurallarına

hukuk seçimi arasındaki farklılıklar için bkz. Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 1-2, 1999-2000, s. 263-292.

²⁹² Vedat Raşit Seviğ, **Kanunlar İhtilafı**, İstanbul, 1974, s. 107 vd; Hatice Özdemir, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 938; Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003, s.116.

göre Türk mahkemeleri önünde açmış olması halinde, Türk mahkemeleri yabancılık unsuru yerine milletlerarası sözleşme aradıkları takdirde bu sözleşmede milletlerarası bir nitelik göremeyecek ve söz konusu uyuşmazlığı MÖHUK kapsamında değerlendiremeyeceklerdir²⁹³. Ancak, böyle bir durum milletlerarası özel hukuk adaletiyle bağdaşmayacaktır.

Sonuç olarak kanaatimizce, Türk yargı organları önlerine gelen bir uyuşmazlıkta MÖHUK m.1'in açık ifadesi gereğince milletlerarası nitelikte bir sözleşmenin değil, yabancılık unsurunun var olup olmadığını tespit etmelidir. Ancak, bu tespit yapılırken yabancılık unsuru klasik anlayıştaki gibi dar yorumlanmamalı, klasik anlayışa göre yabancılık unsurunun varlığını gösteren kriterlerin yanında sözleşmenin milletlerarası ticareti ilgilendirip ilgilendirmediği de araştırılmalıdır. Başka bir deyişle, yabancılık unsuru geniş olarak ele alınmalı ve her somut olay bazında ayrıca değerlendirilmelidir. Zira, önemli olan somut uyuşmazlığın konusu olan hukuki ilişkinin yargı organlarına başvurulmuş ülke hukukundan başka hukuk sistemleriyle daha yakın bir bağlantısının olup olmadığının tespit edilmesidir.

Bu doğrultuda, alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından sözleşmenin taraflarının vatandaşlıklarının, yerleşim yerlerinin, olağan oturma yerlerinin veya işyerlerinin Türkiye'den farklı devletlerde olması, ifa yerinin farklı devlette olması²⁹⁴, sözleşmenin konusunun farklı bir devlette bulunması, sözleşmenin kurulabilmesi için yabancı kaynaklı kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişi olması ve sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi o sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığını gösterebilir. Ayrıca, alt yüklenicilik sözleşmelerinde yabancılık unsuru diğer sözleşme türlerine göre daha farklı bir değerlendirme gerektirir. Çünkü alt yüklenicilik sözleşmeleri daha geniş bir alanı etkileyen bir asıl yüklenicilik sözleşmesinin sadece bir parçasını oluşturmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri asıl yüklenicilik sözleşmelerinden bağımsız olmakla birlikte, bir yandan da asıl yüklenicilik sözleşmesiyle çok yakın

²⁹³ Bkz. Demirkol, s. 53.

²⁹⁴ Örneğin doktrinde iki Türk firmasının Romanya'da bir köprü yapımı işi için açılan ihaleye müşterek taahhüt vermek ve işi birlikte üstlenmek için aralarında yapacakları bir ortak girişim sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıyacağı ifade edilmiştir. Bkz. Pınar Öztürk, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 92. Aynı durum alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından da geçerli olmalıdır. İki Türk firmasının Romanya'da bir köprü yapımı işi için aralarında alt yüklenicilik sözleşmesi akdetmeleri halinde bu sözleşme yabancılık unsuru taşıyacaktır.

bağlantıları bulunmaktadır²⁹⁵. Dolayısıyla kanaatimizce, alt yüklenicilik sözleşmeleri özelinde yalnızca iş sahibinin yabancı olması hususunun o sözleşmeyi yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline getirip getirmeyeceğinin de özel olarak tartışılması gerekir.

Çalışmamızın ilk bölümünde detaylı olarak açıkladığımız üzere bir yandan asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi birbirinden bağımsızdır ve bu, incelediğimiz tüm hukuk sistemlerinde var olan bir prensiptir. Ancak, bir yandan da yabancılık unsuru taşıyan ve hukuk seçimi yapılan bir asıl yüklenicilik sözleşmesi varken asıl yüklenicilik sözleşmesinin konusu olan işin bir parçasının ifasına ilişkin alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancılık unsuru içerdiğinin kabul edilmemesi ve hukuk seçimine imkan tanınmaması birtakım sorunları beraberinde getirebilir. Zira, bu durum tarafların isteseler bile iki sözleşmeyi aynı hukuk sistemine tabi kılamaması ve iki sözleşmenin yaratacağı hukuki sonuçlarda farklılıklar olması sonucunu yaratacaktır.

Örneğin, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi sırt sırta (“back to back”) olsa bile, asıl yüklenicinin sorumluluk rejimiyle alt yüklenicinin sorumluluk rejimi birbirinden farklılaşmış olacaktır. Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukukun tercih edilmesi bu tercihi bir hukuk seçimi olarak geçersiz kılacak, bu tercih bir *incorporation* olarak değerlendirilecek ve alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında yabancı hukuk Türk Hukuku’nun emredici hükümlerini bertaraf etmeyecek şekilde uygulanabilecektir. Asıl yüklenicilik sözleşmesinde ise yabancı hukukun tercihi bir hukuk seçimi olarak değerlendirilecek ve asıl yüklenicilik sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar kapsamında Türk Hukuku’nun emredici hükümlerini bertaraf etmiş olacaktır.

²⁹⁵ Malinvaud, s. 8.

Bütün bu nedenlerle, kanaatimizce, sadece iş sahibinin yabancı olması da alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından bir yabancılık unsuru olarak değerlendirilebilmelidir. Elbette konu, somut olayın şartları içinde ele alınmalı ve amaç alt yüklenicilik sözleşmesiyle en sıkı bağlantılı hukukun tespit edilmesi yoluyla milletlerarası özel hukuk açısından en adil sonuca ulaşmak olmalıdır. Örneğin, iş sahibinin yabancı olduğu projelerde asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin çalışmamızın birinci bölümünde anlattığımız yöntemlerden biri kullanılarak sırt sırta (“back to back”) haline getirilmiş olması durumunda, başka bir deyişle iki sözleşme arasında bir bağlantı kurulmuş olması durumunda, alt yüklenicilik sözleşmesinin de yabancılık unsuru taşıdığına hükmedilebileceği kanaatindeyiz. Doktrinde bir görüşe göre de, tüm unsurlarıyla yerel bir sözleşme niteliğinde olan bir alt yüklenicilik sözleşmesi, iş sahibi yabancı olan bir proje kapsamında olup “*pay if paid*” (ödenmişse öde) veya “*pay when paid*” (ödendiğinde öde) maddelerini içerdiği takdirde yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmeye dönüşecektir²⁹⁶. Bu görüşe katılmakla birlikte, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi arasında bağlantı kuran tek husus “*pay if paid*” (ödenmişse öde) veya “*pay when paid*” (ödendiğinde öde) maddeleri olmadığından, iki sözleşmeyi sırt sırta (“back to back”) hale getirerek aralarında bağlantı kuran diğer yöntemlerin söz konusu olması halinde de tamamen yerel unsurlar taşıyan bir alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmeye dönüşebileceği kanaatindeyiz.

Ayrıca, kanaatimizce alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesi arasında bağlantı kuran bir kaydın bulunmaması halinde, başka bir deyişle asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin sırt sırta (“back to back”) sözleşmeler olmaması halinde dahi, iş sahibi yabancı olan projelerde alt yüklenicilik sözleşmeleri de yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler olarak nitelendirilebilir. Zira, bu tür durumlarda alt yüklenicilik sözleşmesinin ülkeler arasında mal veya sermaye geçişi sağlayarak milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi mümkündür. Dolayısıyla somut olayın şartlarına göre, alt yüklenicilik sözleşmesinin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirip ilgilendirmediği değerlendirilerek karar verilmelidir.

²⁹⁶ Paola Piroddi, “International Subcontracting in EC International Private Law”, **Yearbook of Private International Law**, S. VII, 2005, s. 305-306.

Nitekim Fransız mahkemelerinin ve hakem heyetlerinin, bir alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olması için parçası olduğu asıl yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olmasının yeterli olduğu yönünde kararları bulunmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde yabancılık unsuru için geliştirilen bu kriter temelde “ülkeler arasında mal veya sermaye girişi” kriterine dayanmaktadır.

Özellikle iki karar bu yaklaşım için güzel birer örnek teşkil etmektedir:

14 Mart 1989 tarihli bir kararında Paris İstinaf Mahkemesi iki Fransız şirket arasında akdedilen ve tamamen Fransa’da ifa edilen bir alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olduğuna hükmetmiştir²⁹⁷. Mahkemenin gerekçesi projedeki asıl yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olması olmuştur.

Benzer bir şekilde 7528 sayılı ICC Davasında hakem heyeti iki Fransız şirket arasında akdedilen alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancı unsurlu olduğuna karar vermiştir. Hakem heyetinin gerekçesi İş sahibinin Pakistan’daki bir devlet kurumu olması ve işlerin Pakistan’da ifa edilmesidir²⁹⁸. Her ne kadar bu karardan iş sahibinin yabancı olmasına tek başına alt yüklenicilik sözleşmesine yabancılık unsuru katan bir faktör olarak bakılıp bakılmadığı açıkça anlaşılmasa da alt yüklenicilik sözleşmesinde yabancılık unsurunun tespitinde iş sahibinin kimliğine de vurgu yapılmış olması önemlidir.

Çalışmamız kapsamında yaptığımız araştırmalarda, Türk mahkemelerinin iş sahibinin yabancı olmasının alt yüklenicilik sözleşmesini de yabancı unsurlu hale getireceği yönünde herhangi bir kararına rastlanmamıştır. Türk mahkemelerinin bazen uyuşmazlıklarda yabancılık unsurunun var olup olmadığını araştırmadan doğrudan Türk Hukuku’nu uygulayarak uyuşmazlığı sonuçlandırma gibi bir reflekslerinin de olduğu görülmektedir. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle birlikte oldukça girift bir ilişki sarmalı yaratan alt yüklenicilik sözleşmelerinde bu hususa özellikle önem verilmeli ve ilk iş olarak yabancılık unsurunun var olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken klasik anlayış esas alınmamalı, yabancılık unsuru geniş yorumlanmalıdır.

²⁹⁷ Malinvaud, s. 8. Karar yayınlanmamıştır.

²⁹⁸ Malinvaud, s. 8; ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Sayı: XXII, Yıl: 1997, s. 125-130.

III. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Tarafların Sözleşmeye Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri Durumu

1. Genel Olarak

MÖHUK'un 24. maddesinin ilk üç fıkrası ve Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesi²⁹⁹ uyarınca, bir sözleşmenin tarafları o sözleşme için bir hukuk seçimi yapmışlarsa, sözleşmenin esasına tarafların seçmiş oldukları hukuk uygulanacaktır. MÖHUK ile Roma I Tüzüğü'nün ilgili maddeleri arasında, belirtilmesi gereken büyük bir farklılık bulunmamaktadır.

Hukuk seçimi bir sözleşmedir. İlgili olduğu sözleşmenin bir hükmünü teşkil edebileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir³⁰⁰. Hukuk seçimi özgürlüğü Borçlar Hukuku'ndaki irade serbestisinin Milletlerarası Özel Hukuk'taki görünümüdür³⁰¹. Milletlerarası Özel Hukuk'taki irade serbestisi olan hukuk seçimi ile yabancı unsurlu bir sözleşmenin tarafları, uygulanacak emredici kurallar da dahil olmak üzere uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Böylece hukuk seçimiyle Türk Hukuku'nun emredici hükümleri bertaraf edilmiş olacak, tarafların seçtikleri hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümleri uygulama alanı bulmuş olacaktır³⁰².

“Hukuk seçimi” ile “bir hukuk sisteminin bazı hükümlerinin sözleşmeye dahil edilmesi” kavramları birbirinden farklıdır. Hukuk seçimi yoluyla seçilen hukuk emredici hükümleriyle birlikte sözleşmeye uygulanır hale gelirken, bir hukuk sisteminin bazı hükümlerinin sözleşmeye dahil edilmesinde *lex fori*'nin emredici hükümleri bu hükümlerle birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Başka bir deyişle, ikinci durumda *lex fori*'nin emredici hükümleri bertaraf edilememektedir. Bu iki kavram İngiliz Hukuku'nda sırasıyla “*reference*” ve “*incorporation*”, Alman

²⁹⁹ Roma I Tüzüğü Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku yeknesaklaştırmayı amaçlamaktadır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma I Tüzüğü, 24. maddesi uyarınca 19.06.1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme'yi (Roma Sözleşmesi) yürürlükten kaldırmış ve onun yerine 17.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzük'ün 24/2 hükmü uyarınca Roma Sözleşmesi'ne yapılan tüm atıflar Roma I Tüzüğü'ne yapılmış kabul edilecektir.

³⁰⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 331; Demir Gökyayla, s. 293-294.

³⁰¹ Antoine Kassis, *Le Nouveau Droit Européen Des Contrats Internationaux*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, s. 190-194.

³⁰² Mayer, s. 462-463; Kassis, s. 188; Nomer, s. 329; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, s. 278; Çelikel/Erdem, s. 384; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 398-399; Demir Gökyayla, s. 291.

Hukuku’nda ise sırasıyla “*kollisionsrechtliche Verweisung*” ve “*materiellrechtliche Verweisung*” olarak ifade edilmektedir³⁰³. “Bir hukuk sisteminin bazı hükümlerinin sözleşmeye dahil edilmesi” kavramının Türkçe’de tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kavram ifade edilirken “*incorporation*” kelimesi tercih edilmektedir. Incorporation, herhangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesi anlamına gelmektedir. Kanunlar ihtilafı anlamında incorporation, sözleşmeye dahil etme, sözleşmenin bir hükmü veya bir parçası haline getirme anlamında kullanılır.

Bu iki kavram arasındaki bir diğer fark ise hukuk seçimi yapıldığı takdirde, seçilen yabancı hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin sözleşmeyi etkileyecek olmasıdır. Incorporation durumunda ise, sözleşmeye dahil edilen kurallarda sonradan değişiklikler meydana gelse dahi bu değişiklikler sözleşmeyi etkilemez³⁰⁴.

Bütün bunlardan hareketle, bir alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları olan asıl yüklenici ile alt yüklenici, hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilirler. Seçilebilecek olan hukuk konusunda bir sınır bulunmamaktadır³⁰⁵. Ancak, kanaatimizce taraflar alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesini aynı hukuka tabi kılmayı tercih etmelidir. İki sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların uyum içinde çözülebilmesi için bu önemlidir. Ayrıca, tarafların sözleşme ile doğrudan ilgisi olmasa bile daha iyi bildikleri veya uygulanmasında yarar gördükleri bir hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmelerinde fayda bulunmaktadır.

2. Hukuk Seçiminin Şekil ve Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Hukuk seçiminin *lex fori*’de öngörülen biçimde ve kapsamda yapılmış olup olmadığı ile hukuk seçiminin esas bakımından geçerli olup olmadığı birbirinden farklı problemlerdir³⁰⁶. Bir uyuşmazlık çıktığında ve bir devlet mahkemesi önüne

³⁰³ Demir Gökyayla, s. 291.

³⁰⁴ François Knoepfler/Philippe Schweizer, **Droit International Privé Suisse**, Bern: Editions Stämpfli + Cie, 1995, s. 107-108; Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 75; Ekşi, “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, s. 292-293.

³⁰⁵ Demir Gökyayla, s. 310-311.

³⁰⁶ Demirkol, s. 33.

götürüldüğünde, o mahkeme öncelikle bağlı olduğu devletin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacaktır. Uyuşmazlığın kaynağı olan sözleşmede hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı, yapılabilecekse ne zamana kadar, ne şekilde ve ne kapsamda yapılabileceği söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarının ilgili hükümlerine göre belirlenecektir. Türk Hukuku'nda MÖHUK'un 24. maddesinin ilk üç fıkrasında hukuk seçimi serbest kılınmış, bu seçimin açık veya zımni bir şekilde yapılabileceği, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak şekilde yapılabileceği ve taraflarca ilişkin olduğu sözleşmenin kurulmasından sonra da dahil olmak üzere her zaman yapılabileceği düzenlenmiştir. Hukuk seçiminin zımni olarak da yapılabileceğinin düzenlenmesi, bu seçimin mutlaka yazılı olarak yapılmasının gerekmediğini göstermektedir. Dolayısıyla hukuk seçimi için yazılı şekil şartı aranmamaktadır. Bütün bunlar, hukuk seçiminin şekil bakımından geçerli olup olmadığı meselesiyle ilgilidir.

Bununla birlikte, hukuk seçimi hata, hile, ikrah, gabin gibi geçersizlik veya iptal edilebilirlik halleri de içerebilir. Bu hallerin var olup olmadığı ve sonuçları ise, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk tespit edilerek, o hukuk kapsamında ortaya konmalıdır³⁰⁷. Hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk doktrinde tartışmalıdır ve bir birlik bulunmamaktadır. Bu konunun doktrinde tartışmalı olması kanunlar ihtilafı kurallarının farklı şekillerde yorumlanmasından ve bu yorum tarzları arasında yapılacak seçimin yaratabileceği muhtemel sonuçlardan kaynaklanmaktadır.

Türk Hukuku'ndaki kanunlar ihtilafı kurallarına bakıldığında, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespit edilmesi bakımından MÖHUK m. 32/1 önem arz etmektedir. Söz konusu hükme göre, *“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.”* Bu düzenlemede bir sözleşmenin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk, o sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabi kılınmaktadır.

MÖHUK m. 32/1 Roma I Tüzüğü ile paraleldir. Roma I Tüzüğü'nün m. 3/5 hükmü *“Uygulanacak hukukun seçimine ilişkin tarafların rızasının varlığı ve geçerliliği 10, 11 ve 13 üncü madde hükümlerine göre belirlenir.”* diyerek Tüzüğün

³⁰⁷ Demirkol, s. 33.

diğer maddelerine atıf yapmakta, atıf yapılan maddelerden biri olan 10. maddede, “*Bir sözleşmenin veya sözleşmenin herhangi bir şartının mevcudiyeti ve geçerliliği, sözleşme veya şart geçerli olsaydı, bu Tüzük uyarınca ona uygulanacak olan kanunla belirlenir.*” denerek, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliği konusunda yine sözleşmeye uygulanacak hukuka atıf yapılmaktadır.

Hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda doktrinde dört görüş dikkat çekmektedir. İlk görüşe göre, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliği *lex fori*’nin kurallarına tabidir. İkinci görüşe göre, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine, hukuk seçiminin içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Üçüncü görüşe göre, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliği transnational hukuka tabidir. Dördüncü görüşe göre ise, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine bu seçimin en sıkı bağlantılı olduğu hukuk uygulanmalıdır³⁰⁸.

Kanaatimizce, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk tespit edilirken hukuk seçiminin bazı genel özelliklerinden hareket etmek gerekir. Hukuk seçimi bir sözleşme olup, ilgili olduğu sözleşmenin bir hükmünü teşkil edebileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir. İster ilgili olduğu sözleşmenin içinde bir madde olarak yer alsın, ister ayrı bir sözleşme olarak yapılmış olsun, hukuk seçimi tek başına bir sözleşme teşkil etmektedir. Bunun gereği olarak, hukuk seçimi içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmeden bağımsızdır. Bu durum tahkim sözleşmesinin bağımsızlığıyla benzer bir şekilde düşünülebilir. Bu nedenle hukuk seçimi, ilgili olduğu sözleşmenin bir hükmü şeklinde o sözleşme içinde yer alsa dahi, bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir. Hukuk seçiminin geçersiz olması içinde bulunduğu sözleşmeyi, içinde bulunduğu sözleşmenin geçersizliği de hukuk seçimini geçersiz hale getirmez.

Hukuk seçimine ilişkin bu genel özellikler hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından da belirleyici olmalıdır. Hukuk seçiminin içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuk ile hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk ayrı ayrı tespit edilmelidir. Roma I Tüzüğü m. 10 ile MÖHUK m.32/1 bu doğrultuda

³⁰⁸ Bu görüşler ve tartışmalar için bkz. Kassis, s. 228-229; Nomer, s. 329; Akıncı, s. 75-76; Demir Gökyayla, s. 295-298; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 331; Cemal Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 110; Demirkol, s. 33-41.

yorumlanmalıdır. Bu maddelerde geçen, “*sözleşmeden doğan ilişkinin esas bakımından geçerliliğinin, o sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabi olacağı*” ifadesi, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçiminin içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmeye uygulanacak hukuka değil, hukuk seçimine uygulanacak hukuka yönlendirmektedir. Başka bir deyişle, bu maddelerdeki ifadeyi, hukuk seçiminin tek başına ve bağımsız bir sözleşme olmasından hareketle, hukuk seçimi açısından şu şekilde okumak doğru olacaktır: “*Hukuk seçiminden doğan ilişkinin esas bakımından geçerliliği, o hukuk seçiminin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir.*” O halde hukuk seçiminin geçerli olması halinde hukuk seçimine uygulanacak hukuk tespit edilmelidir.

Hukuk seçiminin geçerli olması halinde uygulanacak hukuk konusunda Roma I Tüzüğü’nde veya MÖHUK’ta bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu durumda sorunun çözümünde milletlerarası özel hukuk adaleti gözetilmelidir. Milletlerarası özel hukuk adaleti gereği kanunlar ihtilafı kurallarının amacı bir hukuki ilişkiyle en sıkı bağlantılı olan hukukun tespit edilmesidir. Hukuk seçiminin içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmeye uygulanacak hukuk her zaman hukuk seçimiyle de en sıkı bağlantılı hukuk olmayabilir. Milletlerarası özel hukuk adaleti bakımından Savigny’den beri genel kabul gören görüş, uygulanacak hukukun tespitinde hukuki olay veya ilişkinin en sıkı irtibat halinde bulunduğu hukukun esas alınmasıdır³⁰⁹. Nitekim, farklı devletlerdeki kanunlar ihtilafı kuralları oluşturulurken de bu esastan yola çıkıldığı görülmektedir. Roma I Tüzüğü’nde ve MÖHUK’ta bu konuda bir düzenleme olmadığına göre, uyuşmazlığa bakan hakimin hukuk seçimiyle en sıkı irtibatlı olan hukuku, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak belirlemesi en adil çözüm olacaktır³¹⁰. Kanaatimizce, hukuk seçimiyle en sıkı irtibatlı olan hukukun ne olduğu konusunda genel geçer bir kural koymak mümkün değildir, her somut olay kendi içinde değerlendirilerek hukuk seçimiyle en sıkı irtibatlı olan hukuk tespit edilmelidir.

Bu çözüm yolu, *lex fori*’nin, hukuk seçiminin içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya transnational hukukun uygulanmasının yaratacağı dezavantajları da ortadan kaldırmış olacaktır. Zira, *lex*

³⁰⁹ Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 207.

³¹⁰ Aynı görüşte bkz. Demirkol, s. 41.

fori'nin uygulanması, ileride uyuşmazlık çıktığında o uyuşmazlığın hangi devlet mahkemeleri tarafından çözüleceğini bilmeyen taraflar açısından bir öngörülemezlik durumu yaratacaktır. Hukuk seçimi yapıldığı sırada genellikle *lex fori* henüz belli değildir³¹¹. Tarafların hukuk seçimi yaparken *lex fori* ile ilgili tüm olasılıklara göre bir değerlendirme yapabilmeleri de mümkün değildir. Ayrıca, *lex fori*'nin uygulanacak olması, uyuşmazlık çıktığı zaman taraflarca *forum shopping*'e başvurulmasına da yol açabilir. Bu da taraflardan birinin, yaptıkları hukuk seçiminin geçersiz olacağı bir devlet mahkemesine başvurarak, hukuk seçimini geçersiz kılacağı ve böylece diğer taraf karşısında üstünlük sağlamaya çalışacağı adaletsiz bir sisteme dönüşebilir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, hukuk seçiminin içinde bulunduğu veya ilgili olduğu sözleşmeye uygulanacak hukuk her zaman hukuk seçimiyle de en sıkı bağlantılı hukuk olmayabilir. Hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğinin transnational hukuka tabi kılınması durumunda ise transnational hukukun içeriğinin belirlenmesi sorunuyla karşı karşıya kalınacaktır. En sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasıyla bu sorun da bertaraf edilmiş olacaktır.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde bu konuda birçok örnek oluşturulabilir. Örneğin, asıl yüklenicinin bir Türk firması olduğu ve Katar'da gerçekleştirilecek bir projede bir Katar firmasıyla yapılan alt yüklenicilik sözleşmesi taraflarca Türkiye'de müzakere edilir, Türkiye'de imzalanır ve uyuşmazlık çözümünde Türk mahkemeleri yetkili kılınırsa, alt yüklenicilik sözleşmesinin en sıkı irtibat halinde bulunduğu hukuk Katar Hukuku olmasına rağmen (karakteristik edim borçlusu ve ifa yeri nedeniyle), alt yüklenicilik sözleşmesine ilişkin hukuk seçiminin en sıkı irtibat halinde bulunduğu hukuk Türk Hukuku'dur. Zira, hukuk seçimi Türkiye'de müzakere edilmiş, burada imzalanmış ve Türk mahkemeleri önünde ileri sürülecektir.

İsviçre'de Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun'un 116/2 hükmünde ise, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine, seçilen hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. İsviçre düzenlemesi Roma I Tüzüğü ile MÖHUK'un düzenlemelerinden ayrıksı kalmaktadır. Zira, Roma I Tüzüğü ile MÖHUK'un düzenlemeleri hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimine uygulanacak hukuka yönlendirmekteyken, İsviçre düzenlemesi hukuk seçimi vasıtasıyla seçilen hukuka yönlendirmektedir. Kanaatimizce, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine, hukuk seçimi

³¹¹ Nomer, s 329; Akıncı, s. 75; Demirkol, s. 34.

vasıtasıyla seçilen hukukun uygulanması her zaman milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamayabilir. Zira, taraflar hukuk seçimini yaparken kurdukları sözleşmesel ilişkiyi dikkate almakta, bu sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemektedir. Uygulamada, tarafların, kendisi de bir sözleşme olan hukuk seçiminin hangi hukuka tabi olacağına karar verdikleri örneklerle rastlamak kolay değildir. Hukuk seçimiyle taraflar hukuk seçiminin kendisine uygulanacak hukuku da belirleme amacını gütmekle, bu hukuku hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine de uygulamak taraf iradeleriyle uyuşmayan durumlar ortaya çıkaracaktır.

Örneğin, bir alt yüklenicilik sözleşmesinde tarafların X Hukuku'nu seçtiklerini ve bir tarafın iradesinin ikrah ile sakatlandığını varsayalım. X Hukuku'nun irade sakatlıklarına herhangi bir yaptırım öngörmemesi halinde, sözleşmeye bu hukukun uygulanması halinde ikrah nedeniyle sakatlanmış olan bir sözleşme ayakta kalmış olacaktır. Bu durumda milletlerarası özel hukuk adaletini sağlayacak olan yol, öncelikle hukuk seçimini ikrah nedeniyle geçersiz kılıp devre dışı bırakarak, irade sakatlıklarına yaptırım öngören bir hukukun uygulanabilmesinin yolunu açmaktır. Böylece sözleşmenin hukuk seçimi dışındaki hükümleri de ikrah nedeniyle geçersiz kılınabilecektir. Ancak, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine, seçilen hukukun uygulanması halinde böyle bir sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır. Zira, seçilen hukuk irade sakatlıklarına herhangi bir yaptırım öngörmediği için hukuk seçimi ayakta kalmış olacaktır. Bu durum, alt yüklenicinin sakat iradesinden faydalanmak isteyen asıl yükleniciler tarafından kötüye kullanılabilir³¹².

3. 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Hukuk Seçiminin Çeşitleri

a. Şartlı Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 24/3'e göre, hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Kanun hükmünde açık olarak belirtilmemekle birlikte, doktrinde hukuk seçiminin her zaman yapılabileceğinden hareket edilerek şartlı hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmektedir³¹³. Kanaatimizce de aynı gerekçeyle şartlı hukuk seçimi mümkündür.

³¹² Uygulamada alt yükleniciler genellikle tacir olup, Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2 maddesi uyarınca basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altında oldukları için irade sakatlıklarına dayanarak alt yüklenicilik sözleşmesini geçersiz kılabilirdikleri durumlar oldukça sınırlı olacaktır.

³¹³ Demir Gökyayla, s. 298; Tarman, s. 153; Demirkol, s. 149-151.

Şartlı hukuk seçimi veya şarta bağlı hukuk seçiminde taraflar, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukukun hüküm doğurmasını veya hükmünü kaybetmesini bir olayın gerçekleşmesine bağlı kılarlar. Böylece hukuk seçimi geciktirici veya bozucu bir şarta bağlı olarak yapılmış olur³¹⁴. Geciktirici şarta bağlı kılınan hukuk seçimi o şartın gerçekleşmesiyle hüküm doğurur. Bozucu şarta bağlı kılınan hukuk seçimi ise o şartın gerçekleşmesiyle ortadan kalkar. Ancak, şartlı hukuk seçiminin kabul edilip sonuç doğurabilmesi için şartın net bir şekilde belirtilmesi gerekir³¹⁵. Geciktirici şartın gerçekleşmesine kadarki süreçte ve bozucu şartın gerçekleşmesinden sonraki süreçte hukuk seçimi hüküm doğurmayacağı için taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk hakim tarafından MÖHUK m. 24/4'e göre belirlenmelidir³¹⁶.

Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde alt yüklenicilik sözleşmelerinin uygulamada bazen asıl yüklenicilik sözleşmesinin akdedilmesinden önce yapılabildiklerini ve bu durumda bir geciktirici veya bozucu şarta yer verilerek alt yüklenicilik sözleşmesinin geçerliliğini asıl yüklenicilik sözleşmesinin imzalanmasına bağlı kılmanın asıl yüklenicilik sözleşmesinin akdedilmemesinin ortaya çıkaracağı riskleri bertaraf edeceğini belirtmiştik³¹⁷. Şartlı hukuk seçimi mümkün olduğuna göre, böyle bir durumda alt yüklenicilik sözleşmesine ilişkin hukuk seçiminin de geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür. Ancak, hukuk seçimi içinde bulunduğu veya ilgili olduğu alt yüklenicilik sözleşmesinden bağımsız olarak tek başına bir sözleşme teşkil ettiği için kanaatimizce hukuk seçimi de şarta bağlı kılınmak istiyorsa bu durum hukuk seçimi açısından da özel olarak belirtilmelidir.

b. Kademeli Hukuk Seçimi

Doktrinde kademeli hukuk seçiminin de mümkün olduğu ifade edilmektedir³¹⁸. Kademeli hukuk seçimiyle kastedilen, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanmasını istedikleri hukuklar arasında bir kademelendirme, yani bir tercih sırası yapmaları ve bu hukukların devreye girmesini belirli durumların gerçekleşmesine bağlamalarıdır.

³¹⁴ Demir Gökyayla, s. 298.

³¹⁵ Demir Gökyayla, s. 298; Demirkol, s. 149-150.

³¹⁶ Demirkol, s. 151.

³¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, 1)A, Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.

³¹⁸ Demir Gökyayla, s. 298; Demirkol, s. 149-151.

Örneğin, ilk tercih edilen hukukun sözleşmenin geçersiz olduğunu öngörmesi ya da bu hukuk tarafından öngörülen bazı sonuçların taraflarca uygun bulunmaması halinde bir başka hukukun uygulanacağı kararlaştırılabilir³¹⁹.

Kademeli hukuk seçiminde, taraflarca belirlenen durumların herhangi birinin gerçekleşmesi halinde, daha önce netlik arz etmeyen hukuk seçimi belirgin hale gelmiş, yani hukuk seçimi yapılmış olur³²⁰. Bu yönüyle kademeli hukuk seçiminin de bir nevi geciktirici şarta bağlı bir hukuk seçimi olduğu söylenebilir.

Yargıtay'ın bir kararında “sözleşmenin 18. maddesinde, gerek iş sözleşmesi gerekse sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda, işveren ile işveren vekilinin birlikte sorumlu olacakları, öncelikle Suudi makamlarının yetkili olduğu ve Suudi hukukunun uygulanacağı bu mümkün olmazsa ikinci planda Türk makam ve kanunlarının otoritesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır” demek suretiyle taraflarca kademeli hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmiştir³²¹.

Kademeli hukuk seçiminin en bilinen örneklerinden biri İngiliz mahkemeleri tarafından sonuçlandırılan *Dubai Electricity Co v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines (The Iran Vojdan)* davasıdır³²². Bu davaya konu olan sözleşmede taraflar, davanın Tahran mahkemelerinde görülmesi halinde İran Hukuku'nun, Hamburg mahkemelerinde görülmesi halinde Alman Hukuku'nun, Londra mahkemelerinde görülmesi halinde ise İngiliz Hukuku'nun uygulanacağını kararlaştırmışlardır.

Kanaatimizce de yine MÖHUK m. 24/3'te yer alan, hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabileceği veya değiştirilebileceği düzenlemesinden hareketle kademeli hukuk seçimi mümkündür ve alt yüklenicilik sözleşmelerinde de böyle bir hukuk seçimi söz konusu olabilir. Bunun için şöyle bir örnek verilebilir. Yine alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinin imzalanmasından önce yapıldığını varsayalım. Alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesinin aynı hukuka tabi kılınması alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ilişkinin ve asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkinin benzer kurallara tabi olması ve asıl yüklenicinin alt

³¹⁹ Demir Gökyayla, s. 298.

³²⁰ Albert Venn Dicey/John Humphrey Carlile Morris/Lord Collins of Mapesbury, **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws**, Londra: Sweet&Maxwell, 2006, s. 1571.

³²¹ YHGK., 7.6.1989 T., 10-316/411 (Demir Gökyayla, s. 299; Ata Sakmar/Nuray Ekşi/İlhan Yılmaz, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001, s. 146-150).

³²² *Dubai Electricity Co v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines, The Iran Vojdan*, 1984, 2 Lloyd's Rep 380 (Karar için ayrıca bkz. Demirkol, s. 150).

yükleniciye rücuda bulunabilmesi için önemlidir. İki sözleşmenin aynı hukuka tabi kılınması sırt sırta ("*back to back*") sözleşmelerde daha da önem taşımaktadır. Ancak, alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılması halinde taraflar asıl yüklenicilik sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağını henüz bilmedikleri için iki sözleşmeyi aynı hukuka tabi kılmakta zorlanacaklardır. İşte böyle bir durumda, alt yüklenicilik sözleşmesinde kademeli hukuk seçimi yapılarak asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olabileceği hukuka ilişkin olasılıkların her birine göre ayrı ayrı hukuk seçimi yapılabilir. Örneğin, "*asıl yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukukun Azerbaycan Hukuku olması halinde Azerbaycan Hukuku, Türk Hukuku olması halinde Türk Hukuku uygulanacaktır*" denilerek kademeli bir hukuk seçimi yapılabilir.

c. Olumsuz Hukuk Seçimi

Tarafların, aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanmasını istedikleri hukuk yerine, uygulanmamasını istedikleri hukuku belirlemeleri de mümkündür. Buna olumsuz hukuk seçimi denilmektedir³²³. Böylece, taraflar aralarındaki hukuki ilişkiye bazı hukukların uygulanma ihtimalini bertaraf etmektedirler.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde de olumsuz hukuk seçimi yapılmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır.

Olumsuz hukuk seçimi konusunda tartışmalı bir konu, kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla tespit edilen hukukun taraflarca bertaraf edilen hukuk olması halinde hangi hukukun uygulanacağıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, bu konuda devlet mahkemeleri önündeki yargılamalar ve tahkim yargılamaları açısından ayırım yapılmalıdır. Tahkim yargılamasında hakemler herhangi bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olmadıkları için, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili hukukun taraflarca bertaraf edilen hukuk olması halinde tarafların iradesini esas almalı ve bu hukuku uygulamamalıdır. Devlet mahkemeleri ise *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı oldukları için, tarafların iradesine aykırı olsa bile kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuku uygulamalıdır³²⁴.

³²³ Demir Gökyayla, s. 299.

³²⁴ Demir Gökyayla, s. 299-300.

Biz, devlet mahkemelerinin böyle bir durumda nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda farklı bir görüşüyoruz. Kanaatimizce, devlet mahkemeleri de, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk taraflarca bertaraf edilen hukuk olduğu takdirde, tarafların iradesini esas almalı ve bu hukuku uygulamamalıdır. Bu görüşümüzün gerekçesi MÖHUK'un 24/4 hükmüne dayanmaktadır. Söz konusu maddeye göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacaktır. MÖHUK m. 24/4'te bu kural belirtildikten sonra sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespit edilmesini kolaylaştırmak amacıyla bazı kriterler ortaya konmaktadır. Ancak maddenin son cümlesinde, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin o hukuka tabi olacağı belirtilmektedir. Başka bir deyişle, MÖHUK m. 24/4'ün amacı sözleşmeyle en sıkı irtibatı bulunan hukukun tespit edilmesidir. Kanaatimizce, olumsuz hukuk seçimi yoluyla taraflarca bertaraf edilen bir hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olması mümkün değildir. Zira taraf iradeleri o hukuku açıkça bertaraf ederek, o hukukun sözleşmeyle tüm ilişkisini koparmaktadır. Bu nedenle, devlet mahkemelerinde de böyle bir durumda taraf iradelerinin esas alınması ve taraflarca bertaraf edilen hukukun uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Devlet mahkemeleri kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun taraflarca bertaraf edilmiş olması halinde, MÖHUK m. 24/4'te belirtilen kriterler dışında bazı kriterler kullanarak sözleşmeyle en sıkı irtibatı bulunan hukuku belirlemeli ve o hukuku uygulamalıdır.

d. Kısmi Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 24/2 uyarınca taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Roma I Tüzüğü'nün 3/1 maddesinde de tarafların aralarındaki sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak hukuku seçebilecekleri ifade edilerek kısmi hukuk seçimi düzenlenmiştir. Kısmi hukuk seçimiyle taraflar sözleşmenin farklı bölümlerini farklı hukuklara tabi kılmaktadır.

Eski MÖHUK'ta kısmi hukuk seçiminin düzenlenmemiş olması dikkat çekmektedir. Bu anlamda m. 24/2'deki düzenleme ilk bakışta 5718 sayılı MÖHUK'un getirdiği yeniliklerden biri olarak görülmektedir. Bununla birlikte, İsviçre'de Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da kısmi hukuk seçimine izin veren bir düzenleme olmamakla birlikte, bu durumdan kısmi hukuk seçiminin mümkün

olmadığı sonucunun çıkarılmamasının gerektiği ifade edilmektedir. Zira, eğer bir hukuk sisteminde hukuk seçimi mümkünse, tarafların irade serbestisinin bir parçası olan kısmi hukuk seçimi de evleviyetle mümkün olmalıdır³²⁵. Benzer bir yorumun eski MÖHUK açısından da mümkün olduğu gözetildiğinde, kısmi hukuk seçiminin aslında eski MÖHUK döneminde de mümkün olduğu, ancak 5718 sayılı MÖHUK’la bunun açıkça ifade edilerek netlik kazandığı söylenebilir.

Tamamen hukuk tekniği açısından bakıldığında, kısmi hukuk seçiminin zımni bir şekilde yapılması da mümkündür³²⁶. Bunun önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, kanaatimizce zımni kısmi hukuk seçimi yapıldığının ileri sürülmesi ve kanıtlanabilmesi uygulamada oldukça zordur³²⁷. Bunun için her iki tarafın da sözleşmeyi uygulanacak hukuk açısından parçalara ayırma iradesinde olduğunun gösterilmesi gerekir. Aşağıda açıklayacağımız üzere, zımni hukuk seçimi yapıldığı sonucuna ulaşılması hukuk seçimi açısından sözleşmenin parçalara ayrılmadığı durumlarda dahi oldukça zorken, kısmi hukuk seçiminin zımni bir şekilde yapıldığının gösterilebilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Bu konunun somut olaya göre dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir.

Kısmi hukuk seçimi açısından karşılaşılabilecek bir sorun, sözleşmenin bir bölümü için kısmi hukuk seçimi yapılması, ancak kalan bölümü için başka bir hukuk seçimi yapılmaması halinde hukuk seçimi yapılmayan bölüme uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğidir. Kanaatimizce, bu durumda kısmi hukuk seçimi sözleşmenin kalanına da uygulanamaz. Sözleşmenin kalan kısmına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/4 çerçevesinde tespit edilmelidir³²⁸.

Her iki tarafın borçlarının ayrı hukuklara tabi kılınması bir kısmi hukuk seçimi örneği olarak gösterilebilir. Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından değerlendirme yapıldığında, özellikle “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” ve “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddelerinin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmaması için sözleşmenin diğer hükümlerine uygulanacak hukuktan farklı bir hukuka tabi kılınması düşünülebilir. Çalışmamızın birinci bölümünde detaylı açıklamalara yer verdiğimiz üzere, “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” ve “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*”

³²⁵ Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 9, S. 2, 1989, s. 107-108.

³²⁶ Demir Gökyayla, s. 304; Demirkol, s. 193.

³²⁷ Bkz. Demirkol, s. 193.

³²⁸ Aynı yönde bkz. Demir Gökyayla, s. 304; Demirkol, s. 196-197.

maddeleri uluslararası inşaat projeleri kapsamında yapılan alt yüklenicilik sözleşmelerinin neredeyse olağan hükümleri haline gelmiştir. Alt yükleniciler büyük projelere dahil olabilmek adına sözleşmelerde öngörülen bu maddeleri de kabul etmektedirler³²⁹. Bununla birlikte, bu tür maddelerin geçerlilikleriyle ilgili tereddütler bulunmaktadır. Bazı hukuk sistemleri “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddelerini öncelikle “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddesi olarak yorumlamaya çalışmakta³³⁰, böyle bir yorum mümkün olmadığı takdirde ise bu tür maddeleri kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle geçersiz addetmektedir³³¹. Amerikan Hukuku bunun bir örneğini teşkil etmektedir. Amerikan hukukunda son dönemde yaşanan gelişmeler sadece “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddelerinin değil, “*pay-when-paid (ödendiğinde öde)*” maddelerinin de geçerli olabilmesi için belli şartların arandığını göstermektedir³³². Bu nedenle, bu tür maddelerin geçerliliğiyle ilgili bir sorun yaşanmaması arzu ediliyorsa alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları buna uygun bir hukuk seçimi yaparak bu maddeleri sözleşmenin diğer hükümlerinin tabi olduğu hukuktan başka bir hukuka tabi kılabilirler.

Bir sözleşmede kısmi hukuk seçimi yapılması büyük titizlik gerektirmektedir. Zira, kısmi hukuk seçimi yapılması yoluyla hukuk seçiminin parçalanması³³³ sözleşmenin bütünlüğünü bozabilir, sözleşme içinde çelişen hükümlere veya bir boşluğun oluşmasına yol açabilir. Gerektirdiği bu titizlik nedeniyle kısmi hukuk seçimine uygulamada oldukça az rastlanmaktadır³³⁴. Örneğin, sözleşmenin birbirinden ayrılamayan kısımları için kısmi hukuk seçimi yapılarak bu kısımların farklı hukuklara tabi kılınması sözleşmenin bütünlüğünü bozacaktır.

³²⁹ Kerman, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, s. 161.

³³⁰ Tennessee Yüksek Mahkemesi’nin 1996 tarihli *Koch v. Construction Technology Inc.* kararı, 924 S.W.2d 68; Ohio Yüksek Mahkemesi’nin 1991 tarihli *Power & Pollution Svcs. v. Suburban Piping* kararı, 74 Ohio App.3d 89, 598 N.E.2d 69; Florida Yüksek Mahkemesi’nin 1990 tarihli *OBS Co., Inc. v. Pace Const. Corp.* kararı, 558 So. 2d 404; Louisiana Yüksek Mahkemesi’nin 1987 tarihli *Southern States Masonry v. J.A. Jones Construction* kararı, 507 So. 2d 198; Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1962 tarihli *Thos. J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.* kararı, 303 F.2d 655; Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 1972 tarihli *Yamanishi v. Bleily & Collishaw, Inc.* kararı, 29 Cal. App. 3d 457; Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 1969 tarihli *Rubin v. Fuchs* kararı, 1 Cal. 3d 50; Kirksey, s. 40-46.

³³¹ Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 1997 tarihli *William R. Clarke Corp. v. Safeco. Ins. Co.* kararı, 15 Cal. 4th 882, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 938 P.2d 372; New York Yüksek Mahkemesi’nin 1995 tarihli *West Fair Electric Contractors v. Aetna Casualty & Surety Co.* kararı, 87 N.Y.2d 148, 638 N.Y.S.2d 394, 661 N.E.2d 967.

³³² Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 2018 tarihli *Crosno Construction, Inc. v. Travelers Casualty and Surety Company of America* kararı, WL 4183622, Cal.App. 4 Dist.

³³³ Bu terimin Fransızca’daki karşılığı “*dépeçage*” kelimesidir.

³³⁴ Tarman, s. 151.

Doktrinde, kısmi hukuk seçimi yapılması yoluyla hukuk seçiminin parçalanması, sözleşmenin bütünlüğünü bozduğu, sözleşme içinde çelişen hükümlere veya bir boşluğun oluşmasına yol açtığı takdirde kısmi hukuk seçiminin dikkate alınmaması gerektiği savunulmaktadır³³⁵. Kanaatimizce, irade serbestisinin milletlerarası özel hukuktaki görünümlerinden biri olan kısmi hukuk seçiminin böyle sonuçlar yaratması halinde geçersiz kabul edilmesi oldukça ağır bir yaptırım olabilir ve taraflar arasındaki dengeyi bir taraf lehine bozabilir. Bu nedenle, bu tür durumlarda kısmi hukuk seçimi geçersiz sayılmamalıdır. Tarafların kısmi hukuk seçimi yaparken büyük bir titizlikle hareket etmeleri de işte bu yüzden gerekmektedir.

e. Açık Hukuk Seçimi

MÖHUK m. 24/1'e göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. Roma I Tüzüğü'nün 3/1 maddesinde de aynı ifade yer almaktadır.

Bu maddeler doğrultusunda, hukuk seçimi konusunda öncelikle tarafların açık irade beyanları aranmaktadır. Açık irade beyanından kasıt hukuk seçiminin yazılı bir şekilde yapılması değildir. Hukuk seçimi sözlü olarak da yapılabilir ve sözlü olarak yapılan bir hukuk seçimi de açık hukuk seçimi niteliğinde olabilir³³⁶.

Açık hukuk seçiminden anlaşılması gereken, tarafların açık, açıklanmaya veya yorumlanmaya ihtiyaç duymayan, anlaşılır ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde irade açıklamasında bulunmuş olmalarıdır³³⁷. Tarafların seçtikleri hukukun ve bu hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacağının açıkça anlaşılıyor olması gerekir. Ayrıca, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak kurallarla ilgili belirlemesinin “*incorporation*” değil hukuk seçimi niteliğinde olduğunun da açık olması gerekir³³⁸.

Açık hukuk seçiminin her sözleşmede olduğu gibi alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından da en çok görülen örneği tarafların aralarındaki sözleşmede “*İşbu alt*

³³⁵ Tarman, s. 151; Demir Gökyayla, s. 303.

³³⁶ Nomer, s. 326; Demir Gökyayla, s. 321; Demirkol, s. 140-141.

³³⁷ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 185; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 139; Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 143; Nomer, s. 326; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, s.127; Demir Gökyayla, s. 321.

³³⁸ Demirkol, s. 142.

yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukuk X hukukudur” şeklinde bir maddeye yer vererek bir milli hukuku aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlemeleridir.

Doktrinde, genel işlem koşulları arasında veya tarafların “*incorporation*” yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesine dahil ettikleri başka bir sözleşmede hukuk seçimi yer aldığı açıkça anlaşılıyorsa, bu hukuk seçiminin taraflar arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da bir hukuk seçimi teşkil edeceği ve bunun açık bir hukuk seçimi olacağı ifade edilmektedir³³⁹. Böyle bir durumun alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da hukuk seçimi teşkil edebileceğine katılmakla birlikte bunun her durumda açık bir hukuk seçimi olacağına katılmıyoruz. Zımni hukuk seçimiyle ilgili açıklamalarımız arasında yer vereceğimiz üzere, asıl yüklenicilik sözleşmesinin hukuk seçimi maddesine özel bir yollama söz konusuysa bu durum alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da açık bir hukuk seçimi olarak görülebilecekken, asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir yollama yapılması durumunda alt yüklenicilik sözleşmesi açısından olsa olsa zımni hukuk seçimi yapıldığına dair bir emare teşkil edebilir.

MÖHUK m. 24/3 ve Roma I Tüzüğü m. 3/2 doğrultusunda taraflar yargılama esnası da dahil olmak üzere her zaman açık hukuk seçimi yapabilir veya daha önce yaptıkları seçimi değiştirebilirler.

Açık hukuk seçimi konusunda tartışmalı bir konu, uygulanacak hukuk olarak kendi içinde birden çok hukuk sistemi olan devletlerin hukukunun seçilmesidir. Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesinde “İşbu sözleşmeye uygulanacak hukuk Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’dur.” Şeklinde bir kayda yer verildiği takdirde Amerika Birleşik Devletleri’ndeki hangi eyaletin hukuku uygulanacaktır veya söz konusu hukuk seçimi kaydı geçersiz mi olacaktır? Bu konuda doktrinde bir görüş bu tür kayıtların geçersiz olması gerektiğini, bir diğer görüş ise bu tür kayıtlarda öncelikle hangi eyalet hukukunun seçildiğinin yorum yoluyla araştırılması gerektiğini, yorum yoluyla bir sonuca ulaşılamadığı takdirde hukuk seçiminin geçersizliğine karar verilebileceğini savunmaktadır³⁴⁰. Kanaatimizce, irade serbestisinin Milletlerarası Özel Hukuk’taki görünümü niteliğinde olan hukuk seçiminin tüm yollar tüketilmeden

³³⁹ Demir Gökyayla, s. 321; Demirkol, s. 143.

³⁴⁰ Bu görüşler için bkz. Demir Gökyayla, s. 322.

geçersiz olduğuna karar verilmemesi gerekir. Öncelikle tarafların gerçek ve ortak iradeleri, o hukuk seçimiyle murat ettikleri sonuç araştırılmalıdır.

f. Zımnî Hukuk Seçimi

aa. Genel Olarak

MÖHUK m. 24/1’de öncelikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabi olacağı belirtildikten sonra, ikinci cümlede sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminin de geçerli olacağı ifade edilmektedir. Roma I Tüzüğü m. 3/1’de de bu şekilde bir düzenleme yer almaktadır.

MÖHUK m. 24/1’in ikinci cümlesinde ifade edilen hukuk seçimi zımnî hukuk seçimidir. Zımnî hukuk seçimi eski MÖHUK’ta yer almayıp, 5718 sayılı MÖHUK’un getirdiği yeniliklerden biri olmuştur.

Zımnî hukuk seçimi İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1955 tarihli bir kararında şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Tarafların karşılıklı uygun irade açıklaması bulunuyorsa, bu irade açıklamasından tereddüde yer vermeyecek şekilde, iki tarafça da sözleşmeye tek ve aynı hukukun uygulanmasının istendiği sonucu çıkarılabiliyorsa, zımnî hukuk seçimi vardır.”*³⁴¹

Zımnî hukuk seçimi, kanunkoyucunun, tarafların irade serbestisinin Milletlerarası Özel Hukuk’taki yansıması olan hukuk seçimini bir şekilde geçerli kılabilmek için alternatif bir yol öngördüğünün göstergesidir. Böylece, açık hukuk seçimi olmayan hallerde hukuk seçimi hemen geçersiz olmayacak, öncelikle zımnî bir hukuk seçiminin olup olmadığı araştırılacaktır.

MÖHUK m. 24/3 ve Roma I Tüzüğü m. 3/2 doğrultusunda, açık hukuk seçiminde olduğu gibi, taraflar yargılama esnası da dahil olmak üzere her zaman zımnî hukuk seçimi yapabilir veya daha önce yaptıkları seçimi değiştirebilirler.

MÖHUK m. 24/1 ve Roma I Tüzüğü m. 3/1’e göre zımnî hukuk seçiminin üç unsuru bulunmaktadır. İlk unsur, tarafların hukuk seçimi yönündeki iradeleridir. İkinci unsur, tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin sözleşmenin hükümlerinden

³⁴¹ BGE 81 II s. 176 (Bkz. Demir Gökyayla, s. 322-323).

veya halin şartlarından anlaşılmasıdır. Üçüncü unsur ise, tarafların bu iradesinin tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmasıdır³⁴².

Kanaatimizce, üçüncü unsur bu unsurların en önemlisidir. Zimni hukuk seçimi yapıldığına ancak ve ancak tarafların gerçek iradesinin bu yönde olduğunun anlaşılması, bu konuda en ufak bir tereddüt veya kuşku olmaması halinde karar verilebilir³⁴³. Her ne kadar MÖHUK m. 24/1’de “*sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen*” ifadesine yer verilmiş olsa da, bu ifadedeki “veya” bağlacından hukuk seçiminin ya sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından anlaşılabilceği sonucu çıkarılmamalıdır. Doktrinde, zimni hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için hukuk seçimi iradesinin hem sözleşme hükümlerinden hem de halin şartlarından anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir³⁴⁴. Üstelik bu durum ortada herhangi bir tereddüt kalmayacak şekilde anlaşılabilir olmalıdır. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira, açık hukuk seçiminde olduğu gibi zimni hukuk seçiminde de tespit edilmesi gereken, tarafların gerçek ve ortak iradesidir. Tarafların farazi iradesinin tespit edilmesi yeterli değildir. Başka bir deyişle, açık veya zimni hukuk seçimi yapmamış tarafların, hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçeceklerinin anlaşılabilir olması hukuk seçimi açısından herhangi bir değer taşımaz³⁴⁵. Gerçek ve ortak iradenin hukuk seçimi olduğu yönündeki bir tespitin sözleşme hükümlerinden yola çıkılarak hiçbir şekilde yapılamayıp sadece halin şartlarına dayanılarak yapılması mümkün değildir.

Doktrinde, uygulamada farklılıklara yol açacağı, belirsizlik ve istikrarsızlığa neden olabileceği gerekçesiyle zimni hukuk seçimine etki tanınmaması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır³⁴⁶. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.

³⁴² Bu unsurlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demirkol, s. 153-157.

³⁴³ Richard Fentiman, **International Commercial Litigation**, İngiltere: Oxford University Press, 2015, s. 195.

³⁴⁴ Jonathan Hill, “Choice of Law in Contract Under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 53, S. 2, 2004, s. 327-328.

³⁴⁵ Tarafların farazi iradesinin tespit edilmesi, yani açık veya zimni hukuk seçimi yapmamış tarafların hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçeceklerinin anlaşılabilir olması hukuk seçimi açısından herhangi bir değer taşımamakla birlikte, doktrinde, tarafların farazi iradelerinin taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda sözleşme ile en sıkı irtibat halinde olan hukukun tespit edilmesinde kullanılabilecek kriterlerden biri olduğu ifade edilmektedir. (Mario Giuliano/Paul Lagarde, “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Official Journal of the European Communities**, C. 282, 1980, s. 19. Farazi iradeyle ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. Çilingiroğlu, s. 110-111). Taraflarca hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda alt yüklenicilik sözleşmelerine uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalarımıza yer vereceğimiz bölümde tekrar belirteceğimiz üzere biz de bu görüşe katılıyoruz.

³⁴⁶ Ekşi, “Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 117.

Kanaatimizce, zımni hukuk seçiminin bu üç unsurunun var olup olmadığı titiz bir şekilde incelendiği ve sadece tarafların hukuk seçimi yaptıkları konusunda hiçbir tereddüt bulunmayan hallerde zımni hukuk seçiminin mevcudiyetine karar verildiği takdirde, zımni hukuk seçiminin uygulamada farklılıklara yol açması veya belirsizlik ve istikrarsızlığa neden olması mümkün değildir.

bb. Zımni Bir Hukuk Seçimi Yapıldığına İlişkin Emarelerin Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Açısından Değerlendirilmesi

Zımni hukuk seçiminin üç unsuru, taraflarca bu tür bir hukuk seçimi yapıldığına ancak ve ancak tarafların gerçek iradesinin bu yönde olduğunun anlaşılması ve bu konuda en ufak bir tereddüt veya kuşku olmaması halinde karar verilebileceğini göstermektedir. O halde taraflarca zımni hukuk seçimi yapıldığını gösteren birtakım emareler olabilir. Ancak bu emareler genellikle tek başlarına zımni hukuk seçimi yapıldığını tereddütsüz bir biçimde ortaya koyamaz. Bununla birlikte birden çok emarenin bir arada bulunması, zımni hukuk seçimi yapıldığını gösterebilir. Bu bölümde, alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından tek başlarına zımni hukuk seçimi yapıldığını göstermeye yetmeyen, ancak bir araya geldiklerinde bu güçte olabilecek birtakım emareleri ortaya koyacak ve bunlara ilişkin açıklamalara yer vereceğiz.

aaa. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Yetkili Mahkemenin Seçilmesi veya Tahkim Sözleşmesi Yapılması

Doktrinde, taraflarca bir yetki sözleşmesi yapılarak aralarındaki sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde yetkili mahkemenin seçilmesi, seçimlik birden çok mahkeme kararlaştırılmadığı takdirde, bu yetkili mahkemenin hukukuna yönelik zımni bir hukuk seçimi yapıldığı konusunda bir emare olarak kabul edilmektedir³⁴⁷. Zira, taraflar bir mahkemenin en iyi kendi hukukunu uygulayacağı düşüncesiyle hareket ederek yetkili mahkeme seçimiyle uygulanacak hukuku da seçmeyi murat etmiş olabilirler³⁴⁸. Aynı düşünce, bir tahkim yeri seçilerek tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı yapılması durumunda da geçerlidir³⁴⁹.

³⁴⁷ Bernard Dutoit/François Knoepfler/Pierre Lalive/Pierre Mercier, **Répertoire de Droit International Privé Suisse**, C. I, Bern: Staempfli, 1982, s. 32; Mayer, s. 474; Knoepfler/Schweizer, s. 218; Bernard Audit, **Droit International Privé**, Paris: Economica, 1997, s. 658; Giuliano/Lagarde, s. 16; Nihal Uluocak, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 141; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 402; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 284; Demir Gökyayla, s. 325-328; Demirkol, s. 186. Aksi görüş için bkz. Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 325.

³⁴⁸ Mayer, s. 474; Audit, s. 658.

³⁴⁹ Audit, s. 658-659; Knoepfler/Schweizer, s. 218.

Bazı yazarlar yetki sözleşmesinin zımni hukuk seçimini tek başına gösterebileceğini ifade etmektedir³⁵⁰. Ancak, doktrinde hakim olan görüş, yetkili mahkemenin seçilmiş olmasının tek başına zımni hukuk seçimi yapıldığını gösteremeyeceği yönündedir³⁵¹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da önceleri -özellikle altmışlı yıllarda verilen kararlarda- yetki sözleşmesi yapılmasının tek başına o mahkemenin hukukunun da seçildiği anlamına geldiği belirtilirken, Federal Mahkeme sonraları bu görüşten ayrılmış ve zımni hukuk seçimi yapıldığına karar vermek için yetki sözleşmesi yanında başka emarelerin de varlığını aramaya başlamıştır³⁵². Bir tahkim yeri seçilerek tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı yapılması durumunda da bunun tek başına zımni hukuk seçimi yapıldığını göstermeyeceği doktrinde ifade edilmektedir³⁵³.

Kanaatimizce de, yetki sözleşmesi yapılması veya bir tahkim yeri seçilerek tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı yapılması, tarafların zımni hukuk seçimi de yaptığı yönünde bir emare olarak değerlendirilebilecek olmakla birlikte, zımni hukuk seçimi yapıldığına karar verilebilmesi için somut olayda bu yönde başka emarelerin de bulunması gerekir. Zira, zımni hukuk seçiminin en önemli unsuru olan üçüncü unsura göre, taraflarca zımni hukuk seçimi yapıldığına ancak ve ancak tarafların gerçek iradesinin bu yönde olduğu konusunda en ufak bir tereddüt veya kuşku olmaması halinde mümkündür. Ayrıca, zımni hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için hukuk seçimi iradesinin hem sözleşme hükümlerinden hem de halin şartlarından anlaşılması gerekir.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının aralarındaki sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar konusunda yetkili olacak devlet mahkemesini belirlemeleri, tarafların bu şekilde aynı zamanda hukuk seçimi de yapıp yapmadığı konusundaki tereddütleri tamamen ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olacak mahkemelerin seçilmesi her zaman bu mahkemelerin uyuşmazlığı çözerken kendi hukuklarını uygulamasının arzu edildiğini göstermez. Yetkili mahkemenin seçilmesi ile hukuk seçimi birbirinden tamamen ayrı konulardır.

³⁵⁰ Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 101 vd.

³⁵¹ Mayer, s. 474; Knoepfler/Schweizer, s. 219; Giuliano/Lagarde, s. 16; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 402; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 284; Demir Gökyayla, s. 326; Tarman, s. 149; Demirkol, s. 186.

³⁵² Turgut Turhan, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu’nda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S. 1-4, 1991, s. 125.

³⁵³ Audit, s. 658-659; Knoepfler/Schweizer, s. 218.

Taraflar yetkili mahkemeyi seçerken o uyuşmazlığı en adil biçimde çözeceğini düşündükleri devlet mahkemesini seçerler. Ancak, taraflar seçtikleri devlet mahkemesinin uyuşmazlığı çözerken herhangi bir hukuku uygulamasını istemiş olabilirler.

Tarafların bir tahkim yeri seçerek tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı yapmış olmaları durumu da tek başına tahkim yeri hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçildiğini göstermez. Hakem kararının sonradan iptal edilmesinin önüne geçilebilmesi için, ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda mutlaka uygulanacak olan sadece tahkim yeri hukukunun emredici usûl kurallarıdır. Emredici usûl kurallarına riayet edilmesi gerekmeyle birlikte uyuşmazlık herhangi bir hukuka göre çözümlenebilir.

Kanaatimizce, alt yüklenicilik sözleşmelerinde yetki sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi/tahkim şartının yanında mevcut olabilecek hangi ek emarelerin zımni hukuk seçimi yapıldığını göstereceği konusunda bir yargıya varmak doğru olmayacaktır. Her somut olay kendi içinde, kendi şartları dikkate alınarak değerlendirilmeli, emarelerin birleşmesiyle birlikte hukuk seçimi yapıp yapılmadığı yönündeki tüm tereddütler ortadan kalkıyorsa, zımni hukuk seçiminin mevcut olduğuna hükmedilmelidir.

bbb. Tarafların Yargılamadaki Davranışları

Uygulamada, yabancılık unsuru taşıyan birçok uyuşmazlıkta davacıların iddialarıyla taleplerini belli bir hukuka göre şekillendirdikleri, davalıların da savunmalarını bu hukuka göre yaptıkları görülmektedir. Doktrinde bazı yazarlar davacının böyle bir davranışı karşısında davalının da susmayarak davacının dayandığı hukuka göre savunmalarını oluşturması durumunda, böyle bir davranışın zımni hukuk seçimi teşkil edeceğini ileri sürmektedir³⁵⁴. Bir diğer görüşe göre ise, tarafların bu tür bir davranışı zımni hukuk seçiminin kabulü için yeterli olmayıp, ancak ve ancak başka emarelerin de buna eklenmesi ve tüm tereddütlerin ortadan kalkmasıyla zımni hukuk seçiminin mevcudiyetine hükmedilebilecektir³⁵⁵.

Biz de ikinci görüşe katılıyoruz. Kanaatimizce, taraflar iddia ve savunmalarında karşılıklı olarak belli bir hukuka dayanabilirler, ancak bu durum tek başına taraflarca zımni hukuk seçimi yapıldığını göstermez. Zira, davalı savunmalarını

³⁵⁴ Bu yazarlar için bkz. Demirkol, s. 167, dipnot 484.

³⁵⁵ Frank Vischer, **Droit International Privé**, Fribourg: Editions Universitaires, 1974, s. 177; Dutoit/Knoepfler/Lalive/Mercier, s. 32; Nomer, s. 329; Demir Gökyayla, s. 334; Demirkol, s. 167-168.

sadece davacının iddialarını cevapsız bırakmamak için o hukuka dayandırmış olabilir³⁵⁶. Ayrıca taraflar uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerdiğinin, dolayısıyla çözülmesi gereken bir kanunlar ihtilafı problemi olduğunun farkında da olmayabilirler. Zımni hukuk seçimi yapıldığı sonucuna ancak ve ancak tarafların gerçek ve ortak iradesinin bu yönde olduğu konusunda en ufak bir tereddüt veya kuşku olmaması halinde ulaşılabilecekken, davalının iradesinin hukuk seçimine yöneldiğinin tereddütsüz bir şekilde kabul edilmesi mümkün değildir. O halde, zımni hukuk seçimi yapıldığı sonucuna ulaşılabilmesi için bunu destekleyen ek emarelerin de bulunması ve bütün bu emarelerin bir araya gelerek, tarafların hukuk seçimi yaptıkları yolundaki tereddütleri ortadan kaldırması gerekir.

Hakim veya hakem, önüne gelen alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıkta salt tarafların iddia ve savunmalarını tek bir hukuka dayandırmış olmalarına dayanarak taraflarca bir zımni hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varmamalı, kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak veya uyuşmazlıkla en sıkı bağlantılı hukuku tespit ederek, uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını tespit etmelidir. Uygulanacak hukukun ne olacağı taraf dilekçelerinde hiçbir şekilde gündeme getirilmemiş olsa dahi uygulanacak hukuk hakim veya hakem tarafından re'sen araştırılmalı ve tespit edilmelidir³⁵⁷. Açık bir hukuk seçimi bulunmuyorsa ve uygulanacak hukuk problemi taraflarca dile getirilmiyorsa, hakim bu sorunu kendiliğinden değerlendirmeli, bu değerlendirme sırasında gerekirse bu konuyu taraflara sorarak görüşlerini almalıdır³⁵⁸. Tarafların yargılama sırasındaki davranışları vesilesiyle bir zımni hukuk seçimi yapıp yapmadıklarının anlaşılması için en doğru yol taraflara hangi hukukun uygulanmasını istediklerinin sorulması olacaktır. Bu, hakimin ve hakemin aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Nitekim, Türk Hukuku'nda MÖHUK'un m. 2/1 hükmüne göre, hakim Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacaktır.

Bununla birlikte, eğer davacı dilekçesinde taraflar arasında açık veya zımni hukuk seçimi olduğu iddiasında bulunuyor ve davalı da dilekçesinde bu iddiayı kabul ediyorsa, bu durum taraflarca daha önceden veya dava sırasında bir hukuk seçimi yapıldığını gösterir.

³⁵⁶ Demirkol, s. 168.

³⁵⁷ Demir Gökyayla, s. 334; Demirkol, s. 169.

³⁵⁸ Demir Gökyayla, s. 334.

ccc. İfa Yeri ve Sözleşmenin Kurulduğu Yer

Doktrinde bazı yazarlar, sözleşmelerde taraflarca ortak bir ifa yerinin kararlaştırıldığı durumlarda da, zayıf da olsa taraflarca zımni hukuk seçimi yapıldığı yönünde bir emare olduğu görüşündedir. Ortak bir ifa yerinin kararlaştırılmış olması zayıf bir emare olarak görüldüğünden, ancak başka emarelerle bir araya geldiği takdirde zımni hukuk seçiminin mevcudiyetine karar verilebileceği ifade edilmektedir³⁵⁹.

Konu yabancılık unsuru taşıyan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde, kanaatimizce bir alt yüklenicilik sözleşmesinde taraflarca ortak bir ifa yerinin kararlaştırılması ne zayıf ne de güçlü bir emare teşkil eder. Zira inşaat projelerinde alt yüklenicilik sözleşmelerinde kararlaştırılan ifa yeri asıl yüklenicilik sözleşmesinin konusu olan projenin gerçekleştirileceği yer olmaktadır. Başka bir deyişle, ifa yerinin belirlenmesinde alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının iradesi değil, gerçekleştirilecek proje belirleyicidir.

Yine bazı yazarlara göre, sözleşmelerin kurulduğu yer de, eğer tesadüfi bir yer söz konusu değilse, zımni hukuk seçimi emaresi olarak görülebilir³⁶⁰. Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından biz de bu görüşe katılıyoruz. Ancak, sözleşmenin imzalandığı yerin tesadüfi olmaması için, tarafların gerçekten sözleşmeye bu yer hukukunun uygulanmasını sağlamak amacıyla imzayı orada attıklarında hiçbir tereddüt olmamalıdır, ki uygulamada böyle bir durumla karşılaşmak zordur.

Ayrıca, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde sözleşmenin imzalandığı yerden ne anlaşılması gerektiğinde de tam bir netlik yoktur. Sözleşmenin imzalandığı yer, başka bir deyişle işlemin yapıldığı yer kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespiti özellikle hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde zorluk arz eder. Bu konuda “kabul beyanının açıklandığı yer”, “kabul beyanının gönderildiği yer”, “kabul beyanının ulaştığı yer”, “kabul beyanının öğrenildiği yer”, “her iki tarafın iradelerini açıkladığı yerin birlikte uygulanması” veya “her bir tarafın irade beyanına kendi beyanını açıkladığı yer” gibi teklifler mevcuttur³⁶¹. Bu tekliflerden herhangi biri kabul edilse ve konu netlik kazansa dahi, iki imza yerini bire indirmek için uygulanacak bir kuralla belirlenen imza yerinin tarafların hukuk seçimine dair zımni bir iradesinin

³⁵⁹ Demir Gökyayla, s. 334.

³⁶⁰ Demir Gökyayla, s. 334.

³⁶¹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 50, dipnot 98.

olduğunu gösterdiği söylenemez. Günümüz teknolojisinde ticaret hayatında yabancı unsurlu bir alt yüklenicilik sözleşmesi genellikle hazır olmayanlar arasında, yani taraflar fiziken bir araya gelmeden imzalanmaktadır. Örneğin bir Türk firması olan asıl yükleniciyle, bir Libya firması olan alt yüklenici arasındaki sözleşmede taraflardan her biri imzasını kendi ülkesinde attığı takdirde sözleşmenin imzalandığı ortak bir yer söz konusu olmayıp, bu durumda sözleşmenin imzalandığı yerin zımni hukuk seçimini gösteren bir emare olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

ddd. Sözleşmenin Belli Bir Hukuka İstinaden Kaleme Alınmış Olması

Tarafların aralarındaki alt yüklenicilik sözleşmesinde sadece belli bir hukuk sisteminde yer alan bir kavramı, belli bir hukukun hükümlerini veya yine belli bir hukuk sisteminde yer alan sözleşme şartlarını kullanmalarının zımni hukuk seçimi olarak kabul edilmesi mümkündür³⁶². Ancak, bu durum da çoğu halde zımni hukuk seçimi yapıldığını tek başına gösteremeyecek, bunun yanında başka emarelerin de mevcut olmasına ihtiyaç duyulacaktır³⁶³.

Bir kavramın veya bir sözleşme şartının sadece belli bir hukuk sistemine ait olup olmadığının değerlendirilmesi oldukça zordur ve bu değerlendirmenin tek bir hukuk sistemini göstermesi ihtimali oldukça azdır. Zira, milli hukukların yıllar içinde birbirinden etkilenmesinin sonucu olarak, birçok kavram ve sözleşme hükmü aslında birçok milli hukuka ait olabilmektedir.

Örneğin, doktrinde tarafların zımni hukuk seçimi yaptığını gösterebileceği belirtilen en belirgin örnek taraflar arasındaki sözleşmede Müşterek Hukuk'taki *Trust* kavramına yer verilmiş olmasıdır³⁶⁴. Ancak, *Trust* kavramının hem İngiliz Hukuku'na hem de Amerikan Hukuku'na ait olan bir kavram olması nedeniyle bu tür bir kullanım tek başına bu hukuklardan hangisinin seçildiğini göstermeye yeterli değildir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de önüne gelen bir uyuşmazlıkta aynı yönde görüş belirtmiş ve İngiliz Hukuku'nun seçildiğine ilişkin zımni bir hukuk seçimi olduğu iddiasını reddetmiştir³⁶⁵.

Taraflar sözleşmede belli bir milli hukukun bazı hükümlerine atıf yapmışlarsa, bu durumun sözleşmenin diğer hükümlerini de kapsayıp kapsamayacağı da ayrıca

³⁶² Knoepfler/Schweizer, s. 218; Audit, s. 657-658; Mayer, s. 473; Nomer, s. 327.

³⁶³ Vischer, s. 176-177; Demirkol, s. 166.

³⁶⁴ Demir Gökyayla, s. 335; Demirkol, s. 163.

³⁶⁵ BGE 62 II 140 (Bkz. Demir Gökyayla, s. 335, dipnot 247).

değerlendirilmelidir, zira taraflar kısmi hukuk seçimi yapmış olabilirler, ki bu değerlendirme de oldukça zordur. Örneğin, sözleşmenin bazı maddelerinde Fransız Medeni Kanunu'nun bazı hükümlerine atıf yapılmış olması o maddelere uygulanacak hukuk olarak Fransız Hukuku'nun seçilmesi yönünde zımni bir iradenin varlığını gösterebilir, ancak başka emareler olmadan sözleşmenin diğer maddeleri açısından da bu sonuca varmak doğru olmayabilir.

Ayrıca, tarafların belli bir milli hukukun hükümlerine atıf yapmasının kısmi hukuk seçimi teşkil etmediği hallerde dahi, bu atfın o milli hukukun emredici olmayan kurallarına, başka bir deyişle yedek hukuk kurallarına veya örf ve adet hukuku kurallarına yapılan bir atıf olması halinde, bu durum tarafların zımni hukuk seçimi yaptığını değil, sadece bu kuralları zımnı aralarındaki sözleşmeye dahil ettiklerini (incorporation) gösterecektir³⁶⁶. Zira, hukuk seçimi ancak ve ancak tarafların aralarındaki ilişkiye o milli hukukun emredici kurallarının uygulanması arzusunu taşımaları halinde söz konusu olabilir.

Tarafların arasındaki sözleşmede hukuk seçiminden bağımsız olarak zaten taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak olan doğrudan uygulanan kurallara atıf yapılmışsa bu durum da taraflarca zımni bir hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varmak için yeterli değildir³⁶⁷. Bir ülkenin gümrük ve vergi hukuku, ithalat ve ihracata ilişkin kanunları bu tür kurallara örnek olarak gösterilebilir.

Dolayısıyla, bu başlık kapsamında bir alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının zımni hukuk seçimi yaptıklarını tek başına gösterebilecek tek hal, tarafların belli bir hukuk sisteminin emredici hukuk kurallarına sistematik bir şekilde uyması halidir³⁶⁸. Bir hukuk sisteminin emredici hukuk kurallarına sistematik bir şekilde uyulduğunun söylenebilmesi için ise tek bir emredici kurala uyulması yeterli değildir. Zira, emredici kurallar arasından tek bir kural seçiliyor ve buna uyuluyorsa bu durum sadece o kuralın sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil edildiğini de gösterebilir. Sistematik uyumdan söz edilebilmesi için belli bir milli hukukun birçok emredici kuralına uyma arzusunun sözleşmeden anlaşılması gerekir.

³⁶⁶ Mayer, s. 473; Demirkol, s. 162.

³⁶⁷ Demir Gökyayla, s. 337.

³⁶⁸ Demirkol, s. 164.

eee. Sözleşmenin Dili

Doktrinde, taraflar arasındaki sözleşmenin dilinin de zımni hukuk seçimi yönünde bir emare olabileceği, ancak bu emarenin oldukça zayıf bir emare olduğu ve sadece güçlü emarelerle birlikte taraflarca zımni hukuk seçimi yapıldığını gösterebileceği ifade edilmektedir³⁶⁹.

Kanaatimizce, eğer sözleşme uluslararası uygulamada sıklıkla kullanılan bir dilde yazılmışsa veya birden fazla ülkede konuşulan bir dilde yazılmışsa zayıf emare statüsünde dahi yer almamalı, zımni hukuk seçimi yapıp yapılmadığının belirlenmesinde hiçbir şekilde dikkate alınmamalıdır. Zira, bu tür durumlarda sözleşmenin dilinin tarafların hukuk seçimi iradesiyle hiçbir bağlantısı yoktur. Örneğin, bir alt yüklenicilik sözleşmesinin İngilizce dilinde veya birçok ülkede konuşulan Arapça dilinde hazırlanmış olması tarafların İngiliz Hukuku veya Suudi Arabistan Hukuku'nu zımnen uygulanacak hukuk olarak seçtiklerini göstermez. Alt yüklenicilik sözleşmesinin uluslararası uygulamada az görülen ve tek bir ülkede konuşulan bir dilde yazıldığı hallerde ise sözleşmenin dili zımni hukuk seçimi açısından zayıf bir emare olarak ele alınabilir.

fff. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Asıl Yüklenicilik Sözleşmesine Yollama Yapılmış Olması

Çalışmamızın birinci bölümünde açıkladığımız üzere, alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesinin içerikleri arasında uyumun sağlanması amacıyla alt yüklenicilik sözleşmelerinde asıl yüklenicilik sözleşmesinin belirli hükümlerine veya bütününe yollama yapılarak iki sözleşme sırt sırta (“back to back”) şekilde oluşturulabilir. Böylece alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesinin birbirinden bağımsızlığı prensibine hâlel gelmemek üzere, alt yüklenicilik sözleşmesine asıl yüklenicilik sözleşmesiyle irtibat sağlayacak kayıtlar konabilir.

Bu uygulama aynı zamanda asıl yüklenicilik sözleşmesinin yollama yapılan hükümlerinin alt yüklenicilik sözleşmesine dahil edilmesi, yani “*incorporation*” anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, asıl yüklenicilik sözleşmesi, kendisine atıf yapılması yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesinin bir parçası haline getirilmektedir.

³⁶⁹ Vischer, s. 176; Knoepfler/Schweizer, s. 219; Demir Gökyayla, s. 339.

Doktrinde, tarafların “*incorporation*” yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesine dahil ettikleri başka bir sözleşmede hukuk seçimi yer aldığı açıkça anlaşılıyorsa, bu hukuk seçiminin taraflar arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da bir hukuk seçimi teşkil edeceği ve bunun açık bir hukuk seçimi olacağı ifade edilmektedir³⁷⁰. Böyle bir durumun alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da hukuk seçimi teşkil edebileceğine katılmakla birlikte bunun her durumda açık bir hukuk seçimi olacağına katılmadığımızı açık hukuk seçimine ilişkin açıklamalarımızı yaparken belirtmiştik. Bu başlık altında ise böyle bir durumun hangi hallerde zımni hukuk seçimi yapıldığına dair bir emare olarak nitelendirilebileceğine ilişkin açıklamalara yer verecek, böylece asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (“back to back”) olan alt yüklenicilik sözleşmelerinin hazırlanmasında kullanılan yöntemlerin alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçimi üzerindeki etkisi hakkındaki düşüncelerimizi ortaya koyacağız.

Bu konuda üç durumu birbirinden ayırmak gerekir. Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine herhangi bir şekilde yollama yapılmamış olabilir. Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine yollama yapılırken hukuk seçimi maddesine de özel olarak yollama yapılmış olabilir. Son olarak, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir yollama yapılmış olabilir.

İlk durumda, asıl yüklenicilik sözleşmesinde bir hukuk seçimi maddesi yer alsa bile bu, alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da bir hukuk seçimi teşkil etmeyecektir. Zira, alt sözleşme niteliğinin bir sonucu olarak alt yüklenicilik sözleşmesi hukuken asıl yüklenicilik sözleşmesinden bağımsızdır. Bu prensip gereğince sözleşmelerin birinde yer alan hukuk seçimi diğeri açısından da hukuk seçimi yapıldığı anlamına gelmeyip, bir sözleşmedeki hukuk seçimi maddesi diğeri sözleşmeyi de etkilemez.

İkinci durumda, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki hukuk seçimi maddesine özel olarak yapılmış bir yollama söz konusudur. Kanaatimizce, böyle bir atıf açık hukuk seçimi teşkil eder. Zira, böyle bir durumda taraflar tek başına ve bağımsız bir sözleşme niteliğinde olan hukuk seçimi konusunda açık, açıklanmaya veya yorumlanmaya ihtiyaç duymayan, anlaşılır ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde irade açıklamasında bulunmuş olmaktadır.

³⁷⁰ Demir Gökyayla, s. 321; Demirkol, s. 143.

Üçüncü durumda ise, asıl yüklenicilik sözleşmesine yapılmış genel bir yollama söz konusudur. Kanaatimizce, bu durum sadece tarafların zımni hukuk seçimi yaptıkları yönünde bir emare teşkil edebilir. Taraflarca zımni hukuk seçimi yapıldığının söylenebilmesi için ise, tarafların asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir yollama yaparken hukuk seçimi maddesini de bu yollamanın içine dahil etme iradesinde oldukları başka emarelerle de desteklenmelidir. Zira, tek başına ve bağımsız bir sözleşme niteliğinde olan ve Borçlar Hukuku'ndaki irade serbestisinin Milletlerarası Özel Hukuk'taki görünümü olan hukuk seçiminin zımni bir şekilde yapıldığına ancak ve ancak tarafların gerçek iradesinin bu yönde olduğu konusunda en ufak bir tereddüt veya kuşku olmaması halinde karar verilmesi mümkündür. Ayrıca, zımni hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için hukuk seçimi iradesinin hem sözleşme hükümlerinden hem de halin şartlarından anlaşılması gerekir.

4. Hukuk Seçiminin Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alması

Türk Borçlar Kanunu'nun 20/1 hükmüne göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ile 25. maddeleri arasındaki düzenlemelere göre, genel işlem koşulları, sözleşme müzakerelerinde taraflar arasındaki dengeyi korumak amacıyla yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimine tabi tutulabilmekte ve bu şekilde geçersiz veya etkisiz kılınabilmektedir.

Genel işlem koşullarının daha fazla müzakere gücüne sahip olan taraflarca kötüye kullanılabileceği düşüncesiyle Türk Borçlar Kanunu'nda bir denetim mekanizması öngörülmüştür. Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerin yürürlük denetiminden geçememesi halinde bu hükümler yazılmamış sayılır³⁷¹. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesine göre, genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden geçebilmesi için sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi gerekir.

Genel işlem koşullarının, yalnızca sözleşme müzakerelerinde zayıf taraf konumunda olduğu aşıkâr olan tüketici sözleşmelerinde değil; otomotiv, bankacılık,

³⁷¹ Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bununla birlikte, yazılmamış sayılan hükümlerin taraflar arasındaki ilişkide dikkate alınmayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

sigortacılık, telekomünikasyon, enerji ve inşaat gibi sektörlerdeki ticari işlemlerde de yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçimi genel işlem koşulları arasında yer alıyor olabilir. Bu konuda iki farklı durum analiz edilmelidir. Birinci durum, alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu teşkil eden başka bir metne atıf yapılmış olması ve atıf yapılan bu metnin bir hukuk seçimi maddesi içeriyor olmasıdır. İkinci durum ise alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin genel işlem koşulu niteliğinde olması ve hukuk seçimi maddesi içermesidir. Bu başlık altında öncelikle bu durumların ne zaman söz konusu olacağı ortaya konacak, ardından alt yüklenicilik sözleşmesindeki hukuk seçimi açısından yaratacakları sonuçlar değerlendirilecektir.

Birinci durum olan, alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu niteliğindeki başka bir metne atıf yapılmış olması ve atıf yapılan bu metnin bir hukuk seçimi maddesi içeriyor olması, alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu niteliğindeki bazı kurallara atıf yapılması halinde ortaya çıkar. Hukuk seçiminin genel işlem koşulları arasında yer aldığının söylenebileceği ikinci durum ise, alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin genel işlem koşulu niteliğinde olması ve hukuk seçimi maddesi içermesi halidir. Özellikle alt yüklenicilerin iş sahibi tarafından atanmaları ve alt yüklenicilik sözleşmesi hükümlerinin de iş sahibi tarafından belirlenerek alt yükleniciyle akdedilmesi için asıl yükleniciye verilmiş olması halinde, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında sözleşmenin tarafları dışındaki bir iradenin oluşturduğu düzenlemeleri içeren bir alt yüklenicilik sözleşmesi ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle, bu tür alt yüklenicilik sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimi maddesinin ne şekilde ele alınacağının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tarafların aşağı yukarı eşit konumda oldukları ve sözleşme müzakereleri sırasında kendi menfaatlerini koruma imkanına sahip oldukları sözleşmelerde, borçlar hukukundaki temel prensiplerden biri olan irade serbestisinin gerçekleştiği varsayılır. Bununla birlikte, taraflar her ne kadar eşit konumda olsalar da, daha fazla müzakere gücü olan tarafın genel işlem koşulları kullanması durumunda taraflar arasındaki bu dengenin bozulduğu ve irade serbestisinin hayata geçirilemediği gözlenir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde taraflar ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun, tacir niteliğini haiz olacaktır. Her iki taraf da tacir olsa da, taraflardan birinin müzakere gücünün diğerinden daha fazla olması ve güçlü olan tarafın bunu zayıf olan tarafın aleyhine kullanması mümkündür. Örneğin, küçük ölçekli tacirlerin orta ve büyük

ölçekli tacirler karşısında böyle bir duruma düşebildikleri uygulamada sıklıkla görülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin kimlere uygulanabilir olduğuna ilişkin bir ayırım yapılmamaktadır³⁷². Dolayısıyla, bu hükümlerin tacirler bakımından da uygulanabilirliğinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tacirler aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne tabi olduklarından Yargıtay’ın, Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerini tacirlere uygulamak konusunda çekinceli bir tutum sergilemekte olduğuna dikkat edilmelidir³⁷³.

Kanaatimizce, genel işlem koşulu içeren alt yüklenicilik sözleşmelerinde tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri nedeniyle Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin maddeleri dikkatli ve sınırlı bir şekilde uygulanmalı, tacirin her ihtimalde bu korunmadan yararlanabilmesi mümkün olmamalıdır. Somut olay ve özellikle alt yüklenicilik sözleşmesinin müzakere süreci detaylı bir şekilde araştırılmalı, örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında Türk Borçlar Kanunu’nun sağladığı korumadan yararlanabileceği sonucuna varılabilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu’nun sağladığı korumadan yararlanılabildiği takdirde, kanunun 21. maddesi uyarınca alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması sırasında alt yükleniciye atıf yapılan genel işlem koşullarını öğrenme imkanının sağlanıp sağlanmadığı, alt yüklenicinin de bu koşulları kabul edip etmediği değerlendirilmelidir. Benzer şekilde, kendisi genel işlem koşulu niteliğinde olan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından da bu koşulların sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmelidir. Eğer bu koşullar gerçekleşmediyse alt yüklenicilik sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğindeki bir metne atıf yapan hukuk seçimi maddesi veya genel işlem koşulu niteliğindeki alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuk seçimi maddesi yazılmamış sayılmalıdır. Sözleşme müzakereleri sırasında alt yüklenicinin genel işlem

³⁷² Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022, s. 28; Oğuz Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2017, s. 96-97.

³⁷³ Yarg. 19. HD., 19.06.2017 T, 2016/9737 E, 2017/5110 K; Yarg. 19. HD., 24.05.2017 T, 2016/19089 E, 2017/4156 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 17. HD., 03.07.2018 T, 2017/1825 E, 2018/6690 K. (Lexpera)

koşulları hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olup olmadığının tespit edilmesi oldukça zor olabilir. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması ve ortaya konmasının zorluğu karşısında, tarafların genel işlem koşulundaki hukuk seçimine dayanabilmesi için, genel işlem koşulunu karşı tarafa göndermiş olmaları yeterli değildir; bu genel işlem koşulu sözleşmenin bir parçası haline getirilmelidir. Dolayısıyla genel işlem koşulu niteliğindeki metnin alt yüklenicilik sözleşmesinin ana kısmının bir parçası veya eki yapılmış olması gerekir.

Görüldüğü üzere, bir alt yüklenicilik sözleşmesinde hukuk seçiminin genel işlem koşulları ile yapılmış olması durumunda bu hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunun gündeme gelmesi oldukça yüksek bir ihtimaldir. Gerek genel işlem koşulu niteliğindeki birtakım kurallara atıf yapılmış olması, gerekse alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin genel işlem koşulu niteliğinde olması halinde, eğer uygulanacak hukuk Türk Hukuku ise Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin maddeleri, denetim mekanizmaları ve yaptırımları devreye girmeli ve böyle bir hukuk seçimi maddesi geçersiz veya etkisiz kılınabilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümler büyük ölçüde Alman Hukuku'ndan esinlenilerek oluşturulmuştur³⁷⁴. Bununla birlikte, her hukuk sisteminde genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca düzenlemeler yer alsa bile genel işlem koşullarının tanımı ve tabi olacağı denetimler ve yaptırımlar farklı hukuklarda farklı şekillerde düzenlenmiş olabilir. Kanaatimizce burada uygulanacak hukuk belirlenirken, hukuk seçiminin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk tespit edilmelidir³⁷⁵. Genel işlem koşullarının devreye girip girmeyeceğine ve girecekse hangi denetim ve yaptırımlara tabi olacağına bu hukuka göre karar verilmelidir.

5. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde FIDIC Kuralları'nın Esas Alınmasının Hukuk Seçimi Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu

FIDIC Kuralları esas alınarak oluşturulan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından ortaya çıkan önemli bir problem, FIDIC Kuralları'nın milli hukuk sistemleri

³⁷⁴ Alman hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin 1976'da yürürlüğe giren Genel İşlem Koşulları Kanunu 2002 reformu ile yürürlükten kaldırılarak genel işlem koşullarına yönelik hükümler Alman Medeni Kanunu içerisine (305-310 maddeleri arasına) eklenmiştir. İsviçre hukukunda ise genel işlem koşulları, İsviçre Borçlar Kanunu ya da başka bir kanunda özel olarak düzenlenmemekte, tüketici yönünden Haksız Rekabet Kanunu'nda m.8 ile haksız rekabet açısından mevzuatta yer almaktadır.

³⁷⁵ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm III(A)2'deki açıklamalarımız.

karşısındaki uygulama alanının belirlenmesi, devlet mahkemelerinin veya hakem kurullarının FIDIC Kuralları'nın esas alınmasını bir hukuk seçimi olarak nitelendirip nitelendiremeyeceğidir. FIDIC Kuralları'nın esas alınmasının hukuk seçimi olarak nitelendirilmesi halinde uyuşmazlığa hangi milli hukukun uygulanacağını tespit edilmesine gerek kalmayacak, uyuşmazlık yalnızca FIDIC Kuralları kullanılarak çözümlenebilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2017 tarihli Kırmızı Kitap'ın 1.4 maddesi uyarınca, taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku özel şartlarda kararlaştırabilirler. Benzer düzenlemeler tüm FIDIC Kitaplarında yer almaktadır. Dolayısıyla, FIDIC Kuralları esas alınarak oluşturulan alt yüklenicilik sözleşmesinde taraflar uygulanacak hukuku kararlaştırdıkları takdirde FIDIC Kuralları'nın esas alınmasının hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceğinin tartışılmasına gerek kalmayacak, FIDIC Kuralları'nın esas alınması “incorporation” niteliğinde olacak ve FIDIC Kuralları seçilen milli hukukun emredici hükümlerine aykırı olmadıkları takdirde uygulanacaktır. Diğer hususlarda ise seçilen milli hukukun emredici kuralları devreye girecektir.

Tartışmaların ortaya çıkacağı durum, FIDIC Kuralları esas alınarak oluşturulan alt yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmamış olması halidir. Bu durumda FIDIC Kuralları'nın hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceği meselesi gündeme gelecektir.

Bu konuyu uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde ve tahkimde çözümlenecek olması açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözümlenecek olması halinde, hakim *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olacaktır. Milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde, seçilen hukukun bir ülke hukuku olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durum MÖHUK ve Roma I Tüzüğü'nde gözlemlenebilmektedir. İlgili düzenlemelerde “hukuk kuralı” değil “hukuk” kavramının kullanılması bir milli hukuk sisteminin seçilmesi gerektiğini göstermektedir. O halde, hakim FIDIC Kuralları'nın esas alınmasını bir hukuk seçimi olarak değerlendiremez. Bunun yerine, kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle uyuşmazlığa uygulanacak milli hukuku tespit etmelidir.

Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenecek olması halinde ise, hakemler, esasa uygulanacak hukuku belirlerken tahkim yeri ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olmayacaktır. Hakemler esasa uygulanacak hukuku belirlerken başka kuralları da dikkate alabilirler³⁷⁶. Bu kuralların başında ise tahkimin tabi olduğu kurumsal tahkim kuralları gelmektedir. ICSID Konvansiyonu’nun 42/1, 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları’nın 21/1, LCIA Tahkim Kuralları’nın 16/4 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 35/1 maddeleri incelendiğinde ise bu maddelerde “hukuk” kavramının değil “hukuk kuralı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Başka bir deyişle, bu kurumsal tahkim kurallarına göre bir hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için taraflarca bir milli hukuk sisteminin seçilmesine gerek yoktur. Taraflarca seçilen birtakım hukuk kuralları da hukuk seçimi teşkil edebilir. Bunun bir sonucu olarak, tahkim yargılamalarında hakemlerin uyuşmazlığı çözerken mutlaka bir milli hukuka göre karar vermeleri gerekmemektedir. Hakemler, uyuşmazlığı FIDIC Kuralları çerçevesinde çözebilir, FIDIC Kuralları’nda düzenlenmeyen konuların olması halinde ise boşlukları milletlerarası ticari uygulamayı dikkate alarak doldurabilirler.³⁷⁷

Belirtmek gerekir ki, FIDIC Kuralları esas alınmadan oluşturulan alt yüklenicilik sözleşmelerinde, bu kuralların hakemlerce *lex mercatoria* kapsamında görülerek yine de uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir konudur. Bunun için FIDIC Kuralları’nın *lex mercatoria* kapsamında yer alıp almadığı sorusunun cevaplanması gerekir. 2000 yılına kadar FIDIC Kuralları’nın ICC tahkiminde çözülen uyuşmazlıkların %30’unda uygulanmakta olduğu, bununla birlikte FIDIC Kuralları’nın milletlerarası inşaat uygulamasındaki yaygınlığının, söz konusu kuralları, bu alanda faaliyet gösterenler tarafından benimsenen ve kabul edilen kurallar haline getirecek düzeyde olmadığı ifade edilmektedir³⁷⁸. Ancak o günden bugüne bakıldığında, başta Dünya Bankası olmak üzere birçok uluslararası finans kurumunun, finansını sağladığı projelerde FIDIC Kuralları’nın esas alınması şartını koştuğu ve bu durumun FIDIC Kuralları’nın yaygınlığını artırdığı görülmektedir. Ayrıca, günümüz açısından doktrinde standart sözleşmeler de *lex mercatoria*’nın kaynağı olarak

³⁷⁶ Akıncı, s. 28.

³⁷⁷ Akıncı, s. 30; H. Akif Karaca, “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1505-1509.

³⁷⁸ Akıncı, s. 31.

gösterilmektedir³⁷⁹. Bu durum, *lex mercatoria* kavramının kapsamının ilk ortaya atıldığı günden bugüne genişlediğini ve ticari örf-adet ve uygulamaların ötesine geçtiğini göstermektedir. Günümüzde, ICC gibi ticari kuruluşların ortaya koydukları Incoterms ya da Akreditif'e dair yeknesak kuralların, FIDIC Kuralları'nın, Unidroit Sözleşme İlkeleri'nin veya Avrupa Birliği Sözleşme İlkeleri'nin de *lex mercatoria* kapsamında yer aldığı ifade edilmektedir³⁸⁰. Dolayısıyla, günümüzde hakemlerce FIDIC Kuralları'nın esas alınmadığı sözleşmelerde de FIDIC Kuralları'nın *lex mercatoria* olarak uygulanabileceği yönünde kararlar verilebileceği kanaatindeyiz.

6. Seçilen Hukukta Hukuk Seçiminden Sonra Meydana Gelen Değişiklikler ve İstikrar Klozları

Tarafların seçtikleri hukuk aralarındaki sözleşmeye, seçilen hukukta ileride meydana gelecek değişikliklerle birlikte uygulanacaktır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri için de aynı durum geçerlidir. Dolayısıyla, sözleşme yapıldıktan sonra, seçilen hukukun içeriğinde bir değişiklik olursa, uyuşmazlığın çözümünde bu değişiklikler de dikkate alınacaktır³⁸¹.

Taraflar bazen seçilen hukukta ileride meydana gelebilecek değişikliklerden, ortaya çıkabilecek yeni emredici kurallardan etkilenmemeyi arzu edebilirler. Böylece, ileride ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığın muhtemel çözümleri hakkındaki öngörülerinin baki kalmasını ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki hukuki durumlarının ileride kötüleşme veya kötüleştirilme ihtimalinin olmamasını amaçlarlar. İşte bunu sağlayacak olan yöntem, sözleşmeye istikrar klozunun, başka bir deyişle sabitleştirme hükmünün yerleştirilmesidir³⁸².

Doktrinde, istikrar klozlarının geçerli olup olmadığı konusunda sözleşmenin tarafları bakımından bir ayırım yapılmaktadır.

Bu ayrıma göre, sözleşme bir devlet ve özel hukuk kişisi arasında yapıldığı ve o devletin hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlendiği durumlarda sözleşmeye konan istikrar klozu geçerli olacaktır. Zira, taraflardan biri olan devlet, kendi kanunlarını sonradan, geçmişe etkili olarak değiştirerek sözleşmenin karşı tarafı

³⁷⁹ Ole Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", **International and Comparative Law Quarterly**, C. 34, S. 4, 1985, s. 748-751; Gilles Cuniberti, "Three Theories of Lex Mercatoria", **Colombia Journal of Transnational Law**, C. 52, S. 1, 2013, s. 381.

³⁸⁰ Karaca, s. 1507.

³⁸¹ Vischer, s. 178; Knoepfler/Schweizer, s. 101-108; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 260; Nomer, s. 332;

³⁸² Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 260; Nomer, s. 331; Demir Gökyayla, s. 317.

olan özel hukuk kişinin sözleşmenin yapıldığı sıradaki hukuki durumunu kötüleştirebilir³⁸³. Ancak, bir devletle özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmelerde istikrar klotunun etkisi, sadece devlet aleyhine ve özel hukuk kişisi lehine bir tazminat borcu yaratmaktır. Zira devlet kanun değişikliği olduğunda o değişikliği uygulamakta ve özel hukuk kişinin hukuki durumunu kötüleştirmiş olmaktadır. Sözleşmede istikrar klotu olması halinde özel hukuk kişinin kötüleşen durumu karşısında bir tazminata hükmedilmektedir³⁸⁴.

Sözleşmenin iki özel hukuk kişisi arasında yapılmış olması halinde ise sözleşmeye konan istikrar klotunun sadece uygulanacak hukukun emredici olmayan kurallarında meydana gelen değişiklikler açısından geçerli olacağı, emredici kurallarda geçmişe etkili olarak meydana gelecek değişiklikler açısından geçerli olmayacağı ifade edilmektedir³⁸⁵. Bu durum Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün "Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Uluslararası Sözleşmelerde İrade Serbestisi Hakkındaki Karar"ın 8. maddesinde de yer almaktadır.

Devletle özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmeler açısından istikrar klotlarının geçerli olacağı söylene de, uyuşmazlığı çözmekle görevli devlet mahkemelerinin bunu kabul etmedikleri belirtilmektedir. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenecek olması halinde ise hakemler bu tür sözleşmelerdeki istikrar klotlarının geçerliliğini kabul etmektedir³⁸⁶.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından konu değerlendirildiğinde, yukarıdaki görüşlerin hiçbir esneklik tanınmaksızın katı bir şekilde kabul edilmesi ve uygulanması halinde şöyle durumların ortaya çıkması ihtimali ortaya çıkmaktadır:

İki özel hukuk kişisi arasında yapılan bir alt yüklenicilik sözleşmesiyle, o alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olan asıl yüklenicinin tarafı olduğu diğer sözleşme olan ve devletle akdedilen asıl yüklenicilik sözleşmesinde yapılan hukuk seçimlerinin aynı olduğunu ve her iki sözleşmenin de istikrar klotu taşıdığını varsayalım. İleride, uygulanacak hukukun emredici hükümlerinde geçmişe etkili olarak değişiklik meydana gelmesi halinde taraflardan birinin devlet olduğu asıl yüklenicilik sözleşmesindeki istikrar klotu geçerli kabul edilebilecek ve bu değişiklik nedeniyle

³⁸³ Uluslararası Hukuk Enstitüsü de 1979 yılında devletle özel hukuk tüzel kişileri arasındaki istikrar klotlarının geçerliliğini kabul etmiştir. (Demir Gökyayla, s. 318).

³⁸⁴ Demir Gökyayla, s. 318-319.

³⁸⁵ Demir Gökyayla, s. 321.

³⁸⁶ Demir Gökyayla, s. 319.

hukuki durumu kötüleşen asıl yüklenicinin zararı telafi edilebilecekken, iki özel hukuk kişisi arasında yapılan bir sözleşmenin tarafı olan alt yüklenicinin zararı telafi edilmeyecektir. Dolayısıyla, istikrar klotu nedeniyle devlet karşısında asıl yüklenici lehine tazminata hükmedildiği hallerde alt yüklenicilik sözleşmesindeki istikrar klotunun hakkaniyeti sağlamak amacıyla alt yükleniciyi emredici kurallarda geçmişe etkili olarak meydana gelecek değişikliklere karşı da koruyacak şekilde yorumlanabileceği kanaatindeyiz.

Akla gelebilecek bir diğer örnek ise alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesinin birinde istikrar klotu varken, diğerinde olmamasıdır. Böyle bir durum da alt yüklenici ile asıl yüklenici açısından meydana gelecek sonuçların birbirinden çok farklı ve hakkaniyete aykırı olmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla, yapılan hukuk seçimlerinin aynı olduğu alt yüklenicilik sözleşmesi ile asıl yüklenicilik sözleşmesinin birinde istikrar klotu varsa, diğerinde de olmasına dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

7. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Yapılırken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde taraflarca bir hukuk seçimi yapılması ve bu hukuk seçiminin dikkatli bir şekilde yapılması büyük önem arz etmektedir. Bir yandan sözleşmedeki boşluklar seçilen hukukta yer alan düzenlemelere göre doldurulacaktır. Bir yandan da taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa ve sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için başvurulacak yargı mercii devlet mahkemeleriye, uygulanacak hukuk *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak tespit edilecektir³⁸⁷. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek bu hukuk ise her zaman tarafların beklentilerine uygun düşmeyebilir ve tarafların daha önce öngöremediği sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçimine dair şu ana kadar yaptığımız açıklamalar ışığında ve alt yüklenicilik sözleşmesinin alt sözleşme niteliğinin bir sonucu olarak, bu sözleşmelerde hukuk seçimi yapılırken, başka bir deyişle sözleşmenin hazırlanması ve müzakeresi sırasında, dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır.

³⁸⁷ Uyuşmazlığın devlet mahkemeleri önünde değil tahkim yargılamasında çözümlenecek olması halinde bu durum farklılık arz edebilecektir, zira hakemler herhangi bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı değildir.

Öncelikle, seçilen hukukun hükümleri ile alt yüklenicilik sözleşmesinin hükümlerinin birbiriyle uyumlu olmasına dikkat edilmelidir. Sözleşme hükümlerinin seçilen hukukun emredici kurallarıyla çelişip geçersiz kılınmaması ve sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında kullanılacak hükümlerin tarafların beklentilerine aykırı olmaması için bu gereklidir. Bu uyumun sağlanabilmesi ise, sözleşme kaleme alınırken dikkate alınan hukukun, aynı zamanda sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesiyle mümkündür³⁸⁸. Uygulanacak hukuk seçilirken, bu hukuk sisteminin parçası olan uluslararası anlaşmaların da dikkate alınması önemlidir³⁸⁹.

İstikrar klotlarına ilişkin açıklamalarımızı yaparken belirttiğimiz üzere, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinde yapılan hukuk seçimi aynıysa ve asıl yüklenicilik sözleşmesinde istikrar klotu varsa, alt yüklenicilik sözleşmesinde de olması önem arz etmektedir. Zira, aynı hukuka tabi olan asıl yüklenicilik sözleşmesinde istikrar klotu varken alt yüklenicilik sözleşmesinde olmaması, uygulanacak hukukun emredici hükümlerinde meydana gelecek geçmişe etkili değişikliklerde alt yüklenici ile asıl yüklenici açısından oluşacak sonuçların birbirinden çok farklı ve hakkaniyete aykırı olmasına yol açabilecektir.

Milli hukuk sistemlerinin zamanaşımı ile ilgili hükümleri de alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılırken mutlaka dikkate alınmalıdır. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin zamanaşımı süreleri açısından birbiriyle uyumlu olmasına dikkat edilmelidir. Aksi takdirde, örneğin, alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı ayıba karşı tekeffül borcu zamanaşımına uğramışken, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül borcu devam edebilir ve asıl yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalabilir. Zamanaşımıyla ilgili diğer önemli bir konu ise, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil milli hukuklarda zamanaşımının maddi hukuka ilişkin olup, sözleşmeye uygulanması için seçilen hukuka tabi olması, Anglo-Sakson hukuk sistemine dahil milli hukuklarda ise zamanaşımının usule ilişkin olup, *lex fori*'ye tabi olmasıdır³⁹⁰. Hukuk seçimi yapılırken bu husus da mutlaka dikkate alınmalıdır.

Kısmi hukuk seçimiyle ilgili açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere, diğer sözleşmelerde olduğu gibi alt yüklenicilik sözleşmelerinde de kısmi hukuk seçimi

³⁸⁸ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 264-265.

³⁸⁹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 265.

³⁹⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 99; Tunay Köksal, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 109, 2013, s. 438.

yapılması mümkündür. Ancak, bunun için farklı ülkelerde ifalar içeren bir alt yüklenicilik sözleşmesinin söz konusu olması veya öyle olmasa da farklı hukuklara tabi kılınan hak ve borçların birbiriyle bağlantılı olmaması önemlidir. Kısmi hukuk seçiminin yapılabilmesi için sözleşmenin hukuki ve iktisadi açıdan bölünebilir olması gerekir³⁹¹.

Seçilen hukukun o alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan veya sözleşmeyle ilgili olan tüm uyuşmazlıklara uygulanacağı unutulmamalıdır. Eğer taraflar seçilen hukukun sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilgili olan tüm hususlara değil, belirli hususlara uygulanmasını istiyorlarsa bu hususları açıkça ve tek tek belirtmeleri gerekir.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılırken, o sözleşmenin taraflarından biri olan asıl yüklenicinin iş sahibiyle yaptığı asıl yüklenicilik sözleşmesi ile işin finansmanı ile ilgili olarak bankalarla akdedilmiş kredi sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimleri de dikkate alınmalıdır. Mutlaka bu sözleşmeler arasındaki koordinasyon ve entegrasyon ile sözleşmelerdeki edimler arası uyumun sağlanması düşünülmelidir. Bunun için de bu sözleşmeler mümkün olduğunca aynı hukuka tabi kılınmalıdır³⁹². Zira, tarafları ve konusu birbirinden farklı olan bu sözleşmelerin hepsi aynı inşaat işinin birer parçası olup, birbiriyle ilintilidir. Bu sözleşmelerin aynı hukuka tabi kılınmaması halinde, aynı konuda iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki bir uyuşmazlık ile asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki bir uyuşmazlıkta farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar verilebilir³⁹³. Bu da uyuşmazlıkların çözümünün zorlaşmasına ve özellikle alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları için olumsuz sonuçlar ortaya çıkmasına sebep olabilir.

Örneğin, asıl yüklenicilik sözleşmesinin Türk Hukuku'na tabi olduğunu ve işin Türkiye'de yapılacağını düşünelim. Böyle bir durumda, Fransa'da kurulu bir şirketle yapılacak alt yüklenicilik sözleşmesinin Fransız Hukuku'na tabi olacağının kararlaştırılması halinde, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi

³⁹¹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 255; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 406.

³⁹² Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 268; Karaca, s. 1505; Aigul Nurmukhambet, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019, s. 29; Nazmiye Çalgın, "İş Sahibi-Yüklenici-Alt Yüklenici İlişkilerinde Yaşanan Sorunlar", **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Ed. Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 37.

³⁹³ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 268; Çalgın, s. 37.

açısından çok farklı sonuçlar ortaya çıkabileceği aşıkardır³⁹⁴. Bir başka örnek olarak, asıl yüklenicilik sözleşmesinin Türk Hukuku’na tabi olduğunu ve bu sözleşmede Türk Hukuku’na aykırı bir şekilde bileşik faiz kararlaştırılmış olduğunu varsayalım. Eğer alt yüklenicilik sözleşmesinde de bileşik faiz düzenlemesi varsa ve alt yüklenicilik sözleşmesi bileşik faizin kabul edildiği bir milli hukuka tabiyse, iş sahibinin asıl yükleniciye bileşik faiz ödeme sorumluluğu olmayacak, asıl yüklenicinin ise alt yükleniciye bileşik faiz ödeme sorumluluğu olacaktır. Bu durum ise her iki sözleşmenin de tarafı olan asıl yükleniciyi oldukça dezavantajlı bir konuma getirecektir³⁹⁵.

8. Uyuşmazlığın Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözülmesi Halinde Hukuk Seçiminin Özellikleri

Alt yüklenicilik sözleşmesinde tahkim şartının yer alması halinde taraflarca sözleşmede yapılacak hukuk seçimi de özellik arz eder. Taraflar tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere milli bir hukuku seçebilecekleri gibi, hiçbir ülke ile bağlantısı olmayan anasyonel nitelikteki kuralları, prensipleri, *lex mercatoria*’yı da seçebilirler³⁹⁶. Zira, tahkim yargılamalarında hakemlerin uyuşmazlığı çözerken mutlaka bir milli hukuka göre karar vermeleri gerekmemektedir.

Hakemlerin herhangi bir yerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmamalarının³⁹⁷ bir sonucu olarak, hakemler esasa uygulanacak hukuku belirlerken başka kuralları da dikkate alabilirler³⁹⁸. Bu kuralların başında ise tahkim yargılamasının tabi olduğu kurumsal tahkim kuralları gelmekte ve bu kurallar tarafların milli bir hukuku seçmek zorunda olmadığını öngörmektedir.

Örneğin, ICSID Konvansiyonu m. 42/1, 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları m. 21/1, LCIA Tahkim Kuralları m. 16/4 ve UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 35/1 incelendiğinde, bu maddelerde “hukuk” kavramının değil “hukuk kuralı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Başka bir deyişle, tahkim açısından bir hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için taraflarca bir milli hukuk sisteminin seçilmesine gerek yoktur.

³⁹⁴ Çalgın, s. 37.

³⁹⁵ Çalgın, s. 37.

³⁹⁶ Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 142.

³⁹⁷ Akıncı, s. 28; Özel, s. 132, 137; Demir Gökyayla, s. 314.

³⁹⁸ Akıncı, s. 28.

Taraflarca seçilen anasyonel nitelikteki kurallar, prensipler, *lex mercatoria* da hukuk seçimi teşkil edebilir. Taraflarca böyle bir seçimin yapılması halinde, uyuşmazlık hakemler tarafından bu kurallar uygulanarak çözümlenecektir.

Lex mercatoria kavramı, kapsamının ilk ortaya atıldığı günden bugüne genişlemiş ve ticari örf-adet ve uygulamaların ötesine geçmiştir. Günümüz açısından doktrinde Devletler Umumi Hukuku'nun bir parçası olarak uluslararası anlaşmalar, yeknesak kurallar, hukukun genel prensipleri, uluslararası örgütlerin kuralları, ticari örf-adetler, standart sözleşmeler ve hakem kararları da *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak gösterilmektedir³⁹⁹. Bu durum, ICC gibi ticari kuruluşların ortaya koydukları Incoterms ya da Akreditif'e dair yeknesak kuralların, FIDIC Kuralları'nın, Unidroit Sözleşme İlkeleri'nin veya Avrupa Birliği Sözleşme İlkeleri'nin de *lex mercatoria* kapsamında yer aldığını göstermektedir⁴⁰⁰.

Günümüzde, taraflarca herhangi bir devlete ait olmayan bir hukukun seçilmesini geçerli gören ve herhangi bir milli hukuka dayanmadan verilen birçok hakem kararı bulunmaktadır. Birçok devlet mahkemesinin de bu şekilde verilen hakem kararlarını tenfiz ettiği görülmektedir⁴⁰¹.

B. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmemiş Olması

1. Genel Olarak

Tarafların alt yüklenicilik sözleşmesinde hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle hakim tarafından re'sen tespit edilecektir. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenecek olması halinde ise hakemlerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama zorunlulukları olmadığından, kendi yöntemleriyle sözleşmeyle en sıkı bağlantılı hukuku tespit etmeye çalışacaklardır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24/4'te düzenlenmiştir. Alt yüklenicilik sözleşmesi bir sözleşme olduğu ve MÖHUK'da özel olarak düzenlenen sözleşme tiplerinden biri olmadığı için, MÖHUK m.24/4 uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle

³⁹⁹ Lando, s. 748-751; Cuniberti, s. 381.

⁴⁰⁰ Karaca, s. 1507.

⁴⁰¹ Demir Gökyayla, s. 314.

en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

MÖHUK m. 24/4 ışığında, alt yüklenicilik sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi için öncelikle sözleşmede bir karakteristik edimin olup olmadığı, eğer karakteristik edim varsa bu edimin hangi edim olduğu araştırılmalıdır. Bu tespit yapıldıktan sonra, alt yüklenicilik sözleşmeleri ticari faaliyetler gereği kurulan sözleşmeler olduğu için karakteristik edim borçlusunun işyerinin belirlenmesi suretiyle sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenecektir.

Ancak, bütün bunlar yapılırken unutulmaması gereken bir husus bulunmaktadır. Önemli olan, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesidir. Karakteristik edimin belirlenmesi yalnızca kanunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi için öngördüğü bir yöntemdir. Bu tespit için kullanılabilecek başka yöntemler de olabilir. Dolayısıyla, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukunun bu amaca hizmet etmediği sonucuna varılması halinde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk başka yöntemler kullanılarak belirlenmelidir.

2. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Karakteristik Edim

MÖHUK m. 24/4'te karakteristik edim, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun tespitini somutlaştırmayı ve objektifleştirmeyi amaçlayan bir karene olarak düzenlenmektedir. Burada aksi ispat edilebilir bir karene vardır. Eğer karakteristik edim sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun tespit edilmesine hizmet etmiyorsa, bu hukuk başka şekillerde tespit edilmelidir⁴⁰².

MÖHUK'ta karakteristik edim kavramı tanımlanmamıştır. Sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde karakteristik edimi esas alan diğer devletlerin kanunlarında da bu kavrama ilişkin bir tanımın yer almadığı görülmektedir. Ancak, karakteristik edim kavramı doktrinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre karakteristik edim, ekonomik, sosyal ve işlevsel yönden, sözleşmeye, onu diğer sözleşmelerden

⁴⁰² Giuliano/Lagarde, s. 20.

ayıran sınırlarını, özelliklerini veren, sözleşmeye adını veren, damgasını vuran, sözleşmeyi karakterize eden edimdir⁴⁰³.

Bu tanım uyarınca, kural olarak, karakteristik edim sözleşmeye ismini veren ve ücret karşılığında ifa edilen edimdir. Alt yüklenicilik sözleşmesine ismini veren edim alt yüklenicinin asıl yükleniciden aldığı işi ifa etme edimidir. Başka bir deyişle, karakteristik edim alt yüklenicinin edimidir⁴⁰⁴. Ayrıca, alt yüklenicilik sözleşmeleri ticari faaliyetler gereği kurulmaktadır. Dolayısıyla MÖHUK m. 24/4'e göre karakteristik edim esas alınarak yapılacak uygulanacak hukuk tespiti, alt yüklenicinin işyeri hukukuna işaret etmektedir.

Burada, alt yüklenicinin işyeri hukukundan tam olarak ne anlaşılması gerektiğinin de ortaya konması gerekir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde alt yüklenici inşaat yerinde kendisi bir şantiye kurmamakta, asıl yüklenicinin kurduğu şantiyeden faydalanmaktadır. Ayrıca, alt yüklenici kendisi bir şantiye kuracak olsa dahi bunun alt yüklenicinin işyeri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, işyeri, bir kişinin ticari faaliyetlerinin merkezinin bulunduğu, bir kişinin alışlagelmiş olarak işleriyle uğraştığı, tipik olarak denetim ve ticari yönetiminin gerçekleştirildiği yer olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁵. Dolayısıyla, alt yüklenicinin işyeri hukukundan anlaşılması gereken, alt yüklenicinin asıl işyeri hukukudur. Alt yüklenicinin birden fazla asıl işyerinin olması halinde ise, MÖHUK m. 24/4 uyarınca, o alt yüklenicilik sözleşmesiyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunun esas alınması gerekir.

3. Alt Yüklenicilik Sözleşmeleriyle En Sıkı Bağlantılı Hukukun Belirlenmesi

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından MÖHUK m. 24/4 uyarınca karakteristik edim esas alınarak yapılacak uygulanacak hukuk tespitinin alt yüklenicinin işyeri hukukuna işaret ettiği belirlendikten sonra yapılması gereken bir iş daha vardır. O da karakteristik edim esas alınarak yapılan tespitin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukla örtüşüp örtüşmediğidir. Zira, uygulanacak hukuk tespit edilirken amaç, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesidir ve halin bütün şartlarına

⁴⁰³ Nomer, s. 335; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 344; Akıncı, s. 84; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, s. 131. Karakteristik edim kavramı hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Marie Elodie Ancel, **La Prestation Caractéristique du Contrat**, Paris: Economica, 2002.

⁴⁰⁴ Pulkowski, s. 34.

⁴⁰⁵ İşyeri için doktrinde yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Demir Gökyayla, s. 375, dipnot 409.

göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olmalıdır. MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesi de bu yöndedir.

Bu kontrol yapılırken, alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından ifa yeri hukukunun sözleşmeyle daha sıkı ilişkide olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu konu tartışılırken doktrinde şöyle bir örnekten yola çıkılmaktadır: Libya'da İsviçreli bir asıl yüklenici tarafından yapılan bir inşaatla ilgili olarak bir Türk alt yükleniciyle alt yüklenicilik sözleşmesi kurulmuştur. Bu örnekte alt yüklenicinin işyeri hukuku olan Türk Hukuku mu yoksa ifa yeri hukuku olan Libya Hukuku mu alt yüklenicilik sözleşmesiyle daha sıkı bağlantılıdır? Bu soruya cevaben doktrinde, asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifa yeriyle ilgili bir bağlantısı ve manfaati olan iş sahibiyle asıl yüklenici arasında yapıldığı, ancak alt yüklenicilik sözleşmesinin ifa yeriyle herhangi bir bağlantısı ve menfaati olmayan, ifa yerinde geçici bir süreyle bulunan asıl yükleniciyle alt yüklenici arasında yapıldığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, alt yüklenicilik sözleşmeleri ifa yeri hukukuyla sıkı bir bağlantı içinde görülmemektedir⁴⁰⁶. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Gerçekten de, söz konusu alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak bir uyuşmazlığın Libya Hukuku'na göre çözülmesi ne Türk alt yüklenicinin ne de İsviçreli asıl yüklenicinin beklentilerine uygun düşecektir. Asıl yüklenici ile alt yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesini Libya Hukuku'na göre tasarlamış olmaları veya sözleşmeye bu hukukun uygulanacağını öngörmeleri kendilerinden beklenemez.

Yukarıdaki örnek, asıl yüklenicilik sözleşmesi ve alt yüklenicilik sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması ve bunların aynı hukuka tabi kılınmasının ne kadar önemli olduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır. Zira, hukuk seçimi yapılmamış olması halinde iki sözleşmeye uygulanacak hukukun da aynı olduğunun tespit edilmesi zordur. Örnekten hareket edildiğinde asıl yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukuk asıl yüklenicinin işyeri hukuku olan İsviçre Hukuku veya sözleşmeyle daha sıkı bağlantılı görülmesi halinde ifa yeri hukuku olan Libya Hukuku olacaktır. Alt yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukuk ise alt yüklenicinin işyeri hukuku olan Türk Hukuku olacaktır. Halbuki, hukuk seçimine ilişkin açıklamalarımızda yer verdiğimiz üzere, bu iki sözleşmenin aynı hukuka tabi kılınması sözleşmeler arasındaki koordinasyon ve entegrasyon ile sözleşmelerdeki edimler arası

⁴⁰⁶ Akıncı, s. 85, dipnot 215; Demirkol, s. 355-356.

uyumun sağlanması ve birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmaması açısından büyük önem arz etmektedir.

Tartışılması gereken bir diğer konu ise, iki sözleşme arasındaki ekonomik bağlantı nedeniyle alt yüklenicilik sözleşmesinin en sıkı bağlantılı olduğu hukukun asıl yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukuk olup olmadığıdır. Asıl yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukukun alt yüklenicilik sözleşmesine de uygulanacağı sonucuna varmak iki sözleşmeyi aynı hukuka tabi kılarak, çıkabilecek uyuşmazlıkların uyum için çözümlenmesini sağlayacak olsa da, kanaatimizce böyle bir sonuca varmak doğru olmayacaktır. Zira, her ne kadar iki sözleşme arasında ekonomik bir bağlantı bulunsa da, asıl yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi birbirinden bağımsız sözleşmelerdir. Ayrıca, uygulamada birçok durumda alt yüklenicilik sözleşmesi kurulurken alt yükleniciler asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuktan haberdar olmamaktadır. Alt yüklenici bilmediği ve öngöremediği bir hukuka tabi kılınmamalıdır⁴⁰⁷.

Sonuç olarak, kanaatimizce, MÖHUK m. 24/4'e göre karakteristik edim esas alınarak tespit edilen alt yüklenicinin işyeri hukuku alt yüklenicilik sözleşmesiyle en sıkı ilişki olan hukuka işaret etmektedir.

C.Alt Yüklenicinin Asıl Yükleniciye Karşı Talepleri Açısından Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Sorununa Uygulanacak Hukuk

Çalışmamızın Birinci Bölümünde açıkladığımız üzere, bazen başka ülkelerde gerçekleştirilecek inşaat işleri kapsamında o ülkede bir SPV ("special purpose vehicle" / "özel amaçlı şirket") kurulması tercih edilmekte ve alt yüklenicilik sözleşmelerinde asıl yüklenici pozisyonunda SPV yer almaktadır. SPV tasfiye edildiğinde alt yüklenicilerin alacak talebinde bulunabilecekleri asıl yüklenici ortadan kalkmış olmaktadır. Bu durumda eğer tasfiye edilen SPV'nin hakim şirketi tarafından SPV'nin alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan borçları için bir hakim şirket garantisi verilmişse veya tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla tasfiye edilen SPV'nin hissedarlarının sorumluluğuna gidilebiliyorsa sorun yoktur. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla hakim şirketin veya diğer hissedarların sorumlu kılınabilmesi için, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorununa uygulanacak hukukun aradığı şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

⁴⁰⁷ Bu tartışma için bkz. Pulkowski, s. 34-36.

O halde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla asıl yüklenicinin hakim şirketinin veya diğer hissedarlarının alt yükleniciye karşı sorumlu kılınıp kılınamayacağını hangi hukuka göre değerlendirileceğinin tespit edilmesi önemlidir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulup başvurulamayacağını, bu konuda uygulanacak hukukta tüzel kişi ile bu tüzel kişinin hissedarları arasında sınırlı sorumluluk prensibinin geçerli olup olmadığı belirler.

MÖHUK'ta, yabancılık unsuru taşıyan bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorununa hangi hukukun uygulanması gerektiğini gösteren özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır.

Doktrinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılamayacağını perdenin önündeki tüzel kişinin ehliyetinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Bu görüşe göre, böylece bu meselelerde daima bir ve aynı hukukun uygulanması sağlanmış olacak, hukuki güvenlik sağlanacak, açıklık ve belirlilik temin edilecek ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı haller öngörülebilir hale gelecektir. Bu görüşe göre, en sıkı irtibat prensibi de tüzel kişinin ehliyetinin tabi olduğu hukukun uygulanmasına sevk etmektedir. Zira, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında merkezdeki kavram perdenin önünde yer alan ve perdenin arkasındaki kişi ile alacaklı arasındaki bağlantı noktası olan tüzel kişidir. Dolayısıyla, sınırlı sorumluluk prensibine ne zaman istisna tanınacağı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı konusunda, tüzel kişi ile hissedarları arasındaki sorumluluk ilişkisini yöneten, perdenin önündeki tüzel kişinin ehliyetinin tabi olduğu hukuk uygulanmalıdır. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

MÖHUK'un ehliyeteye ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen 9. maddesine göre, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. Ayrıca, statüsü bulunmayan tüzel kişilerin ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.

Bu sonuçlara ulaşıldıktan sonra konu şöyle bir örnek üzerinden somutlaştırılabilir. Türkiye'de kurulu bir inşaat şirketi tarafından Azerbaycan'da

⁴⁰⁸ Şanlı, **Hukuki Mütalaalarım**, s.432-433; Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", **Reha Poroy'a Armağan**, İstanbul, 1995, s. 400-401; Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, İstanbul, 2011, s. 147-150; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 138.

gerçekleştirilecek inşaat işleri kapsamında orada bir SPV kurulduğunu farz edelim. Azerbaycan’da gerçekleştirilecek iş açısından asıl yüklenici bu SPV, alt yüklenici ise Azerbaycan’da kurulu bir şirket olsun. İşler devam ederken alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenici konumunda yer alan SPV tasfiye edilsin. Bu durumda, alt yüklenicinin Türkiye’de kurulu şirketten alacak talebinde bulunup bulunamayacağı, perdenin önündeki tüzel kişi olan SPV’nin ehliyetinin tabi olduğu hukuk olan, şirketin statüsündeki idare merkezi hukukuna, yani Azerbaycan Hukuku’na göre belirlenecektir.

D. Yabancı Hukukun Uygulanmasının Sınırları

1. Kamu Düzeni

MÖHUK m. 5’e göre, *“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.”*

Milletlerarası Özel Hukuk’ta kamu düzenine aykırılık, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk tespit edilip uygulandıktan sonra, elde edilen sonucun *lex fori*’nin hukuk düzeni içinde kabul edilemeyecek, tahammül edilemeyecek nitelikte olması halinde gündeme gelecektir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını engellememekte, bu kurallar uygulandıktan sonra elde edilen sonucun *lex fori* açısından kabul edilebilir olup olmadığını kontrol etmektedir. Her ne kadar MÖHUK m. 5’te bu husus doğru bir şekilde ifade edilmemiş olsa da, madde uygulanırken bu prensipten yola çıkılmalıdır. Bu bakımdan kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasının sınırlarından biridir⁴⁰⁹.

Kamu düzenine aykırılık müdahalesine başvurulması bakımından yabancı hukukun ne zaman ulusal kamu düzenine aykırı sayılacağıının tespiti önem taşımaktadır. Kamu düzeni kavramı, bir toplumun belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurumlar ve kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır. Bir hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan

⁴⁰⁹ Milletlerarası Özel Hukuk’ta kamu düzeni hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Vischer, s. 23-29; Kassis, s. 179-180; Knoepfler/Schweizer, s. 157-168; Rigaux/Fallon, s. 306-326; Nomer, 161-184; Çelikel/Erdem, s.140-154; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 82-105; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 44-46; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 257-269; Demirkol, s. 410-412.

temel prensipleri, anayasal temel ilkeleri ve toplumda geçerli olan örf-adet ve ahlak kuralları bu kapsamda değerlendirilebilir⁴¹⁰. Dolayısıyla yabancı hukukların bu ilkelere aykırı hükümlerinin uygulanmasının Türk Hukuku açısından tahammül edilemez sonuçlar yaratacağı söylenerek MÖHUK'un 5. maddesine başvurulabilir.

Konu alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde, alt yüklenicilik sözleşmelerinde bazen alt yükleniciye işin hızlı bitirilmesi ve maliyetin azaltılması için baskı yapıldığı ve sözleşmeye bu doğrultuda hükümler konduğu görülmektedir. Bu tür hükümlerin bir kısmının Türk Hukuku'nda kamu düzeni engeline takılarak uygulanmasının engellenebileceği kanaatindeyiz.

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Yabancı hukukun uygulanmasının bir diğer sınırı ise doğrudan uygulanan kurallardır. Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin bazı hükümlerinin yabancılık unsuru taşıyan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmayacağının araştırılması gerektiğini ve bu konuya çalışmamızın İkinci Bölümünde yer vereceğimizi belirtmiştik. Ayrıca, kanaatimizce 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un ve Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğlerin alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı da incelenmelidir.

Bu başlık altında, öncelikle alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından bizi aradığımız cevaplara götürebilecek, doğrudan uygulanan kuralların genel nitelikleri ve tespit edilme yöntemleriyle ilgili açıklamalara yer vererek, alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural teşkil edebilecek genel düzenlemeleri ortaya koyacak; ardından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Yapım İşleri Genel Şartnamesi, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun ve Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğlerin alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural teşkil edip edemeyeceği konusundaki değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

⁴¹⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 84.

Doğrudan uygulanan kurallar, “devletin ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar” olarak tanımlanmaktadır⁴¹¹.

Yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklarda taraflarca yapılan hukuk seçimine veya böyle bir seçim yapılmadığı takdirde kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek olan “uygulanacak hukuk”, o hukuk sisteminin tüm emredici hükümleriyle birlikte uygulanır ve *lex fori*’nin veya üçüncü bir devletin hukukunun tüm emredici hükümlerini bertaraf eder. Bununla birlikte, her hukuk sisteminde kanun koyucunun iç hukuk kurallarıyla kurmaya çalıştığı düzenin yabancılık unsurunun varlığı ile bozulmasını istemediği bazı durumlar, dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklara da uygulanmasını istediği bazı kurallar bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu durumlarda başvurduğu yöntem, o kurallara doğrudan uygulanan kural niteliğinin verilmesidir⁴¹².

Kanun koyucunun bu amacını gerçekleştirmek üzere, doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklara herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gerek kalmaksızın, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının kendilerine yetki vermesini beklemeksizin, başka bir deyişle kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukukun uygulanmasından önce uygulanırlar⁴¹³. Bununla birlikte, doğrudan uygulanan kurallar yabancı hukukun uygulanmasına bütünüyle engel olmaz, sadece doğrudan uygulanan kuralların devreye girdiği konularla sınırlı olarak uygulanmasına engel olurlar⁴¹⁴.

⁴¹¹ Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s. 19. Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin doktrinde yapılan diğer tanımlar ve bu tanımlar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 12-16. Doğrudan uygulanan kurallar Türkçe’de müdahaleci kurallar olarak da isimlendirilmektedir. Bu kavramın İngilizce, Fransızca ve Almanca’daki karşılıkları ise “*overriding mandatory rules*”, “*loi de police*”, “*loi d’application immédiate*” ve “*Eingriffsnorm*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴¹² Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 18. Doğrudan uygulanan kurallar hakkında detaylı bilgi için bkz. Mayer, s. 89-95; Rigaux/Fallon, s. 313-314; Kassis, s. 180-183; Knoepfler/Schweizer, s. 168-179; Audit, s. 675-678; Nomer, s. 184-188; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 8-13, 372-377; Çelikel/Erdem, s. 155-161; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 49-51, s. 298-301; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 277-284; Demir Gökyayla, s. 399-414; Demirkol, s. 400-409.

⁴¹³ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 18.

⁴¹⁴ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 12.

Ancak, tanımından da anlaşıldığı üzere, doğrudan uygulanan kuralların yasal çerçevesini kesin çizgilerle çizmek oldukça zordur. Zira, doğrudan uygulanan kuralların müdahale ettikleri alan çok geniş ve birbirinden farklıdır. Üstelik, bu kurallar sürekli bir gelişim ve değişim halindedir ve devletten devlete de farklılık göstermektedir. Devlet bir alanda liberalleştiği ölçüde, doğrudan uygulanan kurallar yoluyla özel hukuka yönelik müdahale ve sınırlamaları azalmakta, merkeziyetçi ve totaliter bir yapıya sahip olduğu ölçüde ise artmaktadır⁴¹⁵. Bütün bu nedenlerle, bu kurallar tespit edilirken tanımlarla sınırlı kalmak yanlış tespitlerde bulunma ve gitgide genişleyen bu kuralların gelişimini sınırlama tehlikesini içerir⁴¹⁶.

Doğrudan uygulanan kurallar tespit edilirken bu kuralların ayırdedici özelliklerine odaklanılmalıdır. Doğrudan uygulanan kuralların tanımından çıkan sonuç, bu kuralların ayırdedici özelliğinin bir hukuk sistemindeki amaç ve fonksiyonları olduğudur. Bu kuralların tespit edilebilmesi için başka bir kriter ise mevcut değildir. Bunun sonucu olarak, bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının tespit edilmesi için, onun amacının ve yerine getirdiği fonksiyonun somut olarak incelenmesi gerekir⁴¹⁷.

Kanaatimizce bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığıyla ilgili bu inceleme yapılırken sırayla iki sorunun sorulması ve cevabının aranması gerekir. 1- Taraflar aralarında sözleşme yaparak o kuralı bertaraf edebilirler mi? 2- Birinci sorunun cevabı hayırsa, taraflar yabancı bir hukuku seçerek o kuralı bertaraf edebilirler mi? Birinci sorunun cevabı “evet” olduğu takdirde ikinci sorunun sorulmasına gerek yoktur. Zira, tarafların sözleşmeyle bertaraf edebilecekleri bir kural doğrudan uygulanan kural niteliğinde olamaz. Birinci sorunun cevabı “hayır” olduğu takdirde ise, sadece bu sorunun cevaplanması yeterli değildir. İkinci sorunun da cevaplanması gerekir. Zira, tarafların sözleşmeyle bertaraf edemeyecekleri her kural doğrudan uygulanan kural niteliğinde değildir; emredici hüküm de olabilir. İkinci soruya cevap aranırken söz konusu kuralın amaç ve fonksiyonunun ne olduğu da araştırılmalıdır.

5718 sayılı MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallar konusunda iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin ilki, Türk Hukuku'nun (*lex fori*'nin)

⁴¹⁵ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 11.

⁴¹⁶ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 300.

⁴¹⁷ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 21; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 11.

doğrudan uygulanan kurallarına; ikincisi ise üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkindir. Roma I Tüzüğü'nün doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen 9. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır.

Türk Hukuku'nun (*lex fori*'nin) doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK'un 6. maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre, *“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”* Bu hükmün anlamı şudur: Somut bir uyuşmazlık hakkında Türk Hukuku'nda doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan ve o uyuşmazlığı uygulama alanına alan bir kural var ise, hakim MÖHUK uyarınca uyuşmazlığın esasına yabancı bir hukukun uygulanması gerekse bile Türk Hukuku'nun söz konusu doğrudan uygulanan kuralını uygulamak zorundadır.

Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları ise MÖHUK'un 31. maddesinde düzenlenmektedir⁴¹⁸. Söz konusu maddeye göre, *“Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.”* Bu düzenlemede, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması veya bu kuralların uygulanması konusunda hakime takdir yetkisi tanınmaktadır⁴¹⁹.

MÖHUK m. 6 hükmü her türlü işlem ve ilişki hakkında uygulanabilecek bir hükümken, MÖHUK m. 31 hükmü sadece sözleşmeler bakımından uygulama alanı

⁴¹⁸ Üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Mehmet Kösoğlu, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008; Aslı Bayata Canyaş, “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, C. 3, 2009; Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”; Mustafa Erkan, “MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 2, 2011; Vural Çelenk, **Application of Third Country Overriding Mandatory Rules-Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law**, Zürich-Basel-Genf: Schultess Juristische Medien AG, 2018; Cemre Tüysüz, Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 7, S. 14, 2019.

⁴¹⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 375. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına “etki tanınması” ve “uygulanması” arasındaki kavramsal farkın detaylı analizi için bkz. Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, s. 75-76.

bulur⁴²⁰. Ayrıca, bu hükmün uygulanabilmesinin şartı, söz konusu üçüncü devletin hukukunun sözleşmeyle sıkı ilişkili olmasıdır. Üçüncü devlet hukukundan kasıt ise, *lex fori*'nin ve *lex causae*'nin dışındaki herhangi bir devletin hukukudur⁴²¹. Roma I Tüzüğü'nde bu üçüncü devletin sadece sözleşmelerin ifa edileceği ülke olabileceğini gösteren bir düzenleme yer alırken, MÖHUK'ta böyle bir sınırlama yapılmamıştır. Bununla birlikte, sözleşmeyle sıkı ilişkili olan bir devlet hukuku dendiğinde ilk akla gelen örnek Türk Hukuku açısından da sözleşmelerin ifa edileceği yer hukukudur.

Yabancı unsurlu alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından, *lex fori*'nin veya sözleşmelerin ifa edileceği ülkelerin gümrük ve kambiyo rejimine ilişkin yasalar, döviz kontrol kuralları, vergiye ilişkin yasaları, ithalat ve ihracata ve bu alandaki sınırlamalara ilişkin kurallar, teknoloji transferine ilişkin kısıtlamalar, imar yasaları, işçi sağlığı ve işyeri güvenliğiyle ilgili yasalar, çevre ile ilgili yasalar, müesseselerin teknik ve idari işleyişiyle ilgili kurallar doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülebilir⁴²². Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesinde çocuk işçi çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler, işçinin günlük çalışabileceği azami sürenin çok üzerinde çalışmasını öngören düzenlemeler, insan sağlığına ve çevreye zararlı malzeme kullanılmasını öngören düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilebilir.

O halde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin bazı hükümleri, 805 sayılı Kanun ve Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğler yabancı unsurlu alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde görülebilir mi?

Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde belirttiğimiz üzere, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu belli durumlarda alt yüklenici kullanılmasını iş sahibinin onayına tabi tutmakta, Yapım İşleri Genel Şartnamesi ise işin tamamının alt yüklenicilere verilmesini yasaklamakta ve alt yüklenici olamayacak kişileri düzenlemektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi olduğu inşaat projelerinde bu düzenlemeler birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Kamu İhale Kanunu ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin söz konusu maddeleriyle, yabancı unsurlu da olsa Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak alt yüklenicilik sözleşmeleri ciddi sınırlamalara tabi kılınmıştır.

⁴²⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 373.

⁴²¹ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 374, 376.

⁴²² Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 373.

Kişilerin sözleşme özgürlüklerini kısıtlayan kural ve kanunlar, devletin ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği politikaları özel hukuk ilişkilerine yansıtan ve uygulanması zorunlu olan kurallardan olup, doğrudan uygulanan kural niteliğindedir⁴²³. Dolayısıyla, Kamu İhale Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin ilgili hükümlerinin, uygulama alanlarına giren yabancı unsurlu alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 1 ve m. 2'de bu Genel Şartname'nin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları belirleme amacıyla hazırlandığı; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerini kapsadığı; 2. maddede belirtilen birkaç istisnai durum dışında kapsamındaki tüm işlere uygulanacağı belirtilmektedir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin bir kanun niteliğinde olmaması onun doğrudan uygulanan kural olamayacağı anlamına gelmemelidir. Zira, kavramın “doğrudan uygulanan kanun” veya “doğrudan uygulanan kanun hükmü” değil “doğrudan uygulanan kural” olması, sadece kanun mertebesindeki düzenlemelerin değil, eğer şartları sağlıyorsa her türlü hukuk kuralının doğrudan uygulanan kural niteliğinde olabileceğini göstermektedir.

805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un ise aşağıda açıklayacağımız sebeplerle yabancılik unsuru taşıyan veya taşımayan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz.

Söz konusu Kanun'un birinci maddesinde “*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar*” ifadesi yer almakta, ikinci maddesinde ise “*Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir*” denmektedir. Kanunun 4. maddesinde ise ilk iki maddeye aykırılığın yaptırımı “*mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına*

⁴²³ Bkz. Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 8-9.

muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Böylece, Türk şirketler ve yabancı şirketler için bir Türk şirketle yapacakları bazı işlemleri Türkçe yapma mecburiyeti öngörülmektedir. Söz konusu maddelere göre, iki Türk şirket arasında yapılan bir işlem söz konusuysa, Türkçe yapılması mecbur tutulan bu işlemler arasında mukavele, yani sözleşmeler de bulunmaktadır. Yabancı şirketlerin Türk şirketlerle Türkçe olarak yapması zorunlu tutulan işlemler arasında sözleşmeler sayılmamıştır. Ancak, alt yüklenicilik sözleşmelerinde yabancılık unsurunu anlatırken belirttiğimiz üzere, bazen iki Türk şirket arasında yapılan bir alt yüklenicilik sözleşmesinde de yabancılık unsuru bulunabilir.

Sözleşmelerin genel şekil şartlarına ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde ve 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu hükümlerinde ise, sözleşmelerin diline ilişkin hiçbir kural ve sınırlama mevcut değildir. Bu kanunların kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu ve diğer tüm çağdaş hukuk sistemlerinde de, özel hukuk sözleşmelerinin kaleme alınmasında kullanılan dil bakımından hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Gerek Borçlar Kanunu’nu iktisap ettiğimiz 1920’li yıllar bakımından, gerekse günümüz bakımından bu böyledir. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu’nun m. 19/1 hükmünde, bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde tarafların kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı ifade edilmektedir. Böylece, Türk Borçlar Kanunu’na göre, bir sözleşme Türk Hukuku’na tabi olsa bile hangi dilde kaleme alınmış olursa olsun geçerli sayılmalıdır⁴²⁴.

Buna karşılık, Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş koşulları sebebiyle ve özellikle Cumhuriyetin ilk yıllarında özellikle bankacılık, sigortacılık, ulaşım gibi alanlarda tamamen yabancı şirketlerin egemen olması ve Türkiye’deki ofislerinde / işyerlerinde kendi dillerinin kullanılmasını zorunlu kılmalarına karşı bir tepki olarak, Borçlar Kanunumuzun hükümlerine ve ruhuna aykırı düşmesine rağmen, 22.4.1926 tarihinde 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun” çıkarılmıştır.

805 sayılı Kanunun getirdiği yasaklama ve sözleşmeler bakımından Türkçe zorunluluğu, genel hukuk sistemimizin sözleşme özgürlüğü ilkesine ve zamanımızın

⁴²⁴ Doktrinde, Türk Hukuku’na tabi bir sözleşme hiçbir dile girmeyen özel bir şifre ile yazılmış olsa bile bu şifre çözülebiliyorsa sözleşmenin geçerli olacağı kabul edilmektedir (Oğuzman/Öz, s. 146).

hemen tüm ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerine ters düşen, zamanın menfaat ve ihtiyaçlarına da uygun düşmeyen, anakronik bir yapıdadır ve miadını doldurmuş bir düzenlemedir⁴²⁵. Bütün bu nedenlerle, 805 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılması gerekmektedir⁴²⁶. Ayrıca, bu Kanun yürürlükten kaldırılana dek, mahkemeler bu Kanun’u günümüz dünya ve Türkiye gerçeklerine uygun bir şekilde yorumlamalıdır.

Günümüz şartlarında ve Kanunun miadını doldurmuş yapısı göz önünde bulundurulduğunda, 805 sayılı Kanun’daki düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz⁴²⁷. Nitekim, bir ülkede, belirli bir dönemde doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan bir hükmün, ülkenin ekonomik, politik ve sosyal şartlarında meydana gelen değişikliklere paralel olarak bu niteliğini kaybetmesi veya önceden doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmayan bir hükmün zaman içinde bu niteliğe sahip olması mümkündür⁴²⁸. Dolayısıyla, bir an için 805 sayılı Kanun’un bir zamanlar doğrudan uygulanan kural olarak görülebileceği düşünülse de, bu durum söz konusu Kanun’un günümüzde de doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu anlamına gelmemelidir.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğler ise Türkiye’nin kambiyo rejimine ilişkin yasaları ve döviz kontrol kuralları kapsamında yer almakta olup, doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.

Doğrudan uygulanan kurallar tahkim yargılamalarında da uygulama alanı bulmaktadır. Tahkim yargılamaları açısından, her ne kadar hakemler MÖHUK’la ve kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olmasa da *lex causae*’nın ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları hakemler tarafından da uygulanmalıdır⁴²⁹. *Lex causae*’nın doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce de uygulanacak olmasının

⁴²⁵ 805 sayılı Kanunun bu yapısı karşısında doktrin, yürürlükten kaldırılincaya kadar bu düzenlemenin sözleşmenin geçersizliği sonucuna bağlanmasını önlemek için çareler aramıştır ve aramaktadır. Ayrıca, gerek Yargıtay, gerekse doktrin, bazı şartların varlığı halinde, bu tür şekle aykırılıkların ileri sürülmesini Medeni Kanun m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı görmekte, hakkın kötüye kullanılması sayarak önlemektedir.

⁴²⁶ Maalesef, kanun koyucunun 2008 yılında Kanun’un 7. maddesinde değişiklik yapması, Kanun’un yürürlükte kalmasının istendiği şeklinde yorumlanmaya açık olup, Kanunu sıkı ve şekli bir şekilde uygulayıp, maddelerini geniş bir şekilde yorumlayan Yargıtay kararları da bu durumu beslemektedir.

⁴²⁷ Bkz. Emre Esen, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 40, S. 1, 2020, s. 207, dipnot 2.

⁴²⁸ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 21.

⁴²⁹ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 273-276, 278-284.

sebebi, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun bir bütün olarak uygulanmasıdır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ise hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Zira, doğrudan uygulanan kurallar devlet mahkemelerince kamu düzeninin bir parçası olarak görüldüğünden, hakemlerce doğrudan uygulanan kurallar uygulanmadığı takdirde hakem kararı kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilme veya tenfiz edilmeme riskiyle karşı karşıya kalacaktır⁴³⁰. Bununla birlikte, doğrudan uygulanan kuralları uygularken hakemler sözleşmenin konu, yer, kişi ve zaman bakımından doğrudan uygulanan kurallar kapsamına girmesine, uyuşmazlıkla doğrudan uygulanan kural arasında sıkı bir ilişki olmasına ve doğrudan uygulanan kuralın uygulanmasının kuralın amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları bakımından haklılığına dikkat etmelidir.

Alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvuru hakkı veren milli hukuklardaki düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı da tartışılması gereken bir konudur. Bu konunun bazı ICC kararlarında yansımaları bulunmaktadır.

4071 No'lu ICC Kararında⁴³¹ hakem kurulu Fransız Hukuku'ndaki 1975 tarihli Kanun'un 3. maddesinin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir. Hakem heyeti böyle bir uygulamanın hem çok tartışılır olacağını hem de söz konusu olay bazında Fransa ile hiçbir bağlantının olmaması nedeniyle mümkün olmayacağını belirtmiştir. Her şeyden önce sözleşme kapsamındaki işler Fransa dışında ifa edilmiştir. Ayrıca, alt yüklenicinin Fransız vatandaşı olması 1975 tarihli Kanunun doğrudan uygulanması için yeterli bir sebep olarak görülmemiştir. Zira, 1975 tarihli Kanun alt yüklenicinin Fransız vatandaşı olduğu durumlarda mutlaka bu kanunun uygulanacağı şeklinde bir düzenleme içermemektedir. Bu tahkim kararında somut olay bazında 1975 tarihli Kanunun uygulanmayacağı belirtilse de söz konusu kanunun başka bir olayda doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmemiştir.

7528 No'lu ICC Kararında ise hakem kurulu 1975 tarihli kanunun 14. maddesinin doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması için bu maddenin böyle bir

⁴³⁰ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, s. 273-276, 278-284. Tahkimde doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. İbrahim Doğan Takavut, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

⁴³¹ Malinvaud, s. 10.

amaç güdülererek hazırlandığının ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu olayda hakem kurulunun önüne yabancı unsurlu bir sözleşmenin 1975 tarihli Kanun'un 14. maddesine uygun olmadığı için geçersiz kılındığı herhangi bir Fransız mahkeme kararı konulamamıştır. Yani kanun koyucunun böyle bir amaç güttüğü ispatlanamamıştır. Hakem kuruluna göre, Davacıların iddia ettiği gibi Kanunun “*Bu kanun hükümlerinin ihlal edilemeyeceğini*” belirten 15. madde hükmünün yabancı unsurlu sözleşmelere de uygulanması için sözleşmenin Fransa'yla bağlantılı olması aranmalıdır. Hakem heyeti bu kararda kanun koyucunun 1975 tarihli Kanun'un doğrudan uygulanan kural olması şeklinde bir amacının olup olmadığının da sözleşmenin Fransa'yla bağlantısının olup olmamasına göre değerlendirileceğini belirtmiştir. Yani, Kanunun doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması için Roma Konvansiyonu'nun 7(1) maddesinde yer alan iki şartı tek şarta indirmiştir. Önemli olan husus uyuşmazlık konusu olan sözleşmenin Fransa'yla bağlantısının olmasıdır. Hakem kurulu ayrıca sözleşmenin Fransa'yla bağlantılı olup olmadığı tespit edilirken ifa yerinin de (somut olayda Pakistan) tarafların milliyeti (somut olayda Fransa) kadar önemli olduğunu vurgulamıştır. Hakem kuruluna göre 1975 tarihli Kanun'un 14. maddesinin uygulanmasının veya uygulanmamasının yaratacağı sonuçlar da somut olayda ayrıca değerlendirilerek karar verilmelidir. Hakem kurulu sonuç olarak 1975 tarihli Kanun'un somut olayda doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmayacağına karar vermiştir⁴³².

Daha yakın tarihli bir tahkim kararında ise hakem kurulu 1975 tarihli Kanun'un doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığını dolaylı olarak değerlendirmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta sözleşme Fransız hukukuna tabidir. Dolayısıyla 1975 tarihli Kanun uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanmalıdır. Aslında uygulanacak hukukun halihazırda Fransız hukuku olarak belirlendiği durumlarda 1975 tarihli Kanunun doğrudan uygulanan kural olup olmadığı tartışmasının hiç doğmaması gerekir. Ancak, karar metninden tam olarak anlaşılamayan sebeplerle her nasılsa taraflar tahkim yargılaması sırasında 1975 tarihli Kanun'un doğrudan uygulanan kural olmadığı yönünde bir anlaşma yapmışlardır. Hakem kurulu da bu anlaşmayı dikkate almıştır⁴³³. Taraflar arasında böyle bir anlaşma

⁴³² Malinvaud, s. 10.

⁴³³ Malinvaud, s. 11.

yapılması yoluyla bir kanunun doğrudan uygulanan kural olmaktan çıkarılıp çıkarılamayacağı ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

7528 No’lu ICC tahkiminde ise hakem kurulu, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Fransız hukukunu seçmiş olsalar dahi 1975 sayılı Kanun’un uygulanmayacağına karar vermiştir⁴³⁴. Söz konusu uyuşmazlıkta asıl yüklenici iş sahibinden alt yükleniciyi onaylamasını istememiş ve alt yükleniciye banka teminat mektubu sunmamıştır. Hakem kurulu, tarafların Fransız hukukuna yaptıkları referansın sadece genel sözleşmeler hukukuna yönelik bir referans olduğunu ve bu referansın mutlaka 1975 tarihli Kanunu da içerdiği sonucuna varılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, 1975 tarihli Kanun’un uygulanmasının alt yüklenicilik sözleşmesini geçersiz hale getireceği dikkate alınmıştır. Bu durumda tarafların niyetinin bu kanunun bertaraf edilmesi olması daha mümkündür. Hakem kuruluna göre, tarafların 1975 tarihli Kanunu bertaraf etmesi mümkündür, zira yalnızca yabancılık unsuru barındırmayan sözleşmelerde bu kanunun uygulanması zorunludur. Yabancılık unsuru ihtiva eden sözleşmeler için tarafların bu kanunun uygulanmamasına karar vermesi mümkündür.

Görüldüğü üzere, konuyla ilgili ortaya çıkan iki farklı görüş olmakla birlikte daha çok kabul gören görüş, tarafların 1975 sayılı Kanun’un uygulanmasını bertaraf edemeyecekleridir⁴³⁵.

IV. ALT YÜKLENİCİNİN DOĞRUDAN İŞ SAHİBİNE MÜRACAAT İMKANINA UYGULANACAK HUKUK

A. Vasıflandırma Sorunu

Çalışmamızın Birinci Bölümü’nde belirttiğimiz üzere, iş sahibiyle alt yüklenici arasındaki ilişki bakımından bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığında, milli hukuklarda bu konuda farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Bazı milli hukuklarda alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmasını kabul eden özel düzenlemeler bulunmadığı, bazılarında ise böyle bir kabule yönelik özel düzenlemeler olduğu görülmektedir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz milli hukuk sistemlerinden

⁴³⁴ Malinvaud, s. 9.

⁴³⁵ Malinvaud, s. 9.

Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmasını kabul eden özel düzenlemelerin bulunmadığı birinci grupta yer almaktadır⁴³⁶. Alman Hukuku, İngiliz Hukuku ve Birleşik Arap Emirlikleri Hukuku da bu grupta yer almaktadır. Cezayir, Mısır, Suriye, Irak, Kuveyt ve Libya gibi bazı Arap ülkeleriyle Fransa, Belçika ve İspanya ise alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkı veren ve bunu özel olarak düzenleyen ülkeler arasında yer almaktadır⁴³⁷. Katar Hukuku'nda ve Polonya Hukuku'nda da alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkı öngörülmüştür⁴³⁸. Bu konuda açık bir düzenlemenin yokluğunda vekaletsiz iş görme müessesesine başvurmanın bir çözüm yolu olabileceğini söylemek her zaman doğru olmayacaktır. Zira, vekaletsiz iş görme her milli hukukta yer alan bir müessese değildir. Ayrıca, yer aldığı milli hukuklarda dahi açık bir şekilde tanımlanmamakta ve bu nedenle uygulamasına dair birçok sorunu barındırmaktadır. Milli hukukların gösterdiği bu farklılıklar ve vekaletsiz iş görme müessesesinin bu özellikleri alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru imkanına uygulanacak hukukun bu başvuru imkanını açıkça tanıyan bir hukuk olmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu hukukun tayin edilebilmesi için öncelikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin ne şekilde vasıflandırılacağına tespit edilmesi ve yapılacak vasıflandırmaya göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Başka bir deyişle sorun öncelikle bir vasıflandırma sorunudur⁴³⁹.

Milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu özel hukuk ilişkileri; “hak ve fiil ehliyeti”, “nişanlanma”, “evlenme”, “boşanma”, “nafaka”, “velayet”, “menkul miras”, “gayrimenkul miras”, “sözleşmeden doğan borç ilişkileri”, “haksız fiiller” veya “sebepsiz zenginleşme” gibi genel hukuki kavramlarla ifade edilir. Bu kavramlar

⁴³⁶ Kerman, *Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse*, s. 238.

⁴³⁷ Korka, s. 23-25. Söz konusu hak Belçika Medeni Kanunu'nun 1798. maddesi, İspanya Medeni Kanunu'nun 1597. maddesi, Polonya Medeni Kanunu'nun 647. maddesi, Katar Medeni Kanunu'nun 702. maddesi, Cezayir Medeni Kanunu'nun 565. maddesi, Mısır Medeni Kanunu'nun 662. maddesi, Suriye Medeni Kanunu'nun 628. maddesi, Irak Medeni Kanunu'nun 883. maddesi, Kuveyt Medeni Kanunu'nun 682. maddesi, Libya Medeni Kanunu'nun 661. maddesinde düzenlenmektedir. Fransa'da ise alt yüklenicilik sözleşmelerini düzenleyen 31 Aralık 1975 tarihli 75-1334 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer almaktadır.

⁴³⁸ Söz konusu hak Polonya Medeni Kanunu'nun 647. Maddesi ile Katar Medeni Kanunu'nun 702. maddesinde yer almaktadır.

⁴³⁹ Milletlerarası Özel Hukuk'ta vasıflandırma konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Rigaux/Fallon, s. 282-299; Mayer, s. 121-123; Knoepfler/Schweizer, s. 134-141; Nomer, s. 100-104; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 55-59; Çelikel/Erdem, s. 74-90; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 22-224; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 36-38.

kanunlar ihtilafı kuralları açısından bağlama konusunu oluşturur⁴⁴⁰. Bağlama konusu, yabancılık unsuru içeren hukuki ihtilafın, yani hayat ilişkisinin kendisidir⁴⁴¹. Yabancılık unsuru içeren hukuki olayın çözümünde ilk olarak bağlama konusu, ikinci olarak da bağlama konusunun belirli bir devletin hukukuna bağlanmasına sebep olan bağlama noktası tayin edilecektir.

Vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Birinci görüşe göre bunun *lex fori*'ye göre yapılması gerekir. Zira, hakim, yabancı unsurlu bir hukuki ilişkiye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını saptarken o hukuki ilişkiyi kendi hukukuna göre değerlendirmelidir. Aksi takdirde, *lex fori* hukuki uyumsuzluğun çözümünde bütün kontrolünü kaybedecek, tamamen devre dışı kalacaktır. Gerek Kıta Avrupası Hukuku'nda gerekse Anglo Amerikan Hukuku'nda en çok uygulama alanı bulan görüş budur. Vasıflandırma konusunu ilk defa ortaya koyan Kahn ve Fransız hukukçusu Bartin de bu görüşü kabul etmişlerdir⁴⁴². Bu görüşe karşı çeşitli eleştiriler de bulunmaktadır. Öncelikle, *lex fori*'ye göre vasıflandırma yapıp, vasıflandırma sonucu tespit edilen kanunlar ihtilafı kuralı uygulandığında bu kanunlar ihtilafı kuralının hakimi yabancı bir hukukun uygulanmasına yönlendirmesi halinde, aslında yabancı bir hukuka tabi olan bir hukuki olaya iç maddi hukuka göre hukuki nitelendirme yapılmış olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, *lex fori*'ye göre vasıflandırmada hakimin kendi iç maddi hukukuna göre vardığı sonucun, davanın başka bir devlet mahkemesinde açılması halinde varılacak sonuçtan farklı olabileceği belirtilmektedir⁴⁴³.

İkinci görüşe göre ise, vasıflandırmanın *lex causae*'ya göre yapılması gerekir. Bu görüşe göre, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek olan uygulanacak hukuk bir bütün olarak değerlendirilmeli ve olayın hukuki niteliği de o hukuk sistemi içinde değerlendirilmelidir. Bu görüş Alman hukukçusu Wolff ve Fransız hukukçusu Despagne tarafından savunulmuştur⁴⁴⁴. Bu görüşe karşı getirilen en önemli eleştiri *lex*

⁴⁴⁰ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 55.

⁴⁴¹ Çelikel/Erdem, s. 61.

⁴⁴² Bkz. Çelikel/Erdem, s. 79-80.

⁴⁴³ Çelikel/Erdem, s. 80-81.

⁴⁴⁴ Bkz. Çelikel/Erdem, s. 81.

causae'nın tespit edilebilmesi için öncelikle olayın hukuki nitelendirilmesinin yapılmasının gerekmesi nedeniyle böyle bir uygulamanın mümkün olamayacağıdır⁴⁴⁵. Zira, hukuki nitelendirmenin yapılması aşamasında henüz *lex causae* bilinmediği için bu nitelendirmenin *lex causae* 'ya göre yapılması beklenemez.

Vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı konusunda, otonom yorum ve karma yorum olmak üzere iki çözüm metodu daha önerilmiştir. Otonom yorum, bütün devletlerce kabul edilebilecek genel hukuk kavramları geliştirilmesini ve vasıflandırmanın bu kavramlara dayanılarak yapılmasını öngörmektedir. Karma yoruma göre ise, vasıflandırma esas olarak *lex fori*'deki kavramlar kullanılarak yapılmakla birlikte, aynı anda *lex causae*'nın kavramları da göz önünde bulundurulabilir⁴⁴⁶.

Kanaatimizce, vasıflandırmanın, birinci görüş doğrultusunda *lex fori*'ye göre yapılması gerekir. Zira, hakimden bir hukuki olayı kendisine ait olmayan bir hukuka göre vasıflandırması beklenmemelidir. Ayrıca, *lex causae* ancak vasıflandırmanın yapılmasının ardından tespit edilebildiği için vasıflandırma yapılırken henüz belli olmayan *lex causae*'ya göre bir değerlendirme yapılması mümkün değildir.

Türk Hukuku'na göre, alt yükleniciyle iş sahibi arasındaki ilişkinin vasıflandırılmasında değerlendirilebilecek dört ihtimal bulunmaktadır. Buna göre, alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki, haksız fiil ilişkisi, sebepsiz zenginleşme ilişkisi veya vekaletsiz iş görme ilişkisi olarak ele alınıp alınamayacağının değerlendirilmesi gerekir. Diğer milli hukuklarda da bu dört ihtimal bulunmaktadır.

Bir ilişkinin sözleşmeler hukuku hükümlerine tabi olması, o konunun bir sözleşme mahiyetinde olmasıyla mümkündür⁴⁴⁷. Türk Hukuku açısından iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin vasıflandırılması yapılırken göz önünde bulundurulması gereken ilk husus, iş sahibinin asıl yükleniciyle, asıl yüklenicinin ise alt yükleniciyle sözleşme ilişkisi içinde olduğu, iş sahibi ile alt yüklenici arasında ise

⁴⁴⁵ Çelikel/Erdem, s. 81.

⁴⁴⁶ Bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 38.

⁴⁴⁷ Çelikel/Erdem, s. 74.

bir sözleşme ilişkisi bulunmadığıdır. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi birbirinden bağımsızdır. İş sahibi ve alt yüklenici birbirlerine karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvuramaz ve sözleşmeye dayanarak birbirlerinden talepte bulunamaz. İş sahibi, alt yükleniciden eser meydana getirilmesi ve onun kendisine teslimi konusunda bir talep hakkına sahip değildir. Alt yüklenici de eser meydana getirmeyi sadece asıl yükleniciye taahhüt etmiştir. Dolayısıyla, iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi olarak vasıflandırılmaz.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 17 Haziran 1992 tarihli *Handte* kararında, bir alt alıcının doğrudan ayıplı mal üreticisine müracaat edip talepte bulunması kapsamında alt alıcı ile üretici arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmıştır. Divan, bu ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olamayacağına karar vermiştir. Karara göre, bir hukuki ilişkinin sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi için taraflardan biri diğerine karşı kendi iradesiyle bir taahhüt altına girmiş olmalıdır⁴⁴⁸. Bir alt alıcı ile üretici arasındaki uyuşmazlık için verilen bu karar alt yüklenici ile iş sahibi ilişkisine de uyarlanabilir. Zira, iş sahibi de alt yükleniciye karşı kendi iradesiyle herhangi bir taahhüt altına girmemektedir⁴⁴⁹.

İş sahibinin muhatabı asıl yüklenici, alt yüklenicinin muhatabı ise asıl yüklenici olmakla birlikte, alt yüklenicinin fiilleri sebebiyle asıl yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı bazı hallerde iş sahibi doğrudan alt yükleniciye müracaat etme ihtiyacıyla karşılaşacaktır. Aynı ihtiyaç alt yüklenici için de söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda iş sahibi ve alt yüklenicinin birbirlerine karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurarak zararlarını tazmin etme imkanı bulunmamaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak için iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki ilişki, şartları varsa, bir haksız fiil ilişkisi olarak vasıflandırılabilir. Bununla birlikte, alt yüklenicinin iş sahibine başvurmak istediği hallerde haksız fiilin şartlarının gerçekleştiğinin söylenmesi zordur. Zira, kural olarak, alt yüklenicinin uğradığı zarar doğrudan iş sahibinin hukuka aykırı fiili sonucunda gerçekleşmeyecektir. Ayrıca, alt yüklenicinin uğradığı zarar ile iş sahibinin fiili arasında bir illiyet bağı da mevcut olmayacaktır.

⁴⁴⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 17 Haziran 1992 tarihli *Jacob Handte & Co. GmbH v. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA* kararı, C-26/91, Rapor No 1992 I-03967, s. 3994.

⁴⁴⁹ D'Argent, s. 26.

Alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkinin bir sebepsiz zenginleşme ilişkisi olarak ele alınması halinde ise, uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak belirlenecektir. Ancak, alt yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan alacaklarıyla ilgili olarak doğrudan iş sahibine yapacağı başvurularda bu talebin sebepsiz zenginleşmeye dayandığından söz edilemez; zira alt yüklenicinin talebi alt yüklenicinin ifa ettiği edim sonucunda iş sahibi açısından meydana gelen zenginleşmeyle sınırlı değildir. Alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan tüm alacak taleplerinin asıl yüklenici yerine iş sahibine yöneltilmesi söz konusudur. Ayrıca, iş sahibinin de onayladığı bir alt yüklenici söz konusu ise, alt yüklenicinin ifası sonucunda iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesinden bahsetmek, sebepsiz zenginleşmenin şartlarına aykırı olacaktır⁴⁵⁰.

Alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkinin vekaletsiz iş görme ilişkisi olarak ele alınması ise *lex fori*'de vekaletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemelerin içerdiği şartlar sağlandığı takdirde mümkün olabilir. Türk Hukuku'nda alt yüklenicinin iş sahibine karşı vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde de herhangi bir talep ileri süremeyeceği, zira alt yüklenicinin başkasının işini değil asıl yüklenici ile aralarındaki sözleşmeden doğan kendi borcunu ifa edebilmek için bizzat kendi işini yaptığı ifade edilmektedir⁴⁵¹.

Sonuç olarak, alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişki kural olarak ne sözleşmesel bir ilişki, ne bir haksız fiil ilişkisi ne de sebepsiz zenginleşme ilişkisidir⁴⁵². Tek ihtimal bu ilişkinin vekaletsiz iş görme ilişkisi olarak nitelendirilebilmesidir. Bu da milli hukuklara göre farklılık arz edecektir. Alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkinin vekaletsiz iş görme olarak vasıflandırılması halinde vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk tespit edilerek bu doğrultuda hareket edilebilir⁴⁵³. Vasıflandırmanın yapılamadığı veya vasıflandırmanın vekaletsiz iş görme olarak

⁴⁵⁰ Pulkowski, s. 42.

⁴⁵¹ Seçer, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, s. 246-247, dipnot 786.

⁴⁵² D'Argent, s. 30; Pulkowski, s. 42.

⁴⁵³ Vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği konusunda Türk Hukuku'nda MÖHUK'ta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle bu tespit yapılırken Roma II Tüzüğü'nde yer alan düzenlemenin esas alınması gerekir. Vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun tespiti konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Aynaz Uğur, **Milletlerarası Özel Hukukta Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022; Ece Baş Süzel/Candan Yasan, "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 2, 2016.

yapılmasının elverişli sonuçlar doğurmadığı noktada ise alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

B. Uygulanacak Hukukla İlgili Görüşler

1. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Esas Alınması Gerektiği Görüşü

İlk seçenek alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma imkanı olup olmadığının asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesidir⁴⁵⁴. Bu görüşe göre, alt yüklenicilik sözleşmesi hangi hukuka tabi olursa olsun, eğer asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuk alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmaya imkan tanıyan bir hukuksa ve iş sahibinden doğrudan kendisine başvurmak isteyen alt yüklenicilerin olabileceğini öngörmesi beklenebiliyorsa, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma imkanına asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulanmalıdır. Bunun sonucu olarak alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma imkanı tanınmalıdır⁴⁵⁵.

Benzer şekilde, alt yüklenicilik sözleşmesi hangi hukuka tabi olursa olsun, eğer asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuk alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmaya imkan tanımayan bir hukuksa, alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma imkanı tanınmamalıdır.

Bu görüşün temelinde, iş sahibinin alt yükleniciler tarafından doğrudan kendisine yapılacak başvurulara karşı korunması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukukun esas alınması iş sahibinin ileride kendisinden alacak talebinde bulunabilecek kişileri öngörmesini sağlayacaktır⁴⁵⁶.

2014 yılında Belçika Mahkemeleri'nin verdiği bir karar bu görüşün uygulandığı önemli bir örnek niteliğindedir⁴⁵⁷. Söz konusu karara konu olan olayda, Hollanda'da kurulu bir alt yüklenici şirket doğrudan yine Hollanda'da kurulu iş sahibine karşı Belçika Mahkemelerinde dava açmıştır. Somut olayda iş sahibi (C) asıl yüklenici T.S. ile denizde rüzgar santrali inşası için sözleşme akdetmiştir. T.S.

⁴⁵⁴ Vincent Heuzé, "La Loi Applicable aux Actions Directes dans les Groupes de Contrats: l'Exemple de la Sous-Traitance Internationale", *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris: Dalloz, 1996, s. 256-259; Pulkowski, s. 43; D'Argent, s. 26-29; Korka, s. 28.

⁴⁵⁵ D'Argent, s. 29.

⁴⁵⁶ Pulkowski, s. 43-44.

⁴⁵⁷ Anvers Ticaret Mahkemesi'nin 8 Ekim 2014 tarihli kararı (D'Argent, s. 26-29).

denizcilik ve elektrik işleri için Hollanda'da kurulu T şirketiyle bir alt yüklenicilik sözleşmesi akdetmiştir. T, taraklama işleri için Belçika'da kurulu B.B. ile, B.B. ise dalgıçlık işleri için Hollanda'da kurulu B ile alt yüklenicilik sözleşmeleri akdetmişlerdir.

Hollanda'da kurulu T şirketiyle Belçika'da kurulu B.B. şirketi arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesinde bir hukuk seçimi maddesi bulunmaktadır ve sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Belçika Hukuku seçilmiştir. Ayrıca, bu sözleşmede B.B.'nin yüklendiği ancak kendi uzmanlık alanında olmayan işler için alt yükleniciler görevlendirebileceği açıkça belirtilmiştir.

Belçika'da kurulu B.B. ile Hollanda'da kurulu B arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesi ise Hollanda Hukuku'na tabi kılınmıştır. Belçika'da ifa ettiği edimler karşısında alacakları kendisine ödenmeyen Hollanda'da kurulu B şirketi, doğrudan kendisine göre iş sahibi konumunda olan Hollanda'da kurulu T şirketine Belçika Mahkemelerinde dava açmıştır.

Belçika Mahkemesi, somut olayda alt yüklenicinin iş sahibine doğrudan müracaat imkanı olup olmadığının T ile B.B. arasındaki sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre, yani Belçika Hukuku'na göre değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Belçika Mahkemesi bu kararını, somut uyuşmazlıkta iş sahibi konumunda olan T'nin B.B. ile yaptığı sözleşmede bazı işler için alt yüklenicilerin görevlendirilebileceği konusunda izin vermiş olmasına, T ile B.B. arasındaki sözleşme alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat etmesine imkan tanıyan Belçika Hukuku'na tabi olduğu için görevlendirilecek alt yüklenicilerin doğrudan kendisine müracaat edebileceğini öngörebilecek durumda olmasına dayandırmıştır. Sonuç olarak mahkeme alt yüklenicinin iş sahibine doğrudan müracaat imkanı olup olmadığını asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre tespit etmiştir.

2. Alt Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Esas Alınması Gerektiği Görüşü

İkinci seçenek alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma imkanı olup olmadığının alt yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesidir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Pulkowski, s. 44; Korka, s. 28.

Bu görüşe göre, iş sahibi-asıl yüklenici-alt yüklenici ilişkisinde asıl korunması gereken alt yüklenicidir. Doğrudan iş sahibine müracaat imkanıyla alt yüklenici asıl yüklenicinin ödeme aczinde olması ve iflasına karşı korunmaktadır. Bu imkan, adeta alt yüklenicinin teminatıdır. Alt yüklenicinin korunması, iş sahibine doğrudan müracaat imkanına alt yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukukun uygulanması halinde sağlanabilir⁴⁵⁹.

Kuzey Carolina Eyaleti Yüksek Mahkemesi, *Electric Supply Co. v. Swain Electrical Co.* kararında alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaatı kavramının inşaatçı ipoteğinin temelini oluşturduğunu ifade etmiştir⁴⁶⁰.

Bu görüş doğrultusunda, asıl yüklenicilik sözleşmesinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanı tanımayan bir hukuka tabi olması, alt yüklenicilik sözleşmesinin ise bu imkanı tanıyan bir hukuka tabi olması halinde alt yükleniciye bu imkan tanınmalıdır. Örneğin, asıl yüklenicilik sözleşmesi Türk Hukuku'na, alt yüklenicilik sözleşmesi ise Fransız Hukuku'na tabiyse, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına Fransız Hukuku uygulanmalı, böylece alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma imkanı sağlanmalıdır.

3. Hem Asıl Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun, Hem de Alt Yüklenicilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Esas Alınması Gerektiği Görüşü

Bir diğer görüşe göre, problemin en doğru şekilde çözülmesini sağlamak için hem asıl yüklenicilik sözleşmesinin, hem de alt yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuka bakılmalıdır. Eğer her iki sözleşmenin tabi olduğu hukuk da alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmasına imkan tanıyorsa, o zaman alt yükleniciye bu imkan tanınmalı, aksi takdirde ise tanınmamalıdır⁴⁶¹.

Bu görüş doğrultusunda, asıl yüklenicilik sözleşmesi Türk Hukuku'na, alt yüklenicilik sözleşmesi ise Fransız Hukuku'na tabiyse, sadece alt yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuk doğrudan iş sahibine müracaat imkanı tanıdığı için, alt yüklenici doğrudan iş sahibine başvuramamalıdır.

⁴⁵⁹ Pulkowski, s. 44; Korka, s. 28-29.

⁴⁶⁰ Korka, s. 28-29, dipnot 97.

⁴⁶¹ Pulkowski, s. 44; Korka, s. 28.

Her iki sözleşmenin tabi olduğu hukukun doğrudan iş sahibine müracaata imkan tanınması, ancak tabi olunan bu hukukların her iki sözleşme için birbirinden farklı olması halinde bu görüşün esas alınması karmaşık bir durum yaratacaktır. Örneğin, asıl yüklenicilik sözleşmesinin Belçika Hukuku'na, alt yüklenicilik sözleşmesinin ise Fransız Hukuku'na tabi olması halinde bu görüşten hareketle alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvuru imkanı tanınırken Belçika Hukuku'ndaki düzenlemenin mi yoksa Fransız Hukuku'ndaki düzenlemenin mi esas alınacağı sorusu gündeme gelecektir. Dolayısıyla, kanaatimizce bu görüşün uygulanması bu tür durumlarda problem yaratacaktır.

4. Uygulanacak Hukukun İki Aşamada Tespit Edilmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüşe göre, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru imkanına uygulanacak hukukun tespit edilmesi için iki aşamadan geçilmelidir. Birinci aşamada, yukarıdaki görüşlerden hareketle bir tespit yapılmalı, ikinci aşamada ise tespit edilen bu hukukun uygulanmasının iş sahibinin öngörmesi mümkün olmayan alacak talepleriyle karşı karşıya kalmasına neden olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Sonuç olarak iş sahibini öngörülemez durumlar içinde bırakmayacak bir hukukun uygulanması tercih edilmelidir⁴⁶².

5. Alternatif Görüş

Son bir görüşe göre ise, asıl yüklenicilik sözleşmesi ve alt yüklenicilik sözleşmesinden herhangi biri doğrudan iş sahibine başvuru imkanının tanındığı bir hukuka tabi olduğu takdirde, bu imkanı tanıyan hukuk uygulanmalıdır. Ayrıca, alt yüklenicinin edimini ifa ettiği ülke hukuku bu imkanı tanıyorsa, asıl yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuklara bakılmaksızın alt yükleniciye bu imkan tanınmalıdır⁴⁶³.

6. Değerlendirme

Bu görüşler doğrultusunda, kanaatimizce milletlerarası özel hukuk adaletini en çok sağlayacak olan görüş, uygulanacak hukukun iki aşamada tespit edilmesi gerektiği görüşüdür. Böylelikle uygulanacak hukukun iş sahibinin öngörmesi mümkün olmayan alacak talepleriyle karşı karşıya kalmasına neden olup olmayacağının sağlanması yapılacak ve buna göre karar verilecektir.

⁴⁶² Pulkowski, s. 44-45; Korka, s. 29.

⁴⁶³ Pulkowski, s. 45; Korka, s. 29.

Bununla birlikte, aslında uygulanacak hukukun iki aşamada tespit edilmesi gerektiği görüşü sonuç olarak asıl yüklenicilik sözleşmesinin esas alınması gerektiği görüşüyle kesişecektir. Zira, potansiyel alt yüklenici taleplerinin iş sahibi tarafından öngörülebilir olup olmadığını gösterecek olan asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuktur. Ayrıca, birinci yöntemin uygulanması (asıl yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukukun esas alınması) dördüncü yöntemin uygulanmasına (uygulanacak hukukun iki aşamada tespit edilmesi) göre daha pratiktir. Bu nedenle, kanaatimizce alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına sahip olup olmadığının tespitinde asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulanmalıdır.

Yukarıda detaylarıyla açıkladığımız bütün bu görüşler asıl yüklenicilik sözleşmeleriyle alt yüklenicilik sözleşmelerinde hukuk seçiminin ne kadar önemli olduğunu bir kez daha gözler önüne sermektedir. Asıl yüklenicilik sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmadığı takdirde potansiyel alt yüklenici taleplerinin iş sahibi tarafından öngörülebilir olduğundan bahsetmek oldukça zordur. Dolayısıyla asıl yüklenicilik sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmamış olması alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukukun belirlenme sürecini çıkmaza sokacaktır. Elbette hukuk seçimi yapılması kadar, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin aynı hukuka tabi kılınması da önemlidir. Aksi takdirde, alt yüklenicilik sözleşmesine göre doğrudan iş sahibine başvurabileceğini düşünen bir alt yüklenici asıl yüklenicilik sözleşmesi başka bir hukuka tabi kılındığı için bu imkandan mahrum kalabilecek, beklentileriyle uyuşmayan bir durumda kalacaktır.

C.İnşaatçı İpoteği Konusunda Uygulanacak Hukuk

Yukarıda açıkladığımız yöntemler kullanılarak tespit edilecek hukuk alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmasına imkan tanımıyorsa, inşaatçı ipoteğinin varlığı alt yüklenici açısından bir çözüm olabilir. Zira, inşaatçı ipoteği tek başına alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma yolunu açmaktadır.

Çalışmamızın Birinci Bölümünde açıkladığımız üzere, inşaatçı ipoteği bazı milli hukuklarda kabul edilmekte, bazılarında ise kabul edilmemektedir. İsviçre, Almanya ve Amerika bu ipoteği kabul eden ülkeler arasında yer alırken, Avusturya, Fransa, İtalya, Meksika, İngiltere ve Latin Amerika'nın büyük kısmında inşaatçı ipoteğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Birleşik Arap Emirlikleri'nde ise

inşaatçı ipoteği yasaklanmıştır. İnşaatçı ipoteğini kabul eden ülkelerin bu hakka ilişkin hukuki düzenlemeleri ise benzerlikler taşımakla birlikte, her bir ülkenin bu hakkı farklı şekillerde düzenlediği görülmektedir. Dolayısıyla, inşaatçı ipoteğine uygulanacak hukukun doğru bir şekilde tespit edilmesi de büyük önem taşımaktadır. Alt yüklenicilerin inşaatçı ipoteği haklarının olup olmadığı veya inşaatçı ipoteğinin tescilinin iş sahibinin alacağı kabul etmesine veya mahkeme kararına bağlı olup olmadığı, bu konuda uygulanacak hukukun tespit edilmesi sonucunda ortaya çıkacaktır.

İnşaatçı ipoteğine uygulanacak hukuk, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakların, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğunu öngören MÖHUK'un "Aynî haklar" kenar başlıklı 21. maddesine göre tespit edilmelidir. MÖHUK'un 21. maddesi, Roma I Tüzüğü'nün 4(1)(c) maddesiyle aynı yöndedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI YETKİ VE TAHKİM

I. GENEL OLARAK

Çalışmamızın ilk bölümünde alt yüklenicilik sözleşmesinin maddi hukuk boyutunu, ikinci bölümünde ise uygulanacak hukukla ilgili problemleri inceledikten sonra, bu bölümde alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme ve tahkim konularını, ilgili yerlerde FIDIC tarafından alt yüklenicilik sözleşmeleri için hazırlanan “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları (*Conditions of Subcontract for Construction*)”nda öngörülen düzenlemelere de yer vererek, ele alacağız.

Yabancılık unsuru içeren alt yüklenicilik sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda, MÖHUK’un 40. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (“HMK”) öngörülen yetki kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Yabancılık unsuru içeren alt yüklenicilik sözleşmelerinde yetki sözleşmesi yapılması yoluyla yetkili mahkemenin taraflarca seçilmesi de mümkündür. Bu yetki sözleşmesiyle bir Türk mahkemesi yetkilendirilebileceği gibi yabancı bir mahkeme de yetkilendirilebilir.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde tarafların uyuşmazlıklarını devlet yargısında değil hakemler huzurunda çözmeyi tercih etmeleri de mümkündür. Alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları aralarındaki sözleşmeye bir tahkim şartı koymak yoluyla bu yöntemi tercih edebilirler.

FIDIC tarafından hazırlanan “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları (*Conditions of Subcontract for Construction*)” 1994 ve 2011 yıllarında

yayınlanmıştır. Bu kurallar alt yüklenicilik sözleşmelerindeki talepte bulunma ve uyuşmazlık çözümü mekanizmalarını düzenlemekte ve Kırmızı Kitap veya Pembe Kitap’a tabi olan inşaat projelerinde kullanılabilmektedir. 1994 yılı basımı 1987 tarihli Kırmızı Kitap’la, 2011 yılı basımı ise 1999 tarihli Kırmızı Kitap’la birlikte kullanılmaktadır. Bu kural “İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartları”nın önsözünde belirtilmektedir.

II. ALT YÜKLENİCİLİK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI YETKİ

A. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine İlişkin Kurallar

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin genel ve temel kural MÖHUK’un 40. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.*” Bu düzenlemede ülke içi yetki kurallarının aynı zamanda milletlerarası yetkiyi de düzenleyeceği öngörülmüştür⁴⁶⁴. Bunun sonucu olarak, Türk usul hukuku bakımından yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığı halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de doğmuş olacaktır. Aksi takdirde ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden bahsedilemeyecektir⁴⁶⁵.

Yetkiye ilişkin iç hukuk kuralları öncelikle HMK’da yer alır. Ayrıca, Medeni Kanun gibi diğer bazı kanunlarda ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda da yetkiye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. MÖHUK’un 40. maddesinde iç hukukun yetki kurallarına yapılan atıf bu kuralların tamamını kapsar⁴⁶⁶.

MÖHUK’ta m. 40’ın dışında, bir de tamamlayıcı yetki kuralları bulunmaktadır. Bunlara MÖHUK’taki özel yetki kuralları da denmektedir. Bazı durumlarda iç hukukun yetki kurallarının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmeye yeterli olmadığı düşünülerek bu tamamlayıcı kurallar öngörülmüştür. Bu kurallar MÖHUK m. 41 ve devamındaki maddelerde yer almaktadır. Bu hükümlerde, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar (MÖHUK m. 41), yabancıların kişi hallerine

⁴⁶⁴ Milletlerarası yetkiyle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Audit, s. 256-485; Mayer, s. 187-237; Knoepfler/Schweizer, s. 259-267; Rigaux/Fallon, s. 365-417; Nomer, s. 464-487; Çelikel/Erdem, s. 565-617; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 452-486; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 403-413; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 49-62.

⁴⁶⁵ Nomer, s. 464-465.

⁴⁶⁶ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 462-463.

ilişkin bazı davalar (MÖHUK m. 42), miras davaları (MÖHUK m. 43), iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları (MOHUK m. 44), tüketici sözleşmesine ilişkin davalar (MÖHUK m. 45) ve sigorta sözleşmesine ilişkin davalar (MÖHUK m. 46) düzenlenmiştir. Kendi alanlarına giren bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde MÖHUK m. 40'tan önce bu kurallar uygulanmalıdır⁴⁶⁷. Ancak, bu kurallar arasında alt yüklenicilik sözleşmeleriyle ilgili olabilecek bir kural bulunmadığı için alt yüklenicilik sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken bu kurallara bakılmasına gerek yoktur.

Alt yüklenicilik sözleşmesi bir sözleşme olması itibariyle HMK'daki yetki kurallarından genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi (HMK m. 6) ile sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi (HMK m. 10) uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, sözleşmeler açısından HMK'da kesin yetki kuralı bulunmadığından, HMK m. 6 ile HMK m.10'un gösterdiği mahkemelerin aynı anda yetkili olması mümkündür⁴⁶⁸.

HMK'nın 6. maddesine göre iç hukukta genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi MÖHUK'un 40. maddesinde yapılan atıf nedeniyle milletlerarası yetki bakımından genel yetkili mahkeme niteliğindedir. Davalının yerleşim yeri mahkemesi sadece gerçek kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda değil, tüzel kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda da bu niteliktedir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde tarafların tacir olacakları göz önünde bulundurulduğunda, yerleşim yerinin tüzel kişiler açısından anlamının tespit edilmesi önemlidir. HMK'nın 6. maddesi kapsamında yerleşim yeri Medeni Kanun'a göre yorumlanmalıdır⁴⁶⁹. Medeni Kanun'un 19. maddesine göre yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise, Medeni Kanun'un 51. maddesi uyarınca, kuruluş belgesinde başkaca bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği, yani tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerdir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta davalının merkezinin bulunduğu yer Türkiye olduğu takdirde Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Davalının yerleşim yerinin davanın açıldığı tarihte Türkiye'de bulunması yeterlidir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Çelikel/Erdem, s. 567; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 459-460.

⁴⁶⁸ Demir Gökyayla, s. 447-448.

⁴⁶⁹ Demir Gökyayla, s. 449.

⁴⁷⁰ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 465.

HMK'nın 10. maddesinde ise sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre, *“Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir”*. Lafzından da anlaşılacağı üzere bu madde sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmamakta, alternatif bir yetki kuralı getirmektedir⁴⁷¹.

HMK'nın 10. maddesindeki alternatif yetki kuralından yararlanabilecek uyuşmazlıklara örnek olarak sözleşmenin yerine getirilmesine (alacağın ödenmesine, malın teslimine, cezai şartın ödenmesine) ilişkin davalar, sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan tazminat davaları, sözleşmenin geçerli olup olmadığına dair tespit davaları, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan davalar gösterilebilir⁴⁷². Geçerliliği tartışmalı olmayıp hukuken geçersiz olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ise bu yetki kuralı uygulanamaz⁴⁷³.

B. Yetki İtirazında Bulunulmaması Sebebiyle Türk Mahkemelerinin Yetkisinin Doğması

HMK'nın 19(4) hükmüne göre, *“Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir.”* MÖHUK'un 40. maddesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi açısından iç hukuktaki yetki kurallarına hiçbir ayırım yapmadan atıf yaptığı ve HMK'nın 19. maddesi de iç hukuktaki yetki kuralları arasında yer aldığı için, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda milletlerarası yetki açısından da bu madde uygulama alanı bulacaktır⁴⁷⁴.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından kesin yetkili bir mahkeme bulunmadığından, bu hüküm de önem teşkil etmekte ve yetki ilk itirazında bulunulmaması bir yaptırıma bağlanmaktadır.

Buna göre, gerek yabancılik unsuru taşıyan, gerekse yabancılik unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda davalı yetkisizlik ilk itirazında bulunmazsa Türk mahkemesi başlangıçta yetkili olmasa bile davaya bakmak zorundadır. Türk mahkemesinin uyuşmazlık konusuyla, taraflarla veya uyuşmazlık sebebiyle herhangi

⁴⁷¹ Demir Gökyayla, s. 447.

⁴⁷² Demir Gökyayla, s. 451.

⁴⁷³ Demir Gökyayla, s. 451.

⁴⁷⁴ Demir Gökyayla, s. 459.

bir bağlantısının olmaması davaya Türk mahkemelerinin bakmasının önüne geçmez. Zira, milletlerarası yetki kurallarında uyuşmazlığın herhangi bir şekilde o mahkemelerle bağlantısının olması aranmamaktadır. Bunun sonucu olarak, örneğin Belçika’da kurulu asıl yükleniciyle Fransa’da kurulu ve sözleşmeden doğan edimini Fransa’da ifa eden alt yüklenici arasındaki dava Türk mahkemelerinde açılırsa ve davalı taraf yetki ilk itirazında bulunmazsa Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğacaktır⁴⁷⁵.

C. Yetki Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukukta taraflar uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı merciini serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar yetki sözleşmesi yaparak bir devlet mahkemesini yetkili kılma veya tahkim sözleşmesi yaparak hakemleri yetkilendirme yoluyla bu imkandan yararlanırlar. Tarafların serbestçe hukuk seçimi yapabilmesi gibi bu durum da borçlar hukukundaki irade serbestisinin milletlerarası özel hukuktaki yansımasıdır⁴⁷⁶.

Tarafların yetki veya tahkim sözleşmesi yaparak uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı merciini belirlemeleri öngörülebilirliğin sağlanması açısından her iki taraf için de önemlidir. Böylelikle taraflar aralarında çıkacak bir uyuşmazlığın nerede ve ne şekilde çözümleneceğini aralarındaki hukuki ilişkinin en başından itibaren öngörebilir ve adımlarını ona göre atabilirler. Sözleşmede yetkili mahkemenin belirlenmemesi, bir uyuşmazlık çıktığında o uyuşmazlığı çözecek olan mercinin seçimini davacının tercihlerine bırakmak anlamına gelir. Davacı ise davalıyı düşünmeden kendisi için avantajlı olacak yolları tercih edecek, bu nedenle davalı açısından ciddi zorluklar doğabilecektir⁴⁷⁷. Örneğin davacı, davalının davayı takip etmesine imkan olmayan bir yerde dava açarak davalının savunma hakkını kullanabilmesini engelleyebilir ya da zorlaştırabilir. Bu nedenle taraflar yetki sözleşmesini, bunun kendileri için ne kadar önemli olduğunun farkında olarak hazırlamalı, etkili bir yetki sözleşmesi için gerekli şartlara riayet etmelidirler.

Yetki sözleşmesi, ilgili olduğu hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi; ilgili olduğu sözleşmenin içinde bir madde olarak yer alarak da

⁴⁷⁵ Demir Gökyayla, s. 459.

⁴⁷⁶ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 501; Demir Gökyayla, s. 460.

⁴⁷⁷ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 502.

yapılabilir. İkinci hâlde, yetki şartından söz edilir. Gerek yetki sözleşmesi, gerek yetki şartı tâbi olduğu hukukî rejim ve doğurduğu hukukî sonuçlar itibariyle, ilgili olduğu asıl sözleşmeden tümüyle ayrı, bağımsız bir hukukî varlığa sahiptir⁴⁷⁸.

Türk Hukuku'nda yetki sözleşmeleri yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi veya Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi yoluyla iki şekilde yapılabilir. İki tür yetki sözleşmesinin de etkili olabilmeleri için bazı şartlar bulunmaktadır. Aşağıdaki başlıklarda bu şartları alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından örneklerle birlikte ele alacağız.

2. Yabancı Bir Mahkemenin Yetkilendirilmesi

Tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmek amacıyla yapacakları yetki sözleşmeleri MÖHUK m. 47'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, *“Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.”*

MÖHUK'un 47. maddesinde, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan bir yetki sözleşmesinin varlığına rağmen davanın Türk mahkemelerinde açılması ve davalının yetki itirazında bulunması halinde Türk mahkemelerinin hangi şartlarla o yetki sözleşmesine etki tanıyacağı ve yetkisizlik kararı vereceği düzenlenmektedir. Yetki itirazıyla karşılaşan Türk mahkemesi, Türk mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olduğu bir durumun söz konusu olmaması, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve bir borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık olması, yetki sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılmış olması ve yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz saymış olmaması halinde yetkisizlik kararı vermelidir⁴⁷⁹.

Başka bir deyişle, yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren bir yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldırabilmesi için altı şart bulunmaktadır. Davanın açıldığı Türk mahkemesi önünde davalı tarafından yetki

⁴⁷⁸ Süha Tanrıver, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2015, s. 464.

⁴⁷⁹ Çelikel/Erdem, s. 644-650; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 512-523; Nomer, s. 489-495; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 72-78; Demir Gökyayla, s. 462-463.

itirazında bulunulmuş olmalıdır. Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi münhasır yetki esasına göre belirlenmemiş olmalıdır⁴⁸⁰. Uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmalıdır. Uyuşmazlık bir borç ilişkisinden doğmuş olmalıdır. Yetki sözleşmesi yazılı bir şekilde yapılmış olmalıdır. Son olarak, yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan yabancı mahkeme kendisini yetkisiz saymış olmamalıdır.

Ayrıca, MÖHUK m. 47'deki şartların yanında, gerçek bir iradenin ve geçerli bir irade beyanının bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır. Yetki sözleşmesine yönelik irade beyanının yokluğu halinde veya cebir, ikrah veya hile ile elde edilmiş olması durumunda böyle bir yetki sözleşmesine etki tanınamaz⁴⁸¹.

Yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinin ismen belirtilmesinin gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce isabetli olan görüş, yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinin ismen belirtilmesine gerek olmadığıdır. Örneğin, Alman mahkemelerinin yetkili kılındığının belirtilmesi yeterlidir⁴⁸². Böyle genel bir yetkili kılma yoluyla da MÖHUK'un 47. maddesinde yer alan, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşmaları şartı gerçekleşmiş olur. Önemli olan, tarafların Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırmak yönündeki ortak iradesinin anlaşılmasıdır. Kalan hususların davanın açılacağı yabancı mahkemeler önünde o mahkemelerin tabi olduğu hukuka göre değerlendirilmesi gerekir.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar Türk mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olduğu uyuşmazlıklar arasında yer almamaktadır. Ayrıca bu uyuşmazlıkların sözleşmeden, yani bir borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık olduğu tartışmasızdır. O halde, çalışmamızın İkinci Bölümünde yaptığımız açıklamalar kapsamında yabancılık unsuru taşıyan bir alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar için yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren sözleşme yazılı bir şekilde yapılmışsa, yetkili kılınan yabancı mahkeme kendisini yetkisiz saymamışsa ve

⁴⁸⁰ Münhasır yetki, belirli bir uyuşmazlık hakkında sadece belirli bir devlet mahkemesinin karar verme yetkisinin bulunmasıdır. Yetki kurallarının Türk mahkemelerine münhasır yetki verip vermediğinin belirlenmesinde o kuralların amaçları ve varlık sebepleri dikkate alınmalıdır. Münhasır yetkinin tanımı ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunduğu durumlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 519-524.

⁴⁸¹ Fügen Sargın, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 166-170, 176-178; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 515.

⁴⁸² Bu görüş için bkz. Sargın, s. 171; Nomer, s. 495; Çelikel/Erdem, s. 647. Bu konudaki tartışmalar ve her iki yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 513-515, dipnot 189.

davanın açıldığı Türk mahkemesinde davalı yetki itirazında bulunmuşsa Türk mahkemesi söz konusu yetki sözleşmesine dayanarak yetkisizlik kararı vermelidir.

MÖHUK'un 47. maddesinde açıkça belirtilmiş olmasa da, yetki sözleşmesi yapılan hukuki ilişkinin belirlenebilir olması da gerekir. Örneğin, *"İşbu alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak bütün uyuşmazlıklar için Paris mahkemeleri yetkili olacaktır"* şeklinde bir ibare kullanılarak, hakkında yetki sözleşmesi yapılan uyuşmazlıkların kaynaklanabileceği hukuki ilişkinin açıkça belirtilmesi gerekir⁴⁸³.

Seçilen mahkeme ile hukuki ilişki veya taraflar arasında bir ilgi bulunması ise gerekmez⁴⁸⁴. Bu durum irade serbestisiyle de bağdaşmaktadır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkla hiçbir ilişkisi bulunmayan bir devlet mahkemesini, tarafsız olacağına inandıkları, benzer hukuki ihtilaflarla sık sık karşılaşması nedeniyle daha deneyimli olduğunu düşündükleri, aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku en iyi şekilde tatbik edeceğine inandıkları veya o uyuşmazlığı çözerken uygulayacağı maddi hükümler ile usul hukuku hükümlerinin kendi uyuşmazlıklarına da uygulanmasını istedikleri için seçebilirler.

3. Bir Türk Mahkemesinin Yetkilendirilmesi

Tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmek amacıyla yapacakları yetki sözleşmeleri MÖHUK m. 47'de düzenlenmişken, Türk mahkemelerini yetkilendirmek amacıyla yapacakları yetki sözleşmeleri MÖHUK'ta düzenlenmemiştir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının tayin edeceğini ifade eden MÖHUK'un 40. maddesinin bu atfı, yabancılık unsuru taşıyan alt yüklenicilik sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisine ilişkin şartlar konusunda HMK'nın yetki sözleşmelerine ilişkin 17. ve 18. maddelerini gündeme getirmektedir.

HMK'nın söz konusu maddelerine göre, yabancılık unsuru taşıyan bir alt yüklenicilik sözleşmesinde Türk Mahkemelerinin yetkili kılınması mümkündür. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece yetki sözleşmesiyle belirlenen bu mahkemelerde açılacaktır.

HMK'nın 17. maddesine göre, sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri Türk mahkemelerini yetkilendiren bir yetki sözleşmesinin tarafları olabilirler. Alt

⁴⁸³ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 515.

⁴⁸⁴ Sargın, s. 181-182.

yüklenicilik sözleşmelerinin tarafları açısından genellikle bu şartı sağlayacağı söylenebilir.

HMK'nın 18. maddesi uyarınca, Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki sözleşmeleri de yazılı şekilde yapılmalıdır. Ayrıca, Türk mahkemelerini yetkilendiren bir yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kesin yetki kurallarına aykırılık olmaması ve yetki sözleşmesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda yapılmış olması gerekir. Yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmelerinde olduğu gibi, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması da şarttır. Örneğin, *“İşbu alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak bütün uyuşmazlıklar için İstanbul mahkemeleri yetkili olacaktır”* şeklinde bir ibare kullanılarak, hakkında yetki sözleşmesi yapılan uyuşmazlıkların kaynaklanabileceği hukuki ilişkinin açıkça belirtilmesi gerekir⁴⁸⁵.

Yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmelerinde olduğu gibi, burada da yetkili kılınan mahkeme ile hukuki ilişki veya taraflar arasında bir ilgi bulunması gerekmez⁴⁸⁶.

4. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinde Yer Alan Yetki Şartının Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Üzerinde Etkili Olup Olamayacağının Değerlendirilmesi

Asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan bir yetki şartının alt yüklenicilik sözleşmesi üzerinde etkili olup olamayacağı değerlendirilirken üç durumun birbirinden ayrılması ve ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Öncelikle, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine herhangi bir şekilde yollama yapılmamış olabilir. İkinci durum, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine yollama yapılırken yetki şartına da özel olarak yollama yapılmış olmasıdır. Son olarak, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir yollama yapılmış olabilir.

İkinci ve üçüncü durumun kaynağı, alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesinin içerikleri arasında uyumun sağlanması amacıyla alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesinin belirli hükümlerine veya bütününe yollama yapılarak iki sözleşmenin sırt sırta (“back to back”) şekilde

⁴⁸⁵ Yetki sözleşmesiyle Türk mahkemelerinin yetkili kılınmasının şartları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Çelikel/Erdem, s. 662-664; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 504-509; Nomer, s. 487-489; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 81-83.

⁴⁸⁶ Sargın, s. 229-231; Çelikel/Erdem, s. 663; Nomer, s. 488; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 508-509.

oluşturulmasıdır. Belirttiğimiz bu üç durumun ayrı ayrı incelenmesiyle, alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesiyle sırt sırta (“back to back”) yapılmasının ve bu yapılırken kullanılan yöntemlerin yetki sözleşmeleri açısından alt yüklenicilik sözleşmeleri üzerindeki etkisi ortaya konabilir.

İlk durumda, yani alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine herhangi bir şekilde yollama yapılmaması halinde, asıl yüklenicilik sözleşmesinde bir yetki şartı yer alsa bile bu, alt yüklenicilik sözleşmesini etkilemeyecektir. Bu, alt sözleşme niteliğinde olan alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinden bağımsızlığının bir sonucudur. Bu prensip gereğince sözleşmelerin birinde yer alan yetki şartı diğer sözleşmeyi etkilemez.

İkinci durumda, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki yetki şartına özel olarak yapılmış bir yollama söz konusudur. Böyle bir durumda asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan yetki şartı alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da geçerli olmalıdır. Zira, yetki sözleşmelerinin amacı, aralarında çıkacak bir uyuşmazlığın hangi yargı merciince çözüleceğinin taraflarca önceden bilinmesi, bir uyuşmazlık vukuunda yargı merciinin sadece davacının tercihlerine bırakılmaması, böylece aralarındaki uyuşmazlıkların ne şekilde çözüleceğinin her iki taraf açısından da öngörülebilir olmasının sağlanması olduğuna göre, yetki sözleşmesindeki taraf iradeleri açık olmalıdır, yetki sözleşmesine yönelik irade beyanının yokluğu halinde geçerli bir yetki sözleşmesinden bahsedilemez⁴⁸⁷. Asıl yüklenicilik sözleşmesindeki yetki şartına özel olarak yollama yapılması halinde, alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının o yetki şartının kendi aralarındaki sözleşmenin de bir parçası haline gelmesi yönündeki iradeleri açıktır.

Üçüncü durumda ise, asıl yüklenicilik sözleşmesine yapılmış genel bir yollama söz konusudur. Yetki şartı ilgili olduğu asıl sözleşmeden tamamen ayrı ve bağımsız bir hukuki niteliğe sahip olduğu için⁴⁸⁸ taraflarca bu şarta özel olarak yollama yapılmadıkça tarafların yetki sözleşmesi yapma yönündeki açık iradelerinden bahsedilemez. Dolayısıyla, bu tür durumlarda asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan yetki şartı alt yüklenicilik sözleşmesini etkilemeyecek, alt yüklenicilik sözleşmesinin de bir parçası haline gelmeyecektir.

⁴⁸⁷ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 502, 515.

⁴⁸⁸ Tanrıver, s. 464.

5. Yetki Şartının Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alması ve Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alan Yetki Şartının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Alt yüklenicilik sözleşmelerinde yetki şartı genel işlem koşulları arasında yer alıyor olabilir. Hukuk seçimi maddesinin genel işlem koşulları arasında yer almasını incelerken yaptığımız gibi burada da iki farklı durum incelenmelidir. Birinci durum, alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu teşkil eden başka bir metne atıf yapılmış olması ve atıf yapılan bu metnin bir yetki şartı içeriyor olmasıdır. İkinci durum ise alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin genel işlem koşulu niteliğinde olması ve yetki şartı içermesidir.

Birinci durum olan, alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu niteliğindeki başka bir metne atıf yapılmış olması ve atıf yapılan bu metnin bir yetki şartı içeriyor olması, alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu niteliğindeki bazı kurallara atıf yapılması halinde ortaya çıkar.

Yetki şartının genel işlem koşulları arasında yer aldığı söylenebileceği ikinci durum ise, alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin genel işlem koşulu niteliğinde olması ve yetki şartı içermesi halidir. Özellikle alt yüklenicilerin iş sahibi tarafından atanmaları ve alt yüklenicilik sözleşmesi hükümlerinin de iş sahibi tarafından belirlenerek alt yükleniciyle akdedilmesi için asıl yükleniciye verilmiş olması halinde, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında sözleşmenin tarafları dışındaki bir iradenin oluşturduğu düzenlemeleri içeren bir alt yüklenicilik sözleşmesi ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızın İkinci Bölümü'nde de belirttiğimiz üzere⁴⁸⁹, kanaatimizce, genel işlem koşullarına atıf yapılan veya kendisi genel işlem koşulu niteliğinde olan alt yüklenicilik sözleşmelerinde tacirler basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri nedeniyle prensip olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin korumasından faydalanamamalıdır⁴⁹⁰. Bununla birlikte, tacir genel işlem koşullarına ilişkin korumadan tamamen mahrum bırakılmamalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin maddeleri tacirler açısından dikkatli ve sınırlı bir şekilde uygulanabilmelidir. Somut olay ve özellikle alt yüklenicilik

⁴⁸⁹ Bkz. İkinci Bölüm, III)A)4'teki açıklamalarımız.

⁴⁹⁰ Yarg. 19. HD., 19.06.2017 T, 2016/9737 E, 2017/5110 K; Yarg. 19. HD., 24.05.2017 T, 2016/19089 E, 2017/4156 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 17. HD., 03.07.2018 T, 2017/1825 E, 2018/6690 K. (Lexpera).

sözleşmesinin müzakere süreci detaylı bir şekilde araştırılmalı, şartları varsa örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında Türk Borçlar Kanunu'nun sağladığı korumadan yararlanabileceği sonucuna varılmalıdır⁴⁹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun sağladığı korumadan yararlanılabildiği takdirde, kanunun 21. maddesi uyarınca alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması sırasında alt yükleniciye genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verilip verilmediği, alt yüklenicilik sözleşmesinde atıf yapılan genel işlem koşullarını öğrenme imkanının sağlanıp sağlanmadığı ve alt yüklenicinin bu şartları kabul edip etmediği değerlendirilmelidir. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesine göre, genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden geçebilmesi için sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi gerekir. Benzer şekilde, kendisi genel işlem koşulu niteliğinde olan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından da bu koşulların sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmelidir. Eğer bu koşullar gerçekleşmediyse alt yüklenicilik sözleşmesinde atıf yapılan genel işlem koşulları arasında veya genel işlem koşulu niteliğindeki alt yüklenicilik sözleşmesinde yer alan yetki şartı yazılmamış sayılmalıdır.

Sözleşme müzakereleri sırasında alt yüklenicinin genel işlem koşulları hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olup olmadığının tespit edilmesi oldukça zor olabilir. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması ve ortaya konması oldukça zordur. Tarafların genel işlem koşullarındaki yetki şartına dayanabilmesi için, genel işlem koşullarını karşı tarafa göndermiş olmaları yeterli değildir; genel işlem koşulu niteliğindeki metnin alt yüklenicilik sözleşmesinin bir parçası haline getirilmiş olması gerekir. Sözleşmenin eki haline getirilmiş olması da o yetki şartının alt yüklenicilik sözleşmesinin bir parçası olduğunu gösterir. Bu, yetki sözleşmelerine etki tanınabilmesinin bir şartı olan yetki sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması prensibinin de bir gereğidir⁴⁹².

Genel işlem koşullarının tanımı ve tabi olacağı denetimler ve yaptırımlar farklı hukuklarda farklı şekillerde düzenlenmiş olabilir. Kanaatimizce burada uygulanacak hukuk belirlenirken, yetki sözleşmesinin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak

⁴⁹¹ Oğuzman/Öz, s. 167; Ersöz, s. 96-97.

⁴⁹² Demir Gökyayla, s. 474.

hukuk tespit edilmelidir⁴⁹³. Yetki şartı açısından genel işlem koşullarının devreye girip girmeyeceğine ve girecekse hangi denetim ve yaptırımlara tabi olacağına bu hukuka göre karar verilmelidir.

D. Alt Yüklenicinin Doğrudan İş Sahibine Müracaatında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Yabancılik unsuru taşıyan alt yüklenicilik ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiyle ilgili meselelerden biri de, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaatında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığının ne şekilde belirleneceğidir. Bunun için, davanın açıldığı Türk mahkemesinin öncelikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin ne şekilde vasıflandırılacağını tespit etmesi ve yapılacak vasıflandırmaya göre yetkili olup olmadığına karar vermesi gerekir⁴⁹⁴.

Çalışmamızın İkinci Bölümünde alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukukla ilgili açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, vasıflandırmanın, *lex fori*'ye göre yapılması gerekir. Zira, hakimden bir hukuki olayı kendisine ait olmayan bir hukuka göre vasıflandırması beklenmemelidir⁴⁹⁵. Bu nedenle vasıflandırma Türk hakimi tarafından Türk Hukuku'na göre yapılmalıdır.

Türk Hukuku'na göre, alt yükleniciyle iş sahibi arasındaki ilişkinin vasıflandırılmasında değerlendirilebilecek dört ihtimal bulunmaktadır. Buna göre, alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki, haksız fiil ilişkisi, sebepsiz zenginleşme ilişkisi veya vekaletsiz iş görme ilişkisi olarak ele alınıp alınamayacağını değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme yapıldığında alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkinin kural olarak ne sözleşmesel bir ilişki, ne bir

⁴⁹³ Yetki sözleşmesinin esas bakımından geçerliliğiyle ilgili olan, sözleşmenin meydana gelme ve geçerlilik şartlarına uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği konusunda MÖHUK'ta boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle bu konuda doktrinde farklı görüşlerin bulunduğu tespit edilmiştir. Bu görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Melis Avşar, **Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Taraf İradesi**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2021, s. 86-110.

⁴⁹⁴ Milletlerarası Özel Hukuk'ta vasıflandırma konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Rigaux/Fallon, s. 282-299; Mayer, s. 121-123; Knoepfler/Schweizer, s. 134-141; Nomer, s. 100-104; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 55-59; Çelikel/Erdem, s. 74-90; Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 22-224; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 36-38.

⁴⁹⁵ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, IV)A'daki açıklamalarımız.

haksız fiil ilişkisi ne de sebepsiz zenginleşme ilişkisi olduğu görülmektedir⁴⁹⁶. Tek ihtimal bu ilişkinin vekaletsiz iş görme ilişkisi olarak nitelendirilebilmesidir. Bu da milli hukuklara göre farklılık arz edecektir. Başka bir deyişle, vasıflandırılmayabilecek bir hukuki ilişki söz konusudur. Bunun gerekçelerine çalışmamızın İkinci Bölümünde alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukukla ilgili açıklamalarımız arasında yer verildiği için bu başlık altında tekrar yer verilmeyecektir⁴⁹⁷.

Alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin vekaletsiz iş görme olarak vasıflandırılması veya vasıflandırılmaması sonucunda, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaatında HMK'daki yetki kurallarından genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri⁴⁹⁸ mahkemesinin yetkisi (HMK m. 6) uygulama alanı bulacaktır. Zira, HMK'nın 6. maddesine göre iç hukukta genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi MÖHUK'un 40. maddesinde yapılan atıf nedeniyle milletlerarası yetki bakımından genel yetkili mahkeme niteliğindedir. Vekaletsiz iş görme ilişkileri konusunda da HMK'da düzenlenmiş özel bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaatında davalının, yani iş sahibinin merkezinin bulunduğu yer Türkiye olduğu takdirde Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Davalının yerleşim yerinin davanın açıldığı tarihte Türkiye'de bulunması yeterlidir⁴⁹⁹.

III. ALT YÜKLENİCİLİK İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMÜ

A. Alt Yüklenicilik Sözleşmelerinde Tahkim Şartı

1. Genel Olarak

Tahkim, uluslararası ticari ilişkilerde en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uluslararası inşaat projeleri ve bu projelerin bir parçası olan alt

⁴⁹⁶ D'Argent, s. 26, 30; Pulkowski, s. 42. Ayrıca bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 17 Haziran 1992 tarihli *Jacob Handte & Co. GmbH v. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA* kararı, C-26/91, Rapor No 1992 I-03967, s. 3994.

⁴⁹⁷ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, IV)A'daki açıklamalarımız.

⁴⁹⁸ Yerleşim yerinin anlamı için bkz. Türk Medeni Kanunu m. 19 ve m. 51. Ayrıca bkz. Demir Gökyayla, s. 449.

⁴⁹⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 465.

yüklenicilik sözleşmeleri ise tahkimin uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak en çok tercih edildiği ticari ilişkiler arasında yer almaktadır⁵⁰⁰.

Uluslararası inşaat projeleri kapsamında alt yüklenicilik sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin avantajları arasında, tarafların uyuşmazlık çözümü için tarafsız bir mercii tercih edebilmeleri, inşaat hukuku konusunda uzman olan hakemlerden oluşan bir hakem kurulu oluşturabilmeleri, hakemlerin tayin edilmesinde söz sahibi olabilmeleri, tahkim yargılamalarının esnekliği ve genellikle devlet mahkemelerindeki yargılamalara göre daha hızlı sonuçlanması ve tahkim yargılamasının gizliliği prensibi yer almaktadır. Ayrıca, iptal davalarında ve tenfiz davalarında hakem kararları açısından esasa dair inceleme yasağı (révision au fond yasağı) bulunması nedeniyle, hakem kararları devlet mahkemelerinin esastan incelemesine tabi olmamakta ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Konvansiyonu gereğince kolay bir şekilde icra edilebilme gücüne sahip olmaktadır.

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesinde geçerli bir tahkim şartının yer alması, alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebilmesi için gerekli ve yeterlidir. Örneğin, Bölge Adliye Mahkemesi'nin 04.03.2021 tarihli bir kararında, ilk derece mahkemesi tarafından alt yüklenicilik sözleşmesinde uyuşmazlıkların çözümünde tahkim şartı bulunduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verilmiş olmasının hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu karara konu olan uyuşmazlık, taraflar arasında imzalanan alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında davalıya verilen teminat mektubunun iade edilmediği takdirde iptal edilmesi talebine ilişkindir. Uyuşmazlığın çözümü için teminat mektubunun iade koşullarının oluşup oluşmadığının tespiti gerekmektedir. Bunun için de taraflar arasında imzalanmış olan alt yüklenicilik sözleşmesi hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Taraflar arasında imzalanan alt yüklenicilik sözleşmesinin 12. maddesinde alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, davalı süresinde tahkim itirazında bulunarak, söz konusu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğini ileri sürmüş, dolayısıyla davanın usulden reddedilmesini talep etmiştir. Sonuç olarak hem ilk derece mahkemesi hem de

⁵⁰⁰ Dimitar Hristoforov Kondev, "Do Recent Overhauls of Arbitration Rules Respond to the Need for Multi-Party Arbitration in the Construction Industry?", **International Construction Law Review**, C. 32, 2015, s. 63.

Bölge Adliye Mahkemesi, alt yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartı nedeniyle davanın usulden reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁰¹.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinin alt sözleşme niteliği nedeniyle, bazı durumlarda bu sözleşmeler açısından geçerli bir tahkim şartının olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Asıl yüklenicilik sözleşmesinde tahkim şartı varken, alt yüklenicilik sözleşmesinde olmadığı durumlarda, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesi açısından bir etkisinin olup olmayacağı ve genel işlem koşullarında tahkim şartına yer verilmesinin alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından geçerli bir tahkim şartı niteliğinde olup olmayacağı bu kapsamda bu bölümde ele alınacaktır.

2. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şartının Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Üzerinde Etkili Olup Olamayacağının Değerlendirilmesi

Sözleşmeler akdedilirken bazı durumlarda başka sözleşmelerin de kendilerine yapılan yollama yoluyla taraflar arasındaki anlaşmalara dahil edildikleri görülmektedir. Kendisine yollama yapılan bu sözleşmelerin bir kısmı tahkim şartı da içermektedir. Bu tür durumlarda belli şartlarla tahkim şartı da tarafların anlaşmasına eklenmiş olmaktadır. Bu şekilde tahkim anlaşması yapılmasına tahkim anlaşmasının atıf (incorporation) yoluyla kurulması denir⁵⁰². Tahkim anlaşmasının atıf (incorporation) yoluyla kurulmasının, esas sözleşmede bir tahkim şartına yer verilmesi yöntemi ile esas sözleşme dışında müstakil tahkim anlaşması yapılması yöntemine eklenen üçüncü bir tahkim anlaşması yapma yöntemi olduğu ifade edilmektedir⁵⁰³.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından da böyle bir durum söz konusu olabilir. Alt yüklenicilik sözleşmesinde tahkim şartı içeren asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir yollama yapılmış olabilir veya asıl yüklenicilik sözleşmesinin sadece tahkim şartına yollama yapılmış olabilir. Atıf yoluyla alt yüklenicilik sözleşmesine dahil edilen asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da geçerli bir tahkim şartı olup olmayacağı veya hangi durumlarda geçerli olacağı tartışılması gereken bir konudur. Bu konu uluslararası

⁵⁰¹ Bölge Adliye Mahkemesi Kararı, 04.03.2021 T., 2019/1025 E., 2021/213 K. (Lex Pera).

⁵⁰² Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, s. 78-79.

⁵⁰³ Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 79.

sözleşmeler, Türk hukuku dışındaki milli hukuklar ve Türk hukuku bakımından incelenmelidir.

Tahkim anlaşmasının başka sözleşmelere yollama yapılması yoluyla hangi durumlarda geçerli bir şekilde kurulmuş olacağı uluslararası hukukta tartışmalı olan bir konudur⁵⁰⁴.

Bu konuda incelenmesi gereken ilk hüküm New York Konvansiyonu'nun II. maddesinin 2. fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre, tahkim anlaşmasının yazılı olması gerekir ve "yazılı anlaşma" terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış sözleşmeler içine konan tahkim şartı anlaşılır. New York Konvansiyonu başka sözleşmelere yollama yapılması yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığını düzenlememektedir⁵⁰⁵.

Milli hukuklara temel teşkil eden UNCITRAL Model Kanunu'nun 7(2) maddesi uyarınca ise, bir sözleşmede tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de, sözleşmenin yazılı olması ve tahkim şartı içeren belgenin asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmesinin amaçlanması şartıyla, geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. UNCITRAL Model Kanunu, New York Konvansiyonu'ndan farklı olarak, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla kurulmasına izin veren açık bir hüküm içerse de, burada da hangi durumlarda tahkim şartı içeren belgenin o sözleşmenin bir parçası haline getirilmesinin amaçlandığından bahsedilebileceği açıklanmamıştır.

New York Konvansiyonu'nda ve UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan bu düzenlemelerin konuyu tam olarak açığa kavuşturamaması nedeniyle doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre, yollama yapılan sözleşme taraflarca ayrıca imzalanmamışsa tahkim anlaşmasının yazılılık şartı sağlanmamış olacağından, geçerli bir tahkim şartı kurulmuş olmaz⁵⁰⁶. Bunun sonucu olarak, yollama yapılan sözleşme taraflarca ayrıca

⁵⁰⁴ Domenico Di Pietro, "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference", **Journal of International Arbitration**, C. 21, S. 5, 2004, s. 439; Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, Ed: Emmanuel Gaillard & John Savage, Hollanda: Kluwer Law International, 1999, s. 272.

⁵⁰⁵ Di Pietro, s. 441.

⁵⁰⁶ Turgut Kalpsüz, "Tahkim Anlaşması", **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s. 1038.

imzalanmadığı takdirde, tahkim şartının geçerli olması için tahkim şartına açıkça ve özellikle yollama yapılmış olmalıdır⁵⁰⁷.

Bir diğer görüşe göre ise, milletlerarası ticaret uygulamasında tarafların basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülükleri bulunduğundan, aralarındaki sözleşmede yollama yapılan diğer sözleşmeyi de bildikleri ve tüm şartlarıyla kabul ettikleri varsayılmalıdır⁵⁰⁸. Dolayısıyla, tahkim şartına açıkça ve özellikle yollama yapılmış olması gerekmez.

Milli hukuklarda daha çok UNCITRAL Model Kanunu'nun yönteminin kabul edildiği ve tahkim anlaşmasının başka bir belgeye atıf yoluyla kurulmasına izin verildiği görülmektedir. Ancak, milli hukuklarda da tahkim anlaşmasının atıf yoluyla kurulabilmesinin şartları kanunlarda açıkça yer almamakta ve şartlar konusundaki tartışmalar farklı yargı kararlarının ortaya çıkmasına yol açabilmektedir⁵⁰⁹.

Türk Hukuku'nda MTK m. 4(2)'nin son cümlesinde, “*Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.*” ifadesi yer almaktadır. Buna göre, atıf yoluyla tahkim anlaşması yapılmasına izin verilmektedir⁵¹⁰. Ancak, geçerli bir tahkim anlaşması kurulması için başka bir belgeye genel bir atfın yeterli olup

⁵⁰⁷ Julian Cooke/John D. Kimball/Timothy Young/David Martowski/Andrew Taylor/Leroy Lambert, **Voyage Charters**, Londra: LLP, 2001, s. 451-452.

⁵⁰⁸ Guillermo Aguilar Alvarez, “Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, **ICCA Congress Series No: 9**, Ed: Albert Jan Van den Berg, Hollanda: Kluwer Law International, 1999, s. 76.

⁵⁰⁹ Örneğin, Amerikan hukukunda ABD Federal Tahkim Kanunu uyarınca, başka bir sözleşmede bulunan bir tahkim şartı o sözleşmeye atıf yoluyla dahil edilebilmektedir. Ancak, atıf yapılırken tahkim anlaşmasının özel olarak zikredilmesinin gerekli olup olmadığı açık değildir (Gary B. Born, **International Commercial Arbitration (Second Edition)**, Hollanda: Kluwer Law International, 2014, s. 824). Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 1443. maddesinde de atıf yoluyla tahkim anlaşması kurulması kabul edilmektedir. Ancak bunun şartları yine tartışmalıdır. İsviçre hukukunda başka bir belgeye atıf yoluyla tahkim anlaşması kurulabilmesi için bunun makul olması ve iyiniyet ilkesine uygun düşmesi gerektiği ifade edilmektedir (Bkz. Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008, s. 152). Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1031. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, başka bir belgeye yapılan atıf, atıf yapılan metni o sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline getirecek şekilde yapıldığı takdirde, atıf yapılan sözleşmede yer alan tahkim şartı da geçerli olabilir. İngiliz hukuku açısından, 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, başka bir yazılı sözleşmeye atıf yapılması da yazılı bir sözleşme yapılması anlamına gelmektedir. Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, başka bir belgeye atıf yoluyla geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması için, yapılan atıf tahkim şartını da o sözleşmenin parçası haline getirecek nitelikte olmalıdır.

⁵¹⁰ Atıf yoluyla tahkim anlaşması yapılması yöntemi Türk hukukuna ilk defa MTK ile birlikte girmiştir (Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim**, s. 78-79). Bununla birlikte, Yargıtay'ın MTK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de buna izin veren kararları bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 1997 tarihli bir kararına göre, sözleşmede FOSFA kurallarına atıf yapıldığı ve FOSFA Kuralları tahkim şartını içerdiği için, geçerli bir tahkim şartının varlığına hükmedilmiştir (Yarg. 19. HD., 1996/9619 E., 1997/4669 K., 08.05.1997 T. (Lexpera)).

olmayacağı konusunda düzenleme yapılmamıştır. Bunun sonucu olarak, Türk Hukuku'nda da tahkim anlaşmasının atıfta özel olarak zikredilmesine gerek olmadığı⁵¹¹ ve olduğu⁵¹² yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır.

MTK'nın 4(2) maddesinde yer alan esas, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan 6100 sayılı HMK bakımından da geçerlidir. HMK'nın 412(3) maddesinde de tahkim anlaşması içeren başka bir belgeye atıf yapılması yoluyla tahkim anlaşması kurulmasına açıkça izin verilmiştir. Ancak, bunun için başka bir belgeye yapılan genel bir atfın yeterli olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Birçok devletin New York Konvansiyonu'na taraf olması nedeniyle, devlet mahkemelerinde hakem kararlarının tenfizi veya iptaline ilişkin davalarda New York Konvansiyonu'nun VII. maddesinde yer alan “daha elverişli kural” düzenlemesi uyarınca milli hukuklardaki düzenlemeler New York Konvansiyonu'nun II. maddesinin 2. fıkrası karşısında daha elverişli kural kabul edilerek tahkim anlaşması geçerli kabul edilebilir⁵¹³.

Milli hukuklardaki açık olmayan düzenlemelerin ne şekilde yorumlanması gerektiği, bir tahkim anlaşması kurulması için başka bir belgeye genel bir atfın yeterli olup olmayacağı, başka bir belgedeki tahkim şartının hangi durumlarda ilgili sözleşmenin bir parçası haline geleceği tarafların tahkim iradesiyle ilgili bir konu olup, tarafların tahkim anlaşması kurmaya yönelik serbest, gerçek ve açık iradelerinin bulunup bulunmadığına ilişkin bir araştırma yapılarak sonuçlandırılmalıdır. Zira, tahkim şartı ilgili olduğu asıl sözleşmeden tamamen ayrı ve bağımsız bir hukuki niteliğe sahiptir⁵¹⁴ ve tahkim sözleşmesindeki taraf iradeleri açık olmalıdır⁵¹⁵. Tahkim anlaşmasının ulusal hukuklarda yazılılık şartına bağlanmış olması, esasında tahkim

⁵¹¹ Turgut Kalpsüz, s. 1038-1039.

⁵¹² Cemal Şanlı, “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 2, 2002, s. 774; Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, s. 164.

⁵¹³ New York Sözleşmesi'nin VII. maddesine göre, “*İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine hâlel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem kararından, bunun dermeyeran edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz.*”

⁵¹⁴ Tanrıver, s. 464.

⁵¹⁵ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 502, 515.

anlaşmasının kurucu unsurlarından biri olan tahkim iradesinin tespitini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır⁵¹⁶.

Tarafların tahkim anlaşması kurmaya yönelik serbest, gerçek ve açık iradelerinin bulunduğu gösteren durumlar arasında başka belgedeki tahkim şartına açıkça atıf yapılmış olması, atıf yapılan metnin tahkim şartıyla birlikte sözleşmenin arkasına eklenmiş olması⁵¹⁷, tarafların tacir olması⁵¹⁸, tarafların daha önce benzer sözleşmeler imzalamış olmaları sayılmaktadır⁵¹⁹. Kanaatimizce, taraflar tacir olsun olmasın, tarafların tahkim iradesinin olup olmadığı her somut olay özelinde ayrı ayrı incelenmelidir. Yargı kararlarında buna ilişkin pekçok örnek bulunmaktadır:

New York Mahkemesi *Ferrara v. United Grain Growers* davasında, sözleşmenin ön sayfasında yer alan “*Arka sayfadaki kural ve şartlara bakınız*” ibaresi nedeniyle, atıf yapılan belgedeki tahkim şartının sözleşmenin parçası haline geldiğine karar vermiştir⁵²⁰. Floransa mahkemeleri tarafından karara bağlanan *Bobbie Brooks v. Lanificio Walter Banci* davasında da, sözleşmenin ön sayfasında atıfta bulunulan ve aralarında tahkim şartı da bulunan hükümlerin sözleşmenin arkasında yer alması tahkim şartının o sözleşme açısından da geçerli olması için yeterli görülmüştür⁵²¹. Bu iki karar, atıf yapılan ve aralarında tahkim şartının da bulunduğu hükümlerin sözleşmenin arkasında yer almasının taraflara tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden haberdar olabilmeleri ve tahkim iradesine sahip olabilmeleri için yeterli imkanı sunduğunu göstermektedir.

Fransız Yüksek Mahkemesi’nin bir kararına göre ise, taraflar arasında söz konusu sözleşme şartlarının ve içindeki tahkim şartının da aralarındaki ilişkiye dahil olduğunu bilmelerine imkan verecek şekilde süregelen bir iş ilişkisi bulunduğu takdirde tahkim anlaşmasının geçerli bir şekilde kurulduğundan söz edilebilir⁵²².

Asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan bir tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesi üzerinde etkili olup olamayacağı konusunda üç farklı durumun

⁵¹⁶ Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, s. 43-44.

⁵¹⁷ Albert Jan Van Den Berg, **The New York Arbitration Convention**, Hollanda: Kluwer Law International, 1981, s. 215-216.

⁵¹⁸ Turgut Kalpsüz, s. 1027-1053.

⁵¹⁹ Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, s. 151.

⁵²⁰ Van Den Berg, s. 216.

⁵²¹ Van Den Berg, s. 217.

⁵²² Gary B. Born, s. 820, dipnot 1006.

değerlendirilmesi gerekir. Zira, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine herhangi bir şekilde yollama yapılmamış olabilir veya yollama yapılırken tahkim şartına da özel olarak yollama yapılmış olabilir veya asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir yollama yapılmış olabilir.

İlk durumda, yani alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine herhangi bir şekilde yollama yapılmaması halinde, asıl yüklenicilik sözleşmesinde bir tahkim şartı yer alsa bile bu, alt yüklenicilik sözleşmesini etkilemeyecektir. Bu, alt sözleşme niteliğinde olan alt yüklenicilik sözleşmesinin asıl yüklenicilik sözleşmesinden bağımsızlığının bir sonucudur. Bu prensip gereğince sözleşmelerin birinde yer alan tahkim şartı diğer sözleşmeyi etkilemez.

İkinci durumda, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartına özel olarak yapılmış bir yollama söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle, böyle bir durumda asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartı alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da geçerli olmalıdır. Asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartına özel olarak yollama yapılması halinde, alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının o tahkim şartının kendi aralarındaki sözleşmenin de bir parçası haline gelmesi yönündeki iradeleri açıktır. Alt yüklenicilik sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olup, bu görüşü destekleyen birçok yargı kararı da bulunmaktadır.

Örneğin, İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen 1995 tarihli *Ben Barratt & Son (Brickwork) Limited v. Henry Boot Management Limited* kararına konu olan olayda alt yüklenici bir Niyet Mektubuna dayanarak çalışmaya başlamıştır ve Niyet Mektubunda alt yüklenicilik işlerinin Works Contract 2 JCT Form'a uygun bir şekilde yürütüleceği belirtilmiştir. İngiliz Mahkemelerince, tahkim şartını içeren Works Contract 2 JCT Form'a genel bir atıf yapılması alt yüklenici açısından geçerli bir tahkim anlaşması kurulabilmesi için yeterli görülmemiştir. Mahkeme gerekçesinde 1981 yılında *Bremer Vulcan* kararında⁵²³ vurgulanan tahkim sözleşmesinin ayrılabilirliği prensibine dayanmıştır. *Roche Products Ltd v. Freeman Process Systems Ltd* kararında da aynı prensip vurgulanarak aynı yönde karar verilmiştir⁵²⁴.

⁵²³ Lordlar Kamarası'nın 1981 tarihli *Bremer Vulcan Schiffbaul Und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Limited* kararı.

⁵²⁴ İngiliz Mahkemelerinin 1996 tarihli *Roche Products Ltd v. Freeman Process Systems Ltd* kararı, 80 BLR 102.

İskoç Temyiz Mahkemesi'nin *Goodwins Jardine Co v. Brand* kararında da başka bir belgeye yapılan genel bir atfın tahkim şartını ithal edebilmek için yeterli olmadığına hükmedilmiştir⁵²⁵. İngiliz Mahkemelerince *Cegelec Projects Ltd v. Pirelli Construction Co Ltd* davasında verilen karar da aynı yöndedir. Söz konusu olayda, asıl yüklenici olan Cegelec iş sahibi olan London Underground Ltd ile Jubilee Metro Hattı'nın Londra'ya uzatılması için asıl yüklenicilik sözleşmesi imzalamıştır. Cegelec, inşaatın elektrik işleri için Pirelli Construction Co Ltd ile alt yüklenicilik sözleşmesi imzalamıştır. İşlerin yapımı sırasında çıkan uyuşmazlık üzerine alt yüklenici Pirelli Construction Co Ltd asıl yüklenici Cegelec'e karşı tahkim yargılaması başlatmıştır. Cegelec buna itiraz etmiş, asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm usullerinin de tüketilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise, asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir atıf yapıldığı için tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm usullerinin alt yüklenicilik sözleşmesine ithal edilmediğine karar vermiştir⁵²⁶.

Yorkshire Water Services Ltd v. Taylor Woodrow Construction Northern Ltd davasında ise İngiliz Mahkemeleri asıl yüklenicilik sözleşmesine genel bir atfı yine yeterli görmeyerek, ikinci derecede bir alt yüklenici olan Elga Ltd'nin, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartının kendisinin taraf olduğu alt yüklenicilik sözleşmesine de ithal edildiği yönündeki iddiasını reddetmiştir⁵²⁷.

Üçüncü durumda ise, asıl yüklenicilik sözleşmesine yapılmış genel bir yollama söz konusudur. Kanaatimizce, alt yüklenicilik sözleşmesinde sadece genel atıflarla tahkim kaydı içeren asıl yüklenicilik sözleşmesine atıf yapılması tarafların tahkim anlaşması yapma yönündeki iradelerinin serbest, gerçek ve açık olduğunu göstermez. Bu tür durumlarda asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartı alt yüklenicilik sözleşmesini etkilemeyecek, alt yüklenicilik sözleşmesinin de bir parçası haline gelmeyecektir. Bununla birlikte, bu tür durumlarda da alt yüklenicilik sözleşmesi açısından tahkim anlaşmasının kurulacağı yönünde kararlar da mevcuttur. Ortak Hukuk sisteminde de yer almakla birlikte bu tür kararların daha çok Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen devlet mahkemeleri tarafından alındığı dikkat çekmektedir⁵²⁸.

⁵²⁵ İskoç Temyiz Mahkemesi'nin 1905 tarihli *Goodwins Jardine Co v. Brand* kararı, 1905 SLR 42 806.

⁵²⁶ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 21 Mayıs 1998 tarihli *Cegelec Projects Ltd v. Pirelli Construction Co Ltd* kararı, 1998 EWHC Technology 319.

⁵²⁷ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 8 Temmuz 2004 tarihli *Yorkshire Water Services Ltd v. Taylor Woodrow Construction Northern Ltd* kararı, 2004 EWHC 1660.

⁵²⁸ Di Paola/Spanu, s. 499.

Örneğin, İtalyan mahkemelerinin asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartına açık bir şekilde atıf yapılmış olmasa da, alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının bu sözleşmenin içeriğini bilmesi ve alt yüklenicilik sözleşmesinde başka bir uyuşmazlık çözüm yönteminin öngörülmemiş olması halinde, asıl yüklenicilik sözleşmesine yapılan genel bir atıf sonucunda da tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesine ithal edilebileceğine hükmettiği kararları bulunmaktadır⁵²⁹.

Amerika’da Luisiana Yüksek Mahkemesi önünde görülen *Bartley v. Jefferson Parish School Board* davasında, asıl yüklenici, iş sahibine ve alt yüklenicilerden birine karşı mahkemede açtığı davayla, aralarındaki uyuşmazlığın tahkime tabi olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Alt yüklenici, kendisi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmede tahkim şartı bulunmadığını ileri sürerek buna karşı çıkmıştır. Alt yüklenicilik sözleşmesinde, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartına özel bir atıf yapılmamasına rağmen, mahkeme tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesine geçerli bir şekilde ithal edildiği sonucuna varmıştır⁵³⁰.

İngiliz İstinaf Mahkemesi 1975 tarihli *Modern Building Wales Limited v. Limmer & Trinidad Co Limited* kararında alt yüklenicilik talimatında (“*subcontract order*”) RIBA (“*The Royal Institute of British Architects*”) 1965 alt yüklenicilik sözleşmesi formuna yapılan genel bir atfın aslında tahkim şartı da içeren Yeşil Kitaba atıf anlamına geldiğine ve tahkim şartına özel bir atıf yapılması gerekmeksizin böyle bir atfın geçerli bir tahkim sözleşmesi oluşması için yeterli olduğuna karar vermiştir⁵³¹.

İngiliz Mahkemelerinin 1996 tarihli *Extrudakerb (Maltby Engineering) Ltd v. Whitemountain Quarries Limited* kararında da tahkim şartına açıkça atıf yapılmasının gerekmediğine hükmedilmiştir⁵³². Söz konusu olayda, atıf yapılan FCEC (“*Federation of Civil Engineering Contractors*”) alt yüklenicilik sözleşmesi formuna her iki tarafın da aşına olması ve içerdiği şartları bilmesi gerekçesiyle açıkça tahkim şartına atıf yapılmış olmasa bile geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulduğu sonucuna varılmıştır.

Kanaatimizce, tartışmaları önlemek için, uygulamada eğer asıl yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da geçerli

⁵²⁹ Di Paola/Spanu, s. 499, dipnot 29’da yer alan kararlar.

⁵³⁰ Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, s. 157.

⁵³¹ İngiliz İstinaf Mahkemesi’nin 1975 tarihli *Modern Building Wales Limited v Limmer & Trinidad Co Limited* Kararı.

⁵³² İngiliz Mahkemelerinin 1996 tarihli *Extrudakerb (Maltby Engineering) Ltd v. Whitemountain Quarries Limited* kararı

olması isteniyorsa, alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine atıf yapılırken tahkim şartına da doğrudan ve açıkça atıf yapılması faydalı olacaktır. Aynı şekilde, atıf yapılan asıl sözleşmedeki tahkim şartının uygulanması istenmiyorsa bunun açıkça belirtilmesi tarafların tahkim iradeleri olmadığını açıkça gösterecektir. Böylece, tahkim iradesinin olup olmadığıyla ilgili uyuşmazlıklar önlenabilir ve taraflar açısından öngörülebilirlik sağlanabilir.

3. Tahkim Şartının Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alması ve Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Alt yüklenicilik sözleşmesinde genel işlem koşulu teşkil eden başka bir metne atıf yapılması ve atıf yapılan bu metnin bir tahkim şartı içermesi veya alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin tahkim şartı içeren genel işlem koşulu niteliğinde olması⁵³³ da mümkündür. Bu durumda tahkim şartının genel işlem koşulları arasında yer almasından bahsedilir.

Genel işlem koşulları içinde yer alan bir tahkim anlaşmasının yargısal denetim aşamalarından geçmesi gerekir. Ancak, genel işlem koşullarının tanımı ve tabi olacağı denetimler ve yaptırımlar farklı hukuklarda farklı şekillerde düzenlenmiş olabileceğinden, öncelikle bu koşulların ne tür bir denetime tabi olacağının tespit edilmesi için genel işlem koşullarının geçerliliğine uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri doğrudan uygulanan kurallara kapsamına sokulamaz ve Türk mahkemeleri önünde görülecek her davada uygulama alanı bulmaz. Bu kapsamda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk araştırılmalı ve genel işlem koşulları tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi olmalıdır⁵³⁴.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olması durumunda genel işlem koşullarının yargısal denetimi Türk Borçlar Kanunu m. 20-25 çerçevesinde yapılacaktır. Buna göre, ve aynı zamanda tahkim anlaşmasının

⁵³³ Alt yüklenicilik sözleşmesinin kendisinin genel işlem koşulu niteliğinde olabileceği haller için bkz. İkinci Bölüm, III)A)4'teki açıklamalarımız.

⁵³⁴ Kazım Çınar, "Genel İşlem Şartları İçinde Tahkim Anlaşmasına Yer Verilmesi ve Sonuçları", **Tahkim Anlaşması**, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 199. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği konusunda açıklamalar için bkz. Selin Ece Tekin, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ayrılabilirliği ve bağımsızlığı prensibi de göz önünde bulundurularak, genel işlem koşulları içinde yer verilen tahkim şartının sözleşmenin bir parçası olduğu sonucuna ulaşılabilmesi için düzenleyenin karşı tarafa, özellikle tahkim anlaşmasının varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, tahkim anlaşmasının içeriğini öğrenme fırsatı vermesi ve karşı tarafın bunu kabul etmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun sağladığı korumadan yararlanılabildiği takdirde, kanunun 21. maddesi uyarınca alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması sırasında alt yükleniciye genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verilip verilmediği, alt yüklenicilik sözleşmesinde atıf yapılan genel işlem koşullarını öğrenme imkanının sağlanıp sağlanmadığı ve alt yüklenicinin bu şartları kabul edip etmediği değerlendirilmelidir. Benzer şekilde, kendisi genel işlem koşulu niteliğinde olan alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından da bu koşulların sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmelidir. Eğer bu koşullar gerçekleşmediyse alt yüklenicilik sözleşmesinde atıf yapılan genel işlem koşulları arasında veya genel işlem koşulu niteliğindeki alt yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartı yazılmamış sayılmalıdır.

Sözleşme müzakereleri sırasında alt yüklenicinin genel işlem koşulları ve bu koşullar arasında yer alan tahkim şartı hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olup olmadığının tespit edilmesi oldukça zor olabilir. Tarafların genel işlem koşullarındaki tahkim şartına dayanabilmesi için, genel işlem koşullarını karşı tarafa göndermiş olmaları yeterli değildir; genel işlem koşulu niteliğindeki metnin alt yüklenicilik sözleşmesinin bir parçası haline getirilmiş olması gerekir⁵³⁵.

Yetki şartının genel işlem koşulları arasında yer almasını açıklarken, alt yüklenicinin tacir olması halinde prensip olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin koruma sağlayan hükümlerinin devreye girmemesi gerektiğinden, ancak bunun istisnaları olması gerektiğinden bahsetmiştik⁵³⁶. Aynı durum burada da geçerli olmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin maddeleri tacirler açısından dikkatli ve sınırlı bir şekilde uygulanabilmelidir. Somut olay ve özellikle alt yüklenicilik sözleşmesinin müzakere süreci detaylı bir şekilde araştırılmalı, şartları varsa örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler

⁵³⁵ Demir Gökyayla, s. 474.

⁵³⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, II)C)5'teki açıklamalarımız.

karşısında Türk Borçlar Kanunu'nun sağladığı korumadan yararlanabileceği sonucuna varılmalıdır⁵³⁷.

B. Alt Yükleniciyle İş Sahibinin Birbirine Doğrudan Müracaatı ve Tahkim

1. Çok Taraflı Tahkim Kavramı ve Alt Yüklenicilik İlişkileri Açısından Önemi

Çok taraflı tahkim, karşıt çıkarları olan ikiden fazla tarafı içeren tahkim yargılamaları olarak tanımlanmaktadır⁵³⁸. Bir projeye katılan aktörler, ortak bir sözleşme ile bağlı olmayıp, aralarında birden çok birbirinden bağımsız sözleşme bulunabilir. Bu sözleşmeler birbirinden bağımsız olmakla birlikte ortak bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet ediyorsa, ikiden çok tarafı içeren bir tahkim yargılamasına ihtiyaç duyulabilecektir. Zira, burada sözleşmeler birbirinden bağımsız olsa da, ortak bir amaca hizmet ettiklerinden aralarında hukuki veya iktisadi bir bağlantı vardır ve taraflar uyuşmazlığın tümünün iki farklı yargılama yerine tek bir yargılamada karara bağlanmasına ihtiyaç duyabilirler⁵³⁹. İnşaat projeleri bu durumun en çok görülebileceği projeler arasında yer almakta olup, alt yüklenicilik ilişkileri bunun en büyük sebebini oluşturmaktadır.

Bir inşaat projesinin tamamlanma süreci iş sahibi, asıl yükleniciler, alt yükleniciler, kredi kuruluşları ve tedarikçiler gibi birçok aktörü ve birbirinden bağımsız ama bağlantılı birçok sözleşmeyi içerir. Projenin iki aktörü arasındaki bir uyuşmazlık, başka aktörler arasında da benzer hukuki uyuşmazlıklar çıkmasına neden olabilir. Örneğin, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki bir uyuşmazlık asıl yüklenici ile iş sahibi arasında da benzer bir uyuşmazlığın çıkmasına sebebiyet verebilir. Aynı şekilde, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki bir uyuşmazlık asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında benzer bir uyuşmazlığı tetikleyebilir. Dolayısıyla asıl yüklenici ile alt yükleniciler arasındaki sözleşme ilişkileri sık sık çok taraflı tahkim yargılamalarına ihtiyaç duyulmasına neden olmaktadır⁵⁴⁰.

Tahkimin uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri önünde çözülmesine kıyasen büyük avantajları olmakla birlikte, alt yüklenicilik ilişkilerinden doğacak

⁵³⁷ Oğuzman/Öz, s. 167; Ersöz, s. 96-97.

⁵³⁸ ICC Report on Multiparty Arbitration, 1994, para. 7; Akıncı, s. 213. Çok taraflı tahkimle ilgili farklı yazarlar tarafından geliştirilen tanımlar için bkz. Leyla Keser Berber, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1999, s. 22-30.

⁵³⁹ Keser Berber, s. 25-26.

⁵⁴⁰ Keser Berber, s. 11.

ikiden fazla aktörü ilgilendiren uyuşmazlıklar açısından yeterince donanımlı olup olmadığı ayrıca ele alınmalıdır.

Çok taraflı tahkim uygulamasına gidilmediği takdirde, ikiden fazla taraf arasında aynı veya birbiriyle bağlantılı uyuşmazlık çıkması ve birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıkların farklı tahkim yargılamalarında farklı hakem kurulları önünde veya bir uyuşmazlığın hakemlerce, diğerinin devlet yargısı tarafından görülmesi⁵⁴¹ söz konusu olabilmektedir. Birbirinden bağımsız sözleşmeler altında ve aynı tahkim şartını imzalamamış ikiden fazla taraf arasındaki uyuşmazlıkların farklı tahkim yargılamalarında veya bir uyuşmazlığın tahkimde diğerinin devlet mahkemeleri önünde çözülmesi halinde birbiriyle çelişen hakem veya mahkeme kararları oluşabilecektir⁵⁴².

İki uyuşmazlığın da tahkim yargılamasında çözülecek olması halinde yargılamalarda hakem kurullarının aynı kişilerden oluşması bu sorun açısından bir çözüm yolu olarak görülebilecek olsa da, uyuşmazlıkların taraflarının aynı hakem kurulunu seçmeleri her zaman mümkün olmayabilir⁵⁴³. Alt yüklenicilik ilişkilerinde çelişen kararların ortaya çıkmasını önlemenin bir diğer yolu, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında bir tahkim yargılaması başladığında taraflardan birinin talebi üzerine ve hakem kurulu söz konusu uyuşmazlığın asıl yüklenicilik sözleşmesindeki hak ve yükümlülüklerle ilgili olduğu kanaatine vardığı takdirde tahkimin o kısım için durdurulmasıdır. Bu durumda yargılama asıl yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık için başlatılacak tahkim yargılamasının sonuçlanmasına kadar durdurulmuş olacaktır⁵⁴⁴. Ancak, bu durumda da önce iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki tahkim yargılamasının, ardından asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki

⁵⁴¹ İki sözleşmenin tarafları farklı olduğunda ve bir sözleşmede tahkim şartı bulunurken diğerinde uyuşmazlıkların çözümü için devlet mahkemelerinin yetkili kılındığı durumlarda, iki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tek bir tahkimde bir araya getirilmesinin mümkün olmayacağı açıktır. Örneğin, A ve B tahkim şartı içeren bir asıl yüklenicilik sözleşmesi yaptığında, B ile C ise devlet mahkemelerini yetkili kılan bir madde içeren bir alt yüklenicilik sözleşmesi yaptığında, A-B sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı karara bağlayacak olan hakem kurulunun B-C sözleşmesinden doğan uyuşmazlık hakkında da karar verme yetkisi olamayacaktır. Bu husus Polonya Ticaret Odası Tahkim Kuralları'na tabi olan, 18 Mayıs 1987 tarihli 69/86 No'lu bir tahkim yargılamasında da vurgulanmıştır. (Bernard Hanotiau, **Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions**, Hollanda: Kluwer Law International, 2006, s. 118, para. 255).

⁵⁴² Akıncı, s. 228.

⁵⁴³ Akıncı, s. 229.

⁵⁴⁴ Hazem Hussein, "The Requirements for an Effective Multi-Party Arbitration Clause in Construction Contracts", **International Journal of Arab Arbitration**, C. 7, S. 2, 2015, s. 18.

tahkim yargılamasının sonuçlanması beklenecek, dolayısıyla uzun ve masraflı bir tahkim prosedürüyle karşı karşıya kalınacaktır.

Asıl yüklenicilik sözleşmesi iş sahibiyle asıl yüklenici, alt yüklenicilik sözleşmesi ise asıl yükleniciyle alt yüklenici arasındaki sözleşmeler olduğu için bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar farklı tahkim davalarının konusu olacaktır. Bununla birlikte, bazen bir tahkim davasının taraflarından biri paralel yargılamaların yaratabileceği olumsuz sonuçların, özellikle çelişen hakem kararlarının ortaya çıkmasının önüne geçmek, usul ekonomisi ilkesinin gereğini yerine getirmek, yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanmasını ve yargılama masraflarının azaltılmasını sağlamak amacıyla üçüncü bir tarafı da o tahkime dahil etmek isteyebilir. Örneğin, asıl yüklenici iş sahibi tarafından kendisine karşı açılan davaya işlerin tamamlanmasındaki gecikmeden sorumlu olan alt yükleniciyi de dahil etmek isteyebilir. Zira, asıl yüklenicinin bundan dolayı alt yükleniciye karşı ayrı bir tahkim davası açması haklarına ulaşabilmesi için geçecek süreyi uzatacak, iki farklı tahkim davasının sonuçlanmasını gerektireceği için yargılama masraflarını artıracak ve iki tahkimde ortaya çıkacak hakem kararlarının birbiriyle uyumlu olmaması riskini ortaya çıkaracaktır. Benzer şekilde, iş sahibi sadece iflas eden asıl yükleniciye dava açmak yerine taleplerini aynı tahkim davası içinde işin yapılmamasından dolayı sorumlu olduğunu düşündüğü alt yükleniciye de yöneltmek isteyebilir⁵⁴⁵. İş sahibi tarafından atanan bir alt yüklenici söz konusuysa yine iş sahibi benzer bir tercih yapmak isteyebilir. Alt yüklenici de, örneğin hakedişinin ödenmesi öncelikle iş sahibi tarafından asıl yüklenicinin hakedişinin ödenmesine bağlıysa veya doğrudan iş sahibine yöneltilecek bir talebi varsa, açtığı davaya iş sahibini de dahil etmek isteyebilir. Bu tür durumlarla uygulamada oldukça sık karşılaşıldığını özellikle belirtmek gerekir⁵⁴⁶.

Devlet mahkemeleri önündeki yargılamalarda bu tür durumlarda davaların birleştirilmesi, mecburi ve ihtiyari dava arkadaşlığı, davaya asli müdahale ve fer'i müdahale müesseselerine dayanan bir çözüm geliştirilebilmektedir. Usul

⁵⁴⁵ Kondev, s. 65-66.

⁵⁴⁶ İş sahibi-asıl yüklenici ve asıl yüklenici-alt yüklenici arasındaki uyuşmazlıkların birbirinden tamamen bağımsız iki tahkim yargılamasında çözülmesi halinde, iş sahibine karşı kaybeden asıl yüklenici, bundan dolayı asıl sorumlunun alt yüklenici olduğunu iddia etse dahi alt yükleniciyle arasındaki tahkim yargılamasını kazanma ihtimali olduğu kadar kaybetme ihtimali de olacaktır. Bu nedenle günün sonunda asıl yüklenici iş sahibine yaptığı ödemeyi alt yükleniciye rücu edebileceği gibi alt yükleniciye de ayrı bir ödeme yapma konumuna da düşebilir.

kanunlarındaki düzenlemeler doğrultusunda, şartları yerine getirildiğinde, devlet mahkemelerinin paralel yargılamaları birleştirme veya mevcut bir davaya üçüncü bir şahsı da dahil etme yetkileri bulunmaktadır. Tahkim yargılamalarında ise o yargılamada yer alacak tüm unsurların tahkime dair açık iradesinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca ticari tahkim yargılamalarının en önemli özelliklerinden biri de gizliliktir. Tahkim yargılamalarının rızaya dayalı olması ve gizlilik niteliği gereğince, hakem heyetlerinin tüm tarafların rızası olmadan bu yetkilere sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Çok taraflı tahkim, uyuşmazlığa dahil olan tüm tarafların rızasını gerektirir.

Abudabi Doğal Gaz Davası olarak adlandırılan bir tahkim uyuşmazlığı ve bu uyuşmazlığa ilişkin İngiliz İstinaf Mahkemesi tarafından verilen karar, alt yüklenicilik sözleşmelerinde çok taraflı tahkim meselesini gösteren tipik bir örnektir. Söz konusu uyuşmazlıkta iş sahibi olan Abudabi şirketi, Basra Körfezi'nde bir adadaki doğal gazın sıvılaştırılması için Amerika'da kurulu bir inşaat firmasıyla asıl yüklenicilik sözleşmesi yapmıştır. Asıl yüklenici ise gaz deposunun yapımı için bir alt yükleniciyle sözleşme yapmıştır. İş sahibi gaz deposunun ayıplı olduğu iddiasıyla Amerikan firması olan asıl yükleniciye karşı tahkim davası başlatmıştır. Asıl yüklenici, gaz deposunun ayıplı olduğu yönündeki iddiayı reddetmekle beraber, böyle bir ayıbın mevcudiyeti kabul edilse dahi, bunun kendi kusurundan değil, alt yüklenicinin kusurundan kaynaklandığını belirterek, alt yüklenicinin sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüştür. Asıl yüklenici bu iddiasına binaen alt yüklenici olan Japon firmasına karşı Londra'da ayrı bir tahkim davası başlatmıştır. Asıl yüklenici bu iki tahkim davasının birleştirilmesini talep etmiş, ancak bu talep iş sahibi ve alt yüklenici tarafından kabul edilmemiştir. İş sahibinin gerekçesi iki tahkimin birleştirilmesinin tahkim sürecini uzatacağı ve daha karmaşık hale getireceğidir. Alt yüklenici ise öncelikle iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki uyuşmazlığın çözülmesini, böylece kendisinin dahil olması gereken bir ayıp talebi olup olmadığını görmeyi beklemek istemiştir. Taraflar arasında yargılamaların birleştirilmesi konusunda bir anlaşma sağlanamayınca asıl yüklenici her iki yargılama için ortak bir hakem tayininin İngiltere'deki devlet mahkemesi tarafından yapılması talebinde bulunmuştur. İngiliz İstinaf Mahkemesi davaların birleştirilmesi talebini reddetmiş, ancak ayrı ayrı yürütülen iki tahkim yargılaması için aynı hakemi tayin etmiştir. Uyuşmazlıklar için atanan hakem, önce iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki uyuşmazlığı ele almış, ardından asıl yükleniciyle alt yüklenici

arasındaki uyuşmazlığı ele alarak, uyuşmazlıkları iki ayrı tahkim yargılaması içerisinde çözümlemiştir⁵⁴⁷.

Alt yüklenicilik ilişkilerinde taraflar aralarındaki ilişkiye çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeleri farklı şekillerde dahil edebilirler. Öncelikle, tarafların uygulanmasını tercih ettikleri tahkim kurallarında çok taraflı bir tahkimin yürütülmesini sağlayacak düzenlemeler yer alabilir⁵⁴⁸. Son yıllarda, çok taraflı tahkime yönelik çözümler sağlanması amacıyla çeşitli tahkim kurumlarının tahkim kurallarının yeniden gözden geçirilerek değişikliklere konu olduğu görülmektedir. İkinci olarak, çok taraflı tahkime ilişkin çözümler tahkim yerinin kanunlarında yer alıyor olabilir. Ancak, bu yöntemi tercih eden devletlerin sayısı oldukça azdır. Zira, bu yöntem tahkimin karşılıklı mutabakata ve açık tahkim iradesinin varlığına dayalı olma niteliğine uygun düşmemektedir⁵⁴⁹. Üçüncü olarak, tarafların sözleşmelerini tabi kıldıkları standart sözleşmelerde çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeler yer alabilir. Son olarak, asıl yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartları çok taraflı tahkime uygun bir şekilde kaleme alınmış olabilir. Uygulamada bu durumun nadiren görüldüğü ifade edilmektedir⁵⁵⁰.

İnşaat tahkimi dışındaki tahkimlerde hakemler temsilcilik (apparent agency), tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, alter ego veya estoppel gibi teorilere dayanarak tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişinin de tahkim yargılamasına dahil olmasını sağlayabilmektedir⁵⁵¹. Ancak, çalışmamızın ilk bölümünden itibaren detaylı olarak açıkladığımız iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkiler ve bunlar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, hakemlerin bu teorilere dayanarak karar vermesine uygun düşmemektedir⁵⁵².

2. Çok Taraflı Tahkimin Tahkim Kurallarında Düzenlenişi

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, alt yüklenicilik sözleşmelerinde de taraflar uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimi belirlerken genellikle uygulanmasını

⁵⁴⁷ *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd. v. Eastern Bechtel Corporation-Eastern Bechtel Corporation v. Shikawajima Jarima Heavy Industries* kararları için bkz. Akıncı, s. 199-200; Keser Berber, s. 11-12.

⁵⁴⁸ Kondev, s. 64.

⁵⁴⁹ Kondev, s. 65.

⁵⁵⁰ Kondev, s. 64.

⁵⁵¹ William W. Park, "Non signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma", **Multiple Party Actions in International Arbitration**, Oxford University Press, 2009, s. 3-4.

⁵⁵² Alejandro López Ortiz/Patricia Ugalde-Revilla, "Chapter 4: Multiparty Construction Projects: An Arbitration to Bind Them All?", **Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues**, Ed: Crina Baltag/Cosmin Vasila, Hollanda: Kluwer Law International, 2019, s. 54-57.

istedikleri tahkim kurallarına da atıf yapmaktadırlar. Tahkim yargılamalarının tabi olacağı tahkim kuralları belirlenirken tarafların genel olarak beklentileri, söz konusu tahkim kurallarının, tarafların herhangi birini diğeri karşısında daha avantajlı veya dezavantajlı konuma getirmeyecek, dengeli ve esnek bir mekanizma öngörmesidir. Tahkim kurallarına atıf yapılması, tarafların, çok taraflı tahkime ilişkin hususlar da dahil olmak üzere, tahkimin bu kurallar çerçevesinde yürütülmesine rıza gösterdikleri anlamına gelir.

Çeşitli tahkim kurallarının tarihsel gelişimi incelendiğinde, son yıllarda belli başlı tahkim kurallarının daha etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizması yaratmak amacıyla revize edilmesi sonucunda çok taraflı tahkime ilişkin hükümlerin de getirildiğine veya var olan hükümlerin detaylandırıldığına tanık olunmaktadır. Ancak günümüzde bile çok taraflı tahkim yargılamasının yürütülmesine değinmeyen bazı tahkim kuralları bulunmaktadır⁵⁵³. Bu başlık altında çok taraflı tahkimin inşaat uyuşmazlıklarında sıklıkla uygulanan bazı tahkim kurallarındaki yansımaları ele alınacaktır. Bu incelemenin temel amacı, tarafların alt yüklenicilik sözleşmesinde ad-hoc çok taraflı tahkim şartlarını öngörmemeleri ve tahkim yargılamasını belli tahkim kurallarına tabi kılmaları durumunda, incelenen tahkim kuralları kapsamında çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemelerin etkinliğini analiz etmektir.

Tarafların en fazla tercih ettikleri tahkim kurallarının başında ICC Tahkim Kuralları gelmektedir. 1998 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nda tahkim yargılamasının çok taraflı olabileceğine dair bir düzenleme m. 10'da yer almakla birlikte, bu madde aynı sözleşmeden değil, tarafları tamamen aynı olmayan birden çok sözleşmeden kaynaklanan, ancak birbirlerini etkileyebilecek uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılamasında ve çok taraflı olarak yürütülebileceğine dair herhangi bir düzenleme içermemektedir. 2012, 2017 ve 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nda ise tarafları tamamen aynı olmayan birden çok sözleşmeden doğacak davaların birleştirilmesine ilişkin bir düzenleme de yapılmış ve çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeler çok daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. 1998 tarihli kurallarda sadece m. 10'da yer alan çok taraflı tahkim, 2012, 2017 ve 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nın 7, 8 ve 10. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Örneğin UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda çok taraflı tahkime ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir.

⁵⁵⁴ 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nın "Birden Fazla Sözleşme" başlıklı 9. maddesi ise çok taraflı tahkime ilişkin değil, iki taraf arasında birden fazla sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tek bir

2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nın 7. maddesinde mevcut bir tahkim yargılamasına yeni bir tarafın dahil edilmesi (*"joinder of additional parties"*) düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre, tahkime yeni bir tarafın dahil edilmesini isteyen taraf, yeni tarafa karşı da bir tahkim talebi hazırlayarak bu talebi Sekreteryaya iletir. Burada dikkat çeken bir nokta, kural olarak böyle bir tahkim talebinin herhangi bir hakemin atanmasından sonra sunulamayacak olmasıdır. Aynı maddenin 3. fıkrasında herhangi bir hakemin atanmasından sonra sunulacak olan bu tür tahkim taleplerinin hakem kurulu tarafından karara bağlanacağı ve tahkime dahil edilmesi istenen tarafın hakem kurulu teşekkülünü ve Görev Belgesi'ni kabul etmesine bağlı olarak hakem kurulunun tahkime yeni bir tarafın dahil olmasını kabul edebileceği düzenlenmektedir. Hakem Kurulu'nun ayrıca tahkime dahil edilmesi istenen taraf üzerinde *"prima facie"* yargı yetkisine sahip olup olmadığını, tahkim talebinin zamanlamasını, olası çıkar çatışmalarını ve yeni bir tarafın yargılamaya dahil edilmesinin tahkim prosedürü üzerindeki etkisini de dikkate alacağı öngörülmektedir.

2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nın 10. maddesinde ise, davaların birleştirilmesi (*"consolidation of arbitrations"*) düzenlenmektedir. Buna göre, ICC Tahkim Kuralları'na göre yürütülmekte olan iki veya daha fazla tahkim yargılaması tek bir tahkimde birleştirilebilir. Ancak, bunun için birleştirilecek tüm tahkim yargılamalarının taraflarının davaların birleştirilmesi konusunda anlaşmaları veya birleştirilecek tahkim yargılamalarındaki tüm taleplerin aynı tahkim anlaşması kapsamında yapılmış olması veya birleştirilecek tahkim yargılamalarının aynı taraflar arasında olması, aynı hukuki ilişkiden doğması ve tahkim anlaşmalarının birbiriyle uyumlu olması gerekir. Kurallar'a göre ayrıca birleştirilecek tahkim yargılamalarında yer alan hakem kurullarının aynı kişilerden oluşup oluşmadığı da değerlendirmelerde dikkate alınabilecektir. Birleştirme kararı verildiği takdirde tüm taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa davalar ilk başlayan tahkim davasının çatısı altında birleştirilecektir.

ISTAC Tahkim Kuralları'nda ise çok taraflı tahkim m. 11'de düzenlenmektedir⁵⁵⁵. Söz konusu maddede davaların birleştirilmesi ayrıntılı olarak

tahkim yargılaması çatısı altında yürütülmesine ilişkin bir düzenlemedir. Ayrıca bu madde iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçgeninde çıkabilecek uyuşmazlıkların yürütülmesi konusunda etkili olabilecek bir madde de değildir.

⁵⁵⁵ 2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları'nın "Birden Fazla Sözleşme" başlıklı 9. maddesi ise çok taraflı tahkime ilişkin değil, iki taraf arasında birden fazla sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılaması çatısı altında yürütülmesine ilişkin bir düzenlemedir. Ayrıca bu madde iş sahibi,

düzenlenmiştir. Buna göre, *“Taraflardan birinin talebi üzerine Divan, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları’na tabi olarak görülmekte olan iki ya da daha çok davayı aşağıdaki şartların oluşması halinde birleştirebilir: a) Birleştirilmesi talep edilen davaların tarafları farklıysa, tüm tarafların davaların birleşmesine muvafakat etmeleri; b) Birleştirilmesi talep edilen davaların tarafları aynıysa, i) Tarafların davaların birleştirilmesine muvafakat etmeleri; veya ii) Davalardaki tüm taleplerin aynı tahkim anlaşmasına dayanması; veya iii) Davalardaki talepler birden fazla tahkim anlaşmasına dayanıyorsa davaya konu olan uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkili ile bağlantılı olması ve tahkim anlaşmalarının birbiriyle uyumlu olması.”* Maddenin ikinci fıkrasına göre birleştirme kararı verilirken birleştirilecek tahkim yargılamalarında hakemlerin belirlenip belirlenmediği ve belirlenen hakemlerin aynı kişiler olup olmadığı yine dikkate alınacaktır. Birleştirme kararı verildiği takdirde tüm taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa davalar ilk başlayan tahkim davasının çatısı altında birleştirilecektir. Söz konusu maddenin ifade tarzı yer yer ICC Tahkim Kuralları’nın 10. maddesine göre farklılık gösterse de, davaların birleştirilmesi için aranan şartlar ICC Kuralları’nda aranan şartlarla aynıdır.

1998, 2014 ve 2020 tarihli LCIA Tahkim Kuralları’nda ise 8. maddede “Üç veya daha fazla taraf” başlıklı bir düzenleme yer almakla birlikte, bu düzenlemede sadece tarafların ikiden fazla olması durumunda hakem kurulunun ne şekilde belirleneceğine ilişkin ifadeler bulunmaktadır. Kurallar’da “Üç veya daha fazla taraf” başlıklı bir düzenlemeye yer verilmiş olması çok taraflı tahkimin kabul edildiğini göstermektedir. Ancak, böyle bir tahkim davasının nasıl bir usule tabi olacağı belirsizdir. Ayrıca, ICC Tahkim Kuralları’yla ISTAC Kuralları’ndaki yeni bir tarafın davaya dahil edilmesi ve davaların birleştirilmesi kavramları da LCIA Tahkim Kuralları’nda yer almamaktadır. Bu durumda, kanaatimizce, iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçgeninde çıkabilecek uyuşmazlıkların tek bir tahkim davası çatısı altında yürütülebilmesini sağlayacak herhangi bir düzenleme LCIA Tahkim Kuralları’nda bulunmamaktadır.

Çok taraflı tahkim 2022 tarihli DIAC Kuralları’nın 8. ve 9. maddelerinde düzenlenmektedir. 2007 tarihli DIAC Kuralları’nın 11. maddesinde ise LCIA Kuralları’ndaki gibi bir düzenleme yer almakta, sadece tarafların ikiden fazla olması

asıl yüklenici ve alt yüklenici üçgeninde çıkabilecek uyuşmazlıkların yürütülmesi konusunda etkili olabilecek bir madde de değildir.

durumunda hakem kurulunun ne şekilde belirleneceğine ilişkin ifadeler bulunmaktadır.

2022 tarihli DIAC Kuralları'nın davaların birleştirilmesini düzenleyen 8. maddesine göre, iki veya daha fazla tahkim yargılaması, hakemler atanmadan önce bu yargılamalarda yer alan tüm tarafların buna onay vermesi halinde birleştirilebilir. Tüm tarafların onayı olmamasına rağmen bazı durumlarda yine davaların birleştirilmesine izin verilmektedir. Bu durumlar *prima facie* olarak tahkimlerdeki tüm iddiaların aynı tahkim anlaşması kapsamında yapıldığının anlaşılması veya tahkimlerin aynı tarafları içermesi ve tahkim anlaşmalarının uyumlu olmasıdır. Tahkimlerin aynı tarafları içermesi halinde ise uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden doğması veya uyuşmazlıkların kaynağındaki sözleşmelerin bir ana sözleşmeden ve bu sözleşmenin yan sözleşmelerinden oluşması veya yargılamalardaki taleplerin aynı işleminden veya ilgili işlemler dizisinden doğması söz konusu olabilir. DIAC Tahkim Kuralları'nda tahkim davalarından birinde hakemlerin atanmış olması halinde de yine aynı şartlarla davaların birleştirilebileceği öngörülmektedir. Ayrıca, bu durumda davaların birleştirilmesinin yargılama üzerindeki etkisi ve tahkimin hızlı ve etkin bir şekilde ilerlemesi gibi faktörlerin de değerlendirmede dikkate alınacağı belirtilmektedir. Davaların birleştirilmesine izin verildiğinde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkimler, ilk başlayan tahkimde birleştirilecektir.

2022 tarihli DIAC Kuralları'nın yeni tarafların tahkime dahil edilmesini düzenleyen 9. maddesine göre ise, kural olarak herhangi bir hakemin atanmasından önce davaya yeni tarafların dahil edilmesi talep edilebilir. Bu talebin kabul edilmesi, davaya dahil edilmek istenen yeni taraf da dahil olmak üzere tüm tarafların yazılı onayına veya davaya eklenmesi talep edilen tarafın mevcut yargılamadaki tahkim şartına taraf olabileceğinin *prima facie* olarak anlaşılmasına bağlıdır. DIAC Tahkim Kuralları'na göre yeni tarafların tahkime dahil edilmesi hakemlerin atanmasından sonra da istenebilir. Böyle bir durumda talebin kabul edilip edilmeyeceğine hakem kurulu yine aynı şartlarla karar verecektir. Hakem kurulu ayrıca böyle bir talebin kabulünün çıkar çatışması yaratıp yaratmayacağını, mevcut yargılama üzerindeki etkisini, yargılamanın etkin ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını da göz önünde bulunduracaktır.

Tahkim yargılamalarında taraflarca en çok tercih edilen tahkim kurallarından bir diğeri de AAA Tahkim Kuralları'dır. Çok taraflı tahkim 2022 tarihli AAA Tahkim

Kuralları'nın 8. maddesinde, davaların birleştirilmesi ve yeni tarafların tahkime dahil olması başlıkları altında düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre, hem davaların birleştirilmesi için hem de yeni tarafların tahkime dahil edilebilmesi için yeni taraf da dahil olmak üzere tüm tarafların bu konuda onay vermesi gerekir. Bununla birlikte Kurallar, tüm tarafların onayının elde edilememesi halinde dahi hakemlerin talebi değerlendirerek yeni bir tarafın davaya dahil edilmesine karar verebileceğini öngörmektedir. Aynı durum davaların birleştirilmesi konusunda da söz konusudur. Tüm taraflar onay vermemiş olsa dahi hakemler belli hususları değerlendirerek davaların birleştirilmesine karar verebileceklerdir. İki davadaki tahkim anlaşmalarının şartları ve uygunluğu, uygulanacak hukuk, birleştirme talebinin zamanlaması, tahkimlerde katedilen ilerleme, tahkimlerin ortak hukuki konuları ve/veya olguları içerip içermediği, tahkimlerin birleştirilmesinin adalet ve etkinliğe hizmet edip etmeyeceği, birleştirme talebinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlar arasında belirtilmiştir. Bu hususlarla ilgili olarak sınırlayıcı bir sayım yapılmamıştır.

Buraya kadar incelediğimiz ve çok taraflı tahkime ilişkin detaylı düzenlemeler içeren tüm tahkim kurallarına göre, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinden benzer uyuşmazlıkların çıkması halinde bu uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılaması çatısı altında birleştirilmesinin veya bu taraflardan ikisi arasındaki bir tahkim yargılamasına diğ erinin de taraf olarak dahil edilmesinin tek kesin yolunun tüm tarafların, yani iş sahibinin, asıl yüklenicinin ve alt yüklenicinin davaların birleştirilmesi veya davaya başka kişilerin de dahil edilmesi konusunda onay vermesi olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu onaylar olmadığı takdirde Tahkim Kuralları'nda öngörülen diğ er yollar davaların birleştirilmesi veya yeni tarafların davaya dahil edilmesini tahkim kurumlarının veya hakem kurullarının takdirine bırakmış olmaktadır. Uygulamada, davaların birleştirilmesi veya davaya başka kişilerin de dahil edilmesi konusunda iş sahibi, asıl yüklenici, alt yüklenici üçlüsünün tamamının onay vermesi oldukça düşük bir ihtimaldir. Zira, bu taraflardan biri mutlaka bu onayı vermesinin kendisi açısından avantaj değil, dezavantaj yaratacağını düşünerek bu onayı vermekten kaçınacaktır. Böylece, eğer kendisi açısından olumsuz bir sonuç ortaya çıkacaksa da bu sonucun paralel yargılamalar neticesinde daha uzun bir süre içinde ortaya çıkmasını sağlamaya çalışacaktır. Yukarıdaki diğ er açıklamalarımızla birlikte bu durum, alt yüklenicilik sözleşmesinde tahkim şartı hazırlanırken tahkim kurallarına atıf yapılmasının çok taraflı tahkimle ilgili meselelerde kesin bir çözüm

getirmeyeceğini, iş sahibi ile asıl yüklenici arasında ve asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında paralel yargılamaların önüne geçmeyeceğini göstermektedir⁵⁵⁶.

3. Çok Taraflı Tahkimin FIDIC Tarafından Hazırlanan İnşaat İşleri için Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri Şartlarında Düzenlenişi

İnşaat sözleşmeleri için hazırlanmış bazı ulusal standart formlar çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeler içermektedir. İngiltere’de kullanılan JCT standart sözleşme dokümanları ve CECA standart alt yüklenicilik sözleşmesi, Amerika’da kullanılan AIA standart sözleşme dokümanları, Danimarka’da kullanılan AB 92 ve ABT 93 genel sözleşme şartları bu tür ulusal standart formlar arasında yer almaktadır. Ancak, bu ulusal standartlar uluslararası alandaki çok taraflı tahkimle ilgili sorunlara çözüm üretme seviyesine ulaşamamaktadır. İnşaat sözleşmeleri için hazırlanmış uluslararası standart formların birçoğunda ise çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemelerin yer almadığı görülmektedir. ICC standart sözleşmeleri ile NEC3 standart sözleşmeleri bunun birer örneğidir. Bunun bir istisnası olarak, 2011 tarihli alt yüklenicilik sözleşme şartlarında FIDIC “İkinci Alternatif Madde 20” altında çok taraflı tahkime ilişkin kendine özgü bir mekanizma öngörmekte ve bu konuda detaylı düzenlemeler getirmektedir⁵⁵⁷.

İkinci Alternatif Madde 20⁵⁵⁸, FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Özel Şartlarının Hazırlanması için Rehber’in içinde yer almaktadır. Taraflarca benimsendiği takdirde bu madde uyuşmazlık çözümünü düzenleyen olağan Madde 20’nin yerine geçmektedir. 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları’nın olağan 20. maddesi FIDIC Kırmızı Kitap’ta yer alan uyuşmazlık çözüm maddesine benzer çok katmanlı bir düzenleme içermekte ve uyuşmazlık çözümü için şu ana aşamaları öngörmektedir: Uyuşmazlık Bildirimi (“*Notice of Dispute*”), uyuşmazlığın Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’na (“*Subcontract DAB*”) gönderilmesi, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun kararı, Kurul Kararı’na karşı Memnuniyetsizlik Bildiriminde bulunulması (“*Notice of Dissatisfaction*”), dostane çözüm yollarının denenmesi (“*Amicable Settlement*”) ve bu yolların da çözümsüz kalması halinde ICC Tahkimi. Bu maddede alt yüklenicinin asıl

⁵⁵⁶ Kondev, s. 81.

⁵⁵⁷ Kondev, s. 68.

⁵⁵⁸ 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları’nda yer alan İkinci Alternatif Madde 20 hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Kondev, s. 69-74; Emma Kratochvilova/Michael Mendelblat, “Testing the Water-A New FIDIC Subcontract”, *International Construction Law Review*, C. 28, 2011, s. 60-64.

yüklenicilik sözleşmesi altındaki uyuşmazlık çözüm prosedürüne katılabileceğini öngören bir düzenleme yer almamaktadır.

2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nın olağan 20. maddesi ile FIDIC Kırmızı Kitap'ta yer alan uyuşmazlık çözüm maddesinin birbiriyle uyumlu olmasının amacı asıl yüklenicilik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarla alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar arasında eşgüdüm sağlanabilmesidir. Örneğin, FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nın 20.1 maddesine göre, asıl yüklenicinin FIDIC Kırmızı Kitap uyarınca Müşavir Mühendise veya iş sahibine herhangi bir bildirimde bulunmasının veya bilgi vermesinin veya güncel kayıt tutmasının gerektiği durumlarda alt yüklenici de asıl yükleniciye benzer bildirimde bulunmalı veya bilgi sunmalı veya güncel kayıtları tutmalıdır. Başka bir örnek olarak, yine FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nın 20.1 maddesine göre, süre uzatımı veya ek ödemeye hak kazandığını düşünen alt yüklenici buna sebebiyet veren olayı öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren 21 gün içinde asıl yükleniciye bildirimde bulunmalıdır. Bu düzenlemenin de FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.1 maddesinde bu konuda yer alan düzenlemeyle aynı olduğu dikkat çekmektedir. Aradaki tek fark bildirimin yapılması gereken süredir. Alt yükleniciye verilen 21 günlük süre asıl yükleniciye verilen süreden daha azdır. Bunun sebebi alt yüklenicinin bildirimini almasından sonra asıl yüklenicinin de Müşavir Mühendise veya iş sahibine bildirimde bulunabilmesinin önünü açmaktır.

2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nın olağan 20. maddesi ile FIDIC Kırmızı Kitap'ta yer alan uyuşmazlık çözüm maddesi asıl yüklenicilik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarla alt yüklenicilik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar arasında eşgüdüm sağlanabilmesi amacıyla birbiriyle uyumlu olsa da, bu kurallara göre yürütülecek uyuşmazlıklar ayrı uyuşmazlıklardır. Bu da asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin birbirinden bağımsızlığı prensibinin gereğidir.

Olağan madde 20'nin Kırmızı Kitap'taki düzenlemeden temel farkı, asıl yüklenicinin, aynı uyuşmazlığı Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na da ("*Main Contract DAB*") havale edebilmesi için Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurunun 112 gün veya taraflarca kararlaştırılan başkaca bir süre için ertelenmesine izin verilmesidir. Bu ertelemedeki amaç, uyuşmazlığın bu sırada Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm

Kurulu'nda çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır. Ancak alt yüklenici ne Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararı ile ne de iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki uyuşmazlığa ilişkin verilecek hakem kararı ile bağlıdır.

2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nda yer alan İkinci Alternatif Madde 20 ise FIDIC tarafından deneme ve uygulamanın nasıl işleyeceğini görme amacıyla oluşturulmuştur. Söz konusu madde aşağıda detaylı bir şekilde açıklayacağımız üzere, alt yükleniciyi alt yüklenicilik sözleşmesiyle ilgili talepler (*"claims"*) konusunda Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararı ve iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki uyuşmazlığa ilişkin verilecek hakem kararıyla bağlı kılmayı amaçlayan kompleks ve uzun bir prosedür öngörmektedir. Böyle bir prosedürün öngörülebilmesinin nedeni 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nın alt yüklenicilik sözleşmesi ile asıl yüklenicilik sözleşmesi sırt sırta (*"back to back"*) olacak şekilde kaleme alınmış olmasıdır⁵⁵⁹.

Alternatif Madde 20'de öngörülen iki ayrı prosedür bulunmaktadır. Bunlardan ilki Taleplerle, ikincisi ise Uyuşmazlıklarla ilgilidir. Talepler ve Uyuşmazlıklar da kendi içlerinde Bağlantılı Talepler (*"Related Claims"*)-Bağlantısız Talepler (*"Unrelated Claims"*) ve Bağlantılı Uyuşmazlıklar (*"Related Disputes"*)-Bağlantısız Uyuşmazlıklar (*"Unrelated Disputes"*) olmak üzere ikişer kategoriye ayrılarak düzenlenmektedir. Bağlantılı Talepler asıl yüklenicilik sözleşmesi altında da bir talepte bulunulmasını gerektiren veya halihazırda asıl yüklenicilik sözleşmesi altında değerlendirmesi devam etmekte olan talepleri ilgilendiren taleplerdir. Bunların dışındaki talepler Bağlantısız Taleplerdir. Bağlantılı Uyuşmazlıklar ise Bağlantılı Taleplerden kaynaklanan uyuşmazlıklar olup bunun dışındaki uyuşmazlıklar Bağlantısız Uyuşmazlıklar kapsamına girmektedir.

Alt yüklenici FIDIC alt yüklenicilik sözleşmesi altında asıl yükleniciye talep bildiriminde (*"notice of claim"*) bulunduğunda, asıl yüklenici bu talebin bağlantılı bir talep mi yoksa bağlantısız bir talep mi olduğunu alt yükleniciye bildirmelidir. Talebin niteliğine ilişkin uyuşmazlıklar Tahkim Öncesi Hakemliğine İlişkin ICC Kuralları (*"ICC Rules for Pre-arbitral Referee Procedure"*) uygulanarak bir tahkim öncesi hakemi tarafından çözümlenecektir. İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçgeninde

⁵⁵⁹ Kratochvilova/Mendelblat, s. 46-47.

çıkabilecek uyuşmazlıkların yürütülmesi konusunda asıl önem arz eden konu söz konusu talebin bağlantılı bir talep olmasıdır.

Bağlantılı talepler maddenin 20.4 numaralı paragrafında düzenlenmektedir. Alt yüklenici tarafından yapılan talebin bağlantılı bir talep olması halinde asıl yüklenici de asıl yüklenicilik sözleşmesi altında Müşavir Mühendise bir talep bildiriminde bulunmalı ve bu talebin değerlendirme aşamasını alt yüklenicinin de desteğiyle takip etmelidir. Bağlantılı talebin Müşavir Mühendis tarafından değerlendirildiği toplantılara alt yüklenicinin de katılma hakkı bulunmaktadır ve asıl yüklenici bu hakka riayet etmelidir. Ancak Müşavir Mühendis veya iş sahibinin buna itiraz etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Alt yüklenicinin toplantılara katılmasının bu şekilde engellendiği durumlarda, asıl yüklenicinin bağlantılı talep hakkında alt yükleniciye de danışmaksızın Müşavir Mühendisle bir anlaşmaya varması yasaklanmaktadır. Müşavir Mühendis asıl yüklenicinin ek ödeme veya süre uzatımına hak kazandığı yönünde karar verdiği takdirde, asıl yüklenici bu kazanımı belli bir oranda alt yükleniciye de yansıtmalıdır. Alt yüklenicinin bu kazanımın kendisine yansıtılan oranı konusunda memnuniyetsiz olması halinde asıl yükleniciyle alt yüklenici arasında bir uyuşmazlık çıkmış olacaktır⁵⁶⁰.

Alt yüklenicilik sözleşmesi altında bir uyuşmazlık çıktığında, öncelikle taraflardan biri diğer tarafa Uyuşmazlık Bildirimi (*“Notice of Dispute”*) gönderecektir. Ardından, uyuşmazlığın bağlantılı bir uyuşmazlık mı yoksa bağlantısız bir uyuşmazlık mı olduğu tespit edilecektir. Uyuşmazlığın niteliğine ilişkin uyuşmazlıklar yine Tahkim Öncesi Hakemliğine İlişkin ICC Kuralları (*“ICC Rules for Pre-arbitral Referee Procedure”*) uygulanarak bir tahkim öncesi hakemi tarafından çözümlenecektir. Burada da iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçgeninde çıkabilecek uyuşmazlıkların yürütülmesi konusunda asıl önem arz eden konu söz konusu uyuşmazlığın bağlantılı bir uyuşmazlık olmasıdır.

Bağlantılı uyuşmazlıklar maddenin 20.8 numaralı paragrafında düzenlenmektedir. Alt yüklenici tarafından gönderilen Uyuşmazlık Bildirimi’nin konusu bağlantılı bir uyuşmazlık olduğu takdirde asıl yüklenici söz konusu

⁵⁶⁰ Bu uyuşmazlık bağlantısız uyuşmazlık olarak nitelendirilecek ve öncelikle Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’na aktarılacaktır. Kurul Kararı’na karşı memnuniyetsizlik bildiriminde bulunulduğu takdirde ise uyuşmazlığın dostane yollarla çözülebilmesi için girişimde bulunulacak ve bunda başarılı olunamadığı takdirde alt yüklenicilik sözleşmesi altında tahkim süreci başlatılacaktır.

uyuşmazlığı, alt yüklenicinin de desteğiyle, Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na aktarmalıdır⁵⁶¹. Asıl yüklenici, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yürüteceği çözüm sürecine alt yüklenicinin de katılabilmesi için makul imkanı sağlamalıdır. Ancak, Müşavir Mühendis'in bağlantılı talepleri değerlendirme sürecinde olduğu gibi burada da iş sahibinin veya Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun alt yüklenicinin sürece katılımına izin vermek zorunda olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Alt yüklenicinin uyuşmazlık çözüm sürecine katılmasının iş sahibi veya Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından engellendiği durumlarda, asıl yüklenicinin bağlantılı uyuşmazlık hakkında alt yükleniciye de danışmaksızın iş sahibiyle bir anlaşmaya varması yasaklanmaktadır. Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun kararı, alt yüklenici memnuniyetsizliğini bildirmediği takdirde, alt yüklenici açısından da bağlayıcı olacaktır. Alt yüklenici memnuniyetsizlik bildiriminde bulunduğu takdirde asıl yüklenicinin iki seçeneği bulunmaktadır. Asıl yüklenici alt yükleniciyle aynı fikirde olabilir veya bu memnuniyetsizliği kabul etmeyebilir. Asıl yüklenici alt yükleniciyle aynı fikirde ise Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na bir memnuniyetsizlik bildiriminde bulunmalıdır. Asıl yüklenici alt yükleniciyle aynı fikirde değilse uyuşmazlık artık bağlantısız bir uyuşmazlık olarak görülmelidir.

Bağlantılı uyuşmazlıkta Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na memnuniyetsizlik bildiriminin yapılmasının ardından, öncelikle uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözülebilmesi için girişimde bulunulmalı, bu konuda başarılı olunamadığı takdirde uyuşmazlık asıl yüklenici tarafından ve asıl yüklenicilik sözleşmesi altında tahkime taşınmalıdır. Taraflarının iş sahibi ve asıl yüklenici olacağı bu tahkim yargılamasına, iş sahibi veya hakem kurulu itiraz etmediği takdirde, alt yüklenicinin de katılabilmesi için imkan tanınmalıdır. Ancak, alt yüklenici tahkim yargılamasına katılsa bile taraf niteliğinde olmayacaktır. Hakem kararı alt yüklenici açısından da bağlayıcı olacaktır ve asıl yüklenici hakem kararıyla elde edeceği kazanımı belli bir oranda alt yükleniciye de yansıtmalıdır.

⁵⁶¹ Uyuşmazlık Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na Uyuşmazlık Bildirimi ("Notice of Dispute")'nin gönderilmesinden itibaren 28 gün içinde (halihazırda oluşturulmuş bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu varsa) veya 56 gün içinde (henüz Uyuşmazlık Çözüm Kurulu oluşturulmamışsa) götürülmelidir. Asıl yüklenicinin uyuşmazlığı Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na taşıması o uyuşmazlığa bağlantısız bir uyuşmazlık olarak muamele edilmesine neden olacaktır.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar alt yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesi altında ek ödeme veya süre uzatımı talebinde bulunduğu hallere ilişkindir. İkinci Alternatif Madde 20 ayrıca iş sahibinin asıl yükleniciden alt yüklenicilik sözleşmesiyle bağlantılı bir talebi olduğu halleri de düzenlemektedir. Bu hallerde uygulanacak usûl yukarıda detaylarına verdiğimiz, bağlantılı talepler ve bağlantılı uyuşmazlıklarla ilgili usûle çok benzerdir. Bu usûlün tercih edilmesi ve uygulanması halinde, Asıl Yüklenicilik Sözleşmesi Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kararı ve hakem kararı yine alt yüklenici açısından da bağlayıcı olacaktır.

Kanaatimizce İkinci Alternatif Madde 20 taraflarca kolaylıkla tercih edilebilecek bir madde değildir. Bu maddede öngörülen mekanizmanın çok detaylı ve uzun olmasının yanında, ortaya çıkarılabileceği bazı sorunlar da alt yüklenicilerin ve asıl yüklenicilerin aralarındaki sözleşmeye bu maddeyi dahil etmek konusunda tereddütlü davranmalarına sebebiyet verebilir.

İlk bakışta bu maddenin sözleşmeye dahil edilmesini özellikle asıl yüklenicinin isteyeceği, böylelikle kendi üzerinde olan riski alt yükleniciye veya iş sahibine geçirmek isteyeceği düşünülebilir. Ancak, maddenin detaylarına bakıldığında asıl yükleniciyi bu tercihi yapmaktan alıkoyacak birçok husus olduğu görülmektedir. Örneğin, söz konusu maddeye göre, bir talebin Bağlantılı Talep olup olmadığı veya bir uyuşmazlığın Bağlantılı Uyuşmazlık olup olmadığı konusunda son kararı verecek olan asıl yüklenici değil tahkim öncesi hakemidir. Bunun sonucunda asıl yüklenici kendisine karşı tek bir sözleşme altında ileri sürülen iki talep hakkında birbirinden tamamen farklı iki ayrı prosedürü yürütmek zorunda kalabilir. Birçok asıl yüklenici böyle bir durumun uyuşmazlıkları gereksiz bir şekilde uzatacağını ve özellikle küçük miktartlı talep ve uyuşmazlıklar açısından külfetli ve pahalı bir mekanizma olacağını düşünebilir. Ayrıca, asıl yüklenici bu prosedürü yürütmeyi tercih etse dahi, Müşavir Mühendis, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu veya hakem kurulunca alınacak kararlardan elde edeceği kazanımı belli bir oranda alt yükleniciye yansıtırken bu oran konusunda alt yükleniciyle yaşayacağı uyuşmazlıklar Bağlantısız Uyuşmazlık olarak değerlendirilecek ve ayrı bir uyuşmazlık çözüm prosedürünün daha başlamasını tetikleyecektir. Bu bağlantısız uyuşmazlığın sonunda ise daha önceki kararlarla elde ettiği kazanımın tamamını alt yükleniciye bırakma riskiyle karşı karşıya kalabilecektir.

Asıl yüklenicinin karşılaşılabileceği bir diğer sorun ise iş sahibinin alt yüklenicinin ayıplı ifasından dolayı asıl yükleniciye başvurduğu hallere ilişkindir.

İkinci Alternatif Madde 20 bu tür durumlarda asıl yüklenici açısından tam bir koruma sağlayamamaktadır. Asıl yüklenici iş sahibine ödenmesine hükmedilecek meblağın tamamının alt yüklenici tarafından ödenmesini arzu edecektir. Ancak, söz konusu maddeye göre alt yüklenicinin asıl yükleniciye karşı sorumluluğunun ön şartı asıl yüklenici tarafından iş sahibine alt yüklenici nedeniyle bir ödeme yapmış olmasıdır. Ancak, asıl yüklenici iş sahibine ödeme yaptığıında alt yüklenicinin kendisi tarafından ödenmesi gereken oran konusunda itirazda bulunma ve yeni bir uyuşmazlık yaratma ihtimali bulunmaktadır. Bu yeni uyuşmazlığın sonucunda alt yüklenicinin asıl yüklenici tarafından iş sahibine ödenmiş olan tutardan daha az bir oranda ödeme yapmasına karar verilirse, asıl yüklenici alt yükleniciden kaynaklanan nedenlerle iş sahibine ödeme yapmış olacak, ancak yaptığı bu ödemenin bir kısmını alt yükleniciye rücu edememe sonucuyla karşı karşıya kalacaktır.

Asıl yüklenicilik sözleşmesi altında ortaya çıkacak bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kararı'nın veya hakem kararının alt yüklenici açısından ne şekilde bağlayıcı olabileceği de söz konusu maddede net değildir. Alt yüklenicinin bu kararları rızaen yerine getirmemesi halinde nasıl bir yaptırım uygulanabileceği belirtilmemektedir. Kaldı ki, alt yüklenici söz konusu madde uyarınca katılacağı yargılamalarda taraf niteliğinde olmayacağından, ilgili kararların alt yükleniciye karşı icra edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Alt yüklenicinin bu kararları uygulamaması yalnızca sözleşmenin ihlali niteliğinde olacak ve yeni bir tahkim sürecinin başlamasına sebebiyet verecektir. Başlayacak bu yeni tahkim yargılamasında hakem kurulunun olay ve olguları yeniden değerlendirip yeni bir karar mı alacağı, yoksa sadece daha önce verilen kararlara uyulmamış olmasının bir sözleşme ihlali teşkil edip etmediğine yönelik bir tespit mi gerçekleştireceği açık ve öngörülebilir değildir.

İkinci Alternatif Madde 20 bazı sebeplerle alt yükleniciler tarafından da tercih edilmek istenmeyebilir. Öncelikle, her ne kadar alt yükleniciye asıl yüklenicilik sözleşmesi altındaki uyuşmazlık çözüm sürecine katılma imkanının tanınması gerektiği düzenlense de, bu imkanı tanınması gereken kişi asıl yüklenicidir. İş sahibi veya karar mercii alt yüklenicinin bu süreçlere katılımını engelleyebilecektir. Alt yüklenicinin uyuşmazlık çözüm süreçlerine katılımının engellendiği durumlarda asıl yüklenicinin öncelikle alt yükleniciye danışmadan bir anlaşmaya varamayacağı düzenlense de söz konusu danışmanın kapsamı belli değildir. Ayrıca, İkinci Alternatif Madde 20'nin öngördüğü mekanizmanın uzun ve pahalı bir uyuşmazlık çözüm süreci

yaratacak olması alt yükleniciler tarafından da bir dezavantaj olarak görülebilir. Kaldı ki bu sürecin asıl yükleniciler tarafından alınacak bazı kararlar ve gösterilecek reaksiyonlarla daha da uzama ihtimali bulunmaktadır. Son olarak, bağlantılı bir uyuşmazlık sonucunda alt yükleniciye ödeme yapılabilmesinin ön şartının iş sahibi tarafından asıl yükleniciye ödeme yapılması olması da söz konusu maddenin alt yükleniciler tarafından tercih edilmeme sebeplerinden biri olabilecektir.

Bütün bunlar 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nda yer alan İkinci Alternatif Madde 20'nin hem asıl yükleniciler hem de alt yükleniciler tarafından tercih edilmemesi için birçok sebebin bulunduğunu, dolayısıyla söz konusu maddede öngörülen mekanizmanın bu kişilerce tercih edilebilir hale gelecek şekilde geliştirilmesi gerektiğini göstermektedir.

4. Alt Yüklenicilik Sözleşmesinde Çok Taraflı Tahkim Şartına Yer Verilmesi

Yukarıdaki açıklamalarımız, tahkim kanunları, tahkim kuralları ve uluslararası standart sözleşmeler tarafından iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici üçgeninde çıkabilecek uyuşmazlıklarda çelişen kararların önlenmesi, birbiriyle irtibatlı uyuşmazlıkların uyum içerisinde, hızlı ve uyuşmazlıkla ilgili bütün tarafların katılımıyla yürütülmesi konusunda etkin bir çözümün henüz ortaya konmadığını göstermektedir. Tahkim kuralları çok taraflı tahkim için iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenicinin tamamının rızasını aramaktadır. Uyuşmazlıkların ortaya çıktığı ve tahkim yargılamalarının başladığı bir aşamada bu üçlünün tamamının böyle bir duruma rıza göstermesi pek mümkün gözükmemektedir. Zira, en az biri tahkim yargılamasının çok taraflı bir şekilde yürütülmesinin kendi açısından dezavantaj yaratacağını düşünecektir. 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları'nda İkinci Alternatif Madde 20'de yer alan düzenleme ise birçok asıl yüklenici ve alt yüklenici tarafından uzun, masraflı, meşakkatli ve bazı açılardan dezavantajlı bir prosedür olarak görülebilir.

Bu nedenle, iş sahibi-asıl yüklenici ve asıl yüklenici-alt yüklenici arasında oluşabilecek paralel yargılamaların ve bunların olumsuz etkilerinin önlenmesi veya öncelikle bir tahkim yargılamasını bitirip sonrasında diğer bir tahkim yargılamasını başlatmak zorunda kalarak hakkın oldukça uzun bir yargılama süreci sonucunda elde edilmesinin önüne geçilebilmesi için başvurulabilecek yol alt yüklenicilik sözleşmelerinde çok taraflı tahkim şartına yer verilmesidir. Böylece henüz herhangi bir uyuşmazlık çıkmadan daha en başta iş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici ileride ortaya çıkabilecek bir tahkim davasının çok taraflı bir şekilde yürütülmesi konusunda

anlaşmış olacaklardır. Teorik olarak tarafların çok taraflı tahkim şartını uyuşmazlık çıktıktan sonra düzenlemeleri de mümkün olmakla birlikte, bir uyuşmazlıkta kimin davacı kimin davalı olacağı ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın çözümünde tarafların nasıl bir menfaati olacağı belli olacağı için, tarafların tahkim şartında uzlaşmaları zorlaşacaktır⁵⁶².

Taraflar çok taraflı tahkim şartını iki şekilde hazırlayarak sözleşmelerine ekleyebilirler. Birinci yöntem “*umbrella arbitration agreement*” adı verilen, tahkimde yer alacak tüm tarafları kapsamına alan tek bir tahkim maddesinin hazırlanmasıdır. İkinci yöntem ise birbiriyle özdeşlik gösteren ve çok taraflı tahkimi öngören birden fazla tahkim şartının hazırlanarak çok taraflı tahkimde yer alacak tarafların ikili olarak aralarında yaptıkları sözleşmelere bu tahkim şartlarının konmasıdır. Asıl yüklenicilik sözleşmeleriyle alt yüklenicilik sözleşmeleri genellikle farklı zamanlarda hazırlanacakları için bu sözleşmelerde çok taraflı tahkim şartının hazırlanması bakımından ikinci yöntemin tercih edilmesi ihtimali daha yüksektir.

Her tahkim şartı gibi çok taraflı tahkim şartının da taraflarca oldukça dikkatli bir şekilde hazırlanması ve çok taraflı tahkim iradesine hiçbir tereddüde yer bırakmayacak biçimde açık olarak yer verilmesi gerekir.

Asıl yüklenici, iş sahibi ve alt yükleniciyle arasında var olan birbirinden bağımsız sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda kullanılabilecek ve riskleri en aza indirmeyi sağlayacak bir tahkim şartı kaleme almak istiyorsa aşağıdaki hususlara dikkat etmelidir.

Öncelikle, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıklar olması gerekir. Bunun içinse, asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi arasındaki bağlantı sağlanmış olmalı, başka bir deyişle iki sözleşme *back to back* (sırt sırta) olmalıdır. Bu bağlantının sağlanabilmesi için, alt yüklenicilik sözleşmesine, alt yüklenicilerin edimlerini ifa ederken iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmeye uygun olarak hareket etmeleri gerektiği yönünde genel bir hüküm konabileceği gibi⁵⁶³ çalışmamızın birinci bölümünde *back to back* sözleşmelerin hazırlanması konusunda anlattığımız diğer yollardan da faydalanılabilir.

⁵⁶² Akıncı, s. 215.

⁵⁶³ Akıncı, s. 216.

Tahkim yargılamasının tabi olacağı tahkim kuralları dikkatli bir şekilde seçilmelidir. Ad-hoc tahkim yerine kurumsal tahkimin tercih edilmesi ortaya çıkacak kompleks tahkim yargılamalarının bir kurum tarafından organize edilmesi ve böylece çıkmaza girmesinin önlenmesi için daha avantajlı olacaktır. Alt yüklenici, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta belge ve bilgi sağlayarak asıl yükleniciye destek olmayı taahhüt etmelidir. Ayrıca, iş sahibiyle asıl yüklenici arasında bir uyuşmazlık çıktığı takdirde asıl yüklenici kendisi tarafından atanacak olan hakemin seçilmesi sürecine katılmasını alt yükleniciden isteyebilmelidir. Hakem seçimi sürecine katılımın kabul edilmesi alt yüklenicinin de lehine olacaktır⁵⁶⁴.

Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinde yer alan tahkim şartları, uyuşmazlık ile ilgili diğer kişilerin de tahkime taraf olarak katılmasına imkan verecek şekilde düzenlenmelidir. Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesine *“alt yüklenici, asıl yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık için tahkim yoluna başvurulduğunda, uyuşmazlık konusunun alt yüklenicilik sözleşmesinin kapsamına giren işlerle ilgili olması halinde, taraflardan birinin veya hakemlerin talebi üzerine söz konusu tahkimde taraf olarak yer almayı ve hakemlerin vereceği kararın kendisi açısından bağlayıcı olmasını kabul eder.”* şeklinde bir hüküm koymak yerinde olacaktır⁵⁶⁵.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde, asıl yüklenicilik sözleşmesi altında verilecek bir hakem kararının alt yüklenicilik sözleşmesi açısından da bağlayıcı olacağının kabul edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böylelikle, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki bir tahkim davasını yürüten hakem kurulunun yaptığı tüm hukuki ve olgusal değerlendirmeler ile birlikte hakem kararı alt yükleniciyi de bağlayacaktır. Başka bir deyişle, iş sahibine karşı yürüttüğü tahkim davasını kaybeden asıl yüklenici, bu durumun alt yüklenicinin bir edimini yerine getirmemesinden kaynaklanması halinde kolaylıkla alt yükleniciye rücu edebilecektir. Aynı şekilde, iş sahibine karşı yürüttüğü tahkim davasını kazanan asıl yükleniciden alt yüklenici kendisine düşen

⁵⁶⁴ Hazem Hussein, s. 17.

⁵⁶⁵ Akıncı, s. 216.

payın da ödenmesini talep edebilecektir⁵⁶⁶. İş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki tahkim davasında hakem seçimine katılan, tüm iddialara karşı cevap verme imkanı kendisine de tanınan alt yüklenici, söz konusu dava asıl yüklenici tarafından kaybedildiği takdirde asıl yükleniciye karşı yeni bir tahkim davası başlatamayacaktır. Zira, yargılamadaki tüm aşamalarda alt yüklenici de bulunmuş ve hakem kararı alt yüklenici açısından da bağlayıcı hale gelmiş olacaktır⁵⁶⁷.

Yukarıda yer verdiğimiz hususlar göz önünde bulundurularak farklı şekillerde çok taraflı tahkim şartları oluşturulabilir. Bu yapılırken her somut alt yüklenicilik ilişkisi kendi içinde değerlendirilmeli ve tahkim şartı o ilişkiye en uygun şekilde kaleme alınmalıdır. Yukarıda yer verdiğimiz hususlar göz önünde bulundurularak hazırlanmış bir tahkim şartı hem asıl yüklenici hem de alt yüklenici açısından avantajlı olabilecektir⁵⁶⁸. Bununla birlikte, çok taraflı tahkimde tek bir hakem kurulunun bütün bir ticari ilişkide yanlış karar vermesi, uyuşmazlığın çok karmaşık bir hale gelmesi veya hakem kurulunun yetkisini hatalı değerlendirmesi gibi risklerle de karşılaşılacağı unutulmamalıdır.

İnşaat projelerinde çok taraflı tahkime ilişkin meselelerin başka örneklerine de rastlamak mümkündür. City&General v. AYH davası ile Eurodisney projesi bu konuda önemli örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

City&General v. AYH davasına konu olan olayda asıl yüklenici Kier tadilat ve yeniden inşa işlerini üstlenmiştir. City & General (“CG”) ise Londra’daki eski Patent Ofisi Kütüphanesi’nin tadilat ve yeniden inşa işleri için asıl yüklenici Kier’le bir alt yüklenicilik sözleşmesi imzalamış ve AYH’yi proje yöneticisi olarak atamıştır.

CG ile AYH arasındaki sözleşmede yer alan tahkim maddesi uyuşmazlıkların tek hakem tarafından çözüleceğini öngörmüştür. Tahkim maddesine göre ayrıca taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın CG ile AYH’den herhangi birinin üçüncü bir kişiyle olan bir uyuşmazlığıyla aynı veya bağlantılı hukuki meseleleri ortaya çıkarması

⁵⁶⁶ Hussein, “The Requirements for an Effective Multi-Party Arbitration Clause in Construction Contracts”, s. 19.

⁵⁶⁷ Hussein, “The Requirements for an Effective Multi-Party Arbitration Clause in Construction Contracts”, s. 19.

⁵⁶⁸ Hussein, “The Requirements for an Effective Multi-Party Arbitration Clause in Construction Contracts”, s. 19.

halinde söz konusu uyuşmazlık üçüncü kişiyle olan uyuşmazlığı karara bağlayan hakemce karara bağlanacaktır.

CG ile AYH arasında bir uyuşmazlık çıktığında, CG ile Kiev arasındaki benzer uyuşmazlığın hakemi hakem olarak atanmıştır. CG ile AYH aralarındaki uyuşmazlığın CG ile Kiev arasındaki uyuşmazlığa benzer hukuki meseleler ortaya çıkarıp çıkarmadığı konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Sonuç olarak uyuşmazlığın kim tarafından çözümleneceği konusunda kararı mahkeme vermiştir. Mahkeme öncelikle tahkim maddesinin yeterince açık olmadığını, dolayısıyla böyle bir tahkim maddesini kaleme alırken tarafların amaçlarının ne olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu tahkim maddesinin amacı benzer konulardaki tahkim uyuşmazlıklarının aynı anda ve farklı tahkimlerde yürümesinin önüne geçmektir. Eğer bir uyuşmazlığın esaslı bir kısmı ortaya çıkardığı hukuki meseleler itibariyle bir diğer uyuşmazlığa benziyorsa bu durum iki uyuşmazlığın bağlantılı olduğu anlamına gelir ve bu uyuşmazlıklar aynı hakem tarafından karara bağlanmalıdır. Mahkeme sonuç olarak CG ve AYH arasındaki uyuşmazlık ile CG ve Kier arasındaki uyuşmazlığın bağlantılı uyuşmazlıklar olduğuna karar vererek iki uyuşmazlık hakkında da CG ile Kier arasındaki uyuşmazlığa bakan hakemin karar vermesine hükmetmiştir⁵⁶⁹.

Eurodisney projesinde ise taraflar asıl yüklenicilik sözleşmesinde Davacının ve Davalının Tahkim Talebi ve Tahkim Talebine Cevabın sunulmasından itibaren belli bir süre içinde alt yüklenicileri de aynı tahkim sürecine davet etme haklarının olduğunu kararlaştırmışlardır. Söz konusu tahkim maddesine göre, Tahkim Talebi ve Tahkim Talebine Cevap sunulurken taraflar hakem ataması yapmayacaklar, hakem atanması davaya yeni bir tarafın dahil olup olmayacağının kesinleştiği ana kadar ertelenecektir. Davaya yeni bir tarafın dahil olması halinde tüm taraflar hakem atanması sürecinde söz sahibi olacaklardır. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde de benzer hükümlere yer verilmiştir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 29 Eylül 2005 tarihli *City & General Ltd. v. AYH Plc* kararı, casemine.com.

⁵⁷⁰ Ortiz, Ugalde-Revilla, "Chapter 4: Multiparty Construction Projects: An Arbitration to Bind Them All?", s. 60.

SONUÇ

Alt yüklenicilik sözleşmeleri, iş sahibinin tüm iş için bir veya birden fazla asıl yükleniciyle sözleşme yapmasına veya işin belirli kısımları için farklı asıl yüklenicilerle sözleşmeler yapmasına karşılık, asıl yüklenicinin veya asıl yüklenicilerin işin tamamını veya bazı parçalarını yaptırmak üzere başka yüklenicilerle akdettikleri sözleşmeleri ifade etmekte ve ikinci sıradaki (veya sonraki sıralardaki) bu yükleniciler “alt yüklenici” veya “taşeron” olarak adlandırılmaktadır.

İş sahibi, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkide arka arkaya sıralanan eser sözleşmeleri vardır. Alt yüklenicilik sözleşmelerinin tarafları asıl yüklenici ile alt yüklenicidir. İş sahibi ise bu sözleşmeye taraf değildir. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesi birbirinden bağımsız olup, alt yükleniciler ile iş sahibi arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak, her ne kadar alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafı olmasa da iş sahibinin, alt yüklenicilik sözleşmesinin incelenmesinde göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira, alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik sözleşmesinin ifası amacına yönelmektedir ve bu yönüyle iki sözleşme arasında ekonomik bir bağlantı vardır. Alt yüklenicilik ilişkilerinin milletlerarası özel hukukta ortaya çıkarabileceği problemler incelenirken de bu durum göz önünde bulundurulmalıdır.

Alt yüklenicilik sözleşmesinin eser sözleşmesi olmasının dışında bir diğer hukuki niteliği de alt sözleşme olmasıdır. Alt sözleşme kavramı ayrı bir sözleşme türünü ifade etmemektedir. Bu kavram, birbirinden bağımsız iki sözleşmenin mevcut olduğu durumlarda ortaya çıkmakta ve iki ayrı sözleşmenin birbiri karşısındaki durumunu açıklamak için kullanılmaktadır. Alt sözleşme kavramı üç hukuk süjesinin varlığını gerektirir. İş sahibi, alt yüklenici ve her iki sözleşmenin de tarafı olan asıl

yüklenici üçlüsüyle alt yüklenicilik sözleşmesi asıl yüklenicilik karşısında bir alt sözleşme niteliği kazanmaktadır.

Alt yüklenicilik sözleşmeleriyle en çok inşaat projeleri kapsamında karşılaşılmaktadır. Bu sözleşmeler inşaat hukuku uygulamasında akdedilen sözleşmelerin sayısal açıdan çok büyük bir bölümünü oluşturmakta, alt yüklenicinin belirlenme biçimi ve sözleşmelerin hazırlanış şekli açısından farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri özellikle metro, stadyum, baraj, alışveriş merkezi ve otel inşaatı gibi büyük inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmakla birlikte, en basit inşaat işlerinde de sıklıkla kullanılmaktadır.

Asıl yükleniciler gibi alt yükleniciler de genellikle tüzel kişilerdir. Bununla birlikte, asıl yüklenici ile alt yüklenici bir gerçek kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir ticari ortaklık da (örneğin adi ortaklık) olabilir. Uygulamada genellikle alt yüklenicilerin küçük veya orta ölçekli işletmeler olduğu, asıl yüklenici konumunda ise büyük inşaat şirketlerinin yer aldığı görülmektedir.

Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu veya başka bir hukuki düzenlemede alt yüklenicilik sözleşmelerini doğrudan tanımlayan ve özelliklerini ortaya koyan bir hüküm mevcut değildir. Bu konuda Fransız Hukuku, Türk Hukuku'ndan farklılık arz eden bir hukuk sistemi olarak dikkat çekmektedir. Zira, Fransa'da alt yüklenicilik sözleşmeleri 31 Aralık 1975 tarihli ve 75-1334 sayılı özel bir kanunla düzenlenmekte ve bu kanunun ilk maddesinde alt yüklenicilik sözleşmelerinin bir tanımı yer almaktadır.

Türk hukukunda alt yüklenicilik sözleşmelerinin tanımı, hukuki niteliği ve özelliklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmelerine ilişkin 471/3 maddesi alt yüklenicilik sözleşmelerini ilgilendiren bir hüküm olarak ortaya çıkmakta ve eserin şahsen ifası kuralını öngörmektedir.

İnşaat sözleşmelerinin her aşamasının bizzat asıl yüklenici ve asıl yükleniciye bağlı çalışanlar tarafından ifa edilmesi mümkün bulunmamakta, çeşitli alanlarda yükleniciden daha uzman olan kişilerin yardımlarına ihtiyaç olmaktadır. Ancak bu durum inşaat sözleşmelerinde borçlunun, yani asıl yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı anlamına gelmemektedir. Günümüzde her ne kadar inşaat sözleşmelerinde meydana getirme borcuna konu edim genellikle el işçiliği kullanılarak değil, sınai işletmeler tarafından yerine getiriliyor olsa da, metro, nükleer tesis, petrol

platformu, baraj, yenilenebilir enerji santrali, boru hattı yapımı gibi büyük inşaat projelerinin ve milletlerarası inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde borçlunun, yani asıl yüklenicinin kişisel özellikleri çok büyük önem taşımaktadır. Bu tür projelerde asıl yüklenicinin o güne kadar tamamlamış olduğu projelerin niteliği, iş bitirme belgeleri ve teknik yeterliliği ihalenin kazanılmasını sağlayan en önemli unsurlardır.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinin kendine has bu özellikleri dikkate alındığında, kural olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünde yer alan şahsen ifa kuralı uygulanmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan, borçlunun kişisel niteliklerinin önemli olmadığı hallerde işin başka kişilere de yaptırılabilceği hükmü ise milletlerarası inşaat sözleşmeleri açısından bir istisna niteliği taşımaktadır.

Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 471/3 hükmünün emredici bir hüküm olmaması karşısında, uygulama açısından alt yüklenici kullanılmasına asıl yüklenicilik sözleşmesinde iş sahibi tarafından açıkça izin verilmesi veya bunun açıkça yasaklanması en doğru yol olacaktır. Böylece, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında alt yüklenici kullanılıp kullanılmayacağı konusunda uyuşmazlık çıkmasının önüne geçilebilir.

Türk Hukuku'nda, Türk Borçlar Kanunu dışındaki bazı kanun ve düzenlemelerde de, inşaat projelerinde alt yüklenicilik sözleşmelerine bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu sınırlamalar kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi olduğu projeleri kapsamaktadır. Söz konusu sınırlamalar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer almaktadır. Sınırlama getiren hükümlerde alt yüklenici kullanılması belli durumlarda iş sahibinin onayına tabi tutulmakta, alt yüklenicilere yaptırılacak işin niteliği ve azami yüzdesi belirlenerek işin tamamının alt yüklenicilere verilmesi yasaklanmakta, ayrıca bazı durumlardaki kişilerin alt yüklenici olarak görevlendirilemeyecekleri öngörülmektedir.

İnşaat projeleri kapsamındaki alt yüklenicilik sözleşmeleri bazı uluslararası standart kurallara da tabi olabilir. Bu alanda en yaygın şekilde kullanılan standart kurallar FIDIC Kuralları'dır. FIDIC Kuralları'na tabi olacak alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından FIDIC Kuralları'nda da bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Bunlar, bazı alt yükleniciler açısından müşavir mühendisin onayının alınması şartı, alt

yüklenicinin iş başlangıç tarihinin önceden müşavir mühendise bildirilmesi yükümlülüğü ve işin tamamının alt yüklenicilere verilmesi yasağıdır.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından en önemli hususlardan biri iş sahibiyle alt yüklenici arasında hukuki bir ilişkinin olup olmadığıdır. Bu konu özellikle “*pay-if-paid (ödenmişse öde)*” maddesi nedeniyle alt yüklenicinin asıl yükleniciden talepte bulunamadığı veya taleplerine karşı asıl yükleniciden bir cevap alamadığı veya asıl yüklenicinin ödeme aczi içinde olduğu, iflas ettiği veya tasfiye edildiği hallerde daha da önem taşımaktadır. Ayrıca, hakim şirket garantisinden yararlanma ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması imkanının sınırlı olması, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurma hakkının olup olmadığını daha da önemli hale getirmektedir.

İş sahibiyle alt yüklenici arasındaki ilişki bakımından bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığında, milli hukuklarda bu konuda farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Bazı milli hukuklarda alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğine dair özel bir düzenleme yer almazken, bazılarında ise bu konuda özel düzenlemelerin yer aldığı ve alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğinin şartlarıyla birlikte açıkça düzenlendiği görülmektedir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz milli hukuk sistemlerinden Türk Hukuku, İsviçre Hukuku, Alman Hukuku, İngiliz Hukuku ve Birleşik Arap Emirlikleri Hukuku alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurabileceğine dair özel bir düzenlemenin yer almadığı birinci grupta yer almaktadır. Cezayir, Mısır, Suriye, Irak, Kuveyt, Libya, Katar gibi bazı Arap ülkeleriyle Fransa, Belçika, İspanya ve Polonya ise açıkça alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma hakkı veren ülkeler arasında yer almaktadır. Bu konuda açık bir düzenlemenin yokluğunda vekaletsiz iş görme müessesesine başvurma bir çözüm yolu olabileceğini söylemek her zaman doğru olmayacaktır. Zira, vekaletsiz iş görme her milli hukukta yer alan bir müessese değildir. Ayrıca, yer aldığı milli hukuklarda dahi açık bir şekilde tanımlanmamakta ve bu nedenle uygulamasına dair birçok sorun barındırmaktadır. Milli hukukların gösterdiği bu farklılıklar ve vekaletsiz iş görme müessesesinin bu özellikleri alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvuru imkanına uygulanacak hukukun bu başvuru imkanını açıkça tanıyan bir hukuk olmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Alt yüklenicilik ilişkilerinin ortaya çıkarabileceği milletlerarası özel hukuk problemleri açısından öncelikle alt yüklenicilik ilişkilerinin hangi durumlarda yabancılık unsuru taşıdığı tespit edilmelidir. Sözleşmenin taraflarının

vatandaşlıklarının, yerleşim yerlerinin, olağan oturma yerlerinin veya işyerlerinin Türkiye’den farklı devletlerde olması, ifa yerinin farklı devlette olması, sözleşmenin konusunun farklı bir devlette bulunması, sözleşmenin kurulabilmesi için yabancı kaynaklı kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişi olması ve sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi alt yüklenicilik sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığını gösterebilir. Ayrıca, alt yüklenicilik sözleşmelerinde yabancılık unsuru diğer sözleşme türlerine göre daha farklı bir değerlendirme gerektirir. Çünkü alt yüklenicilik sözleşmeleri daha geniş bir alanı etkileyen bir asıl yüklenicilik sözleşmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Alt yüklenicilik sözleşmeleri asıl yüklenicilik sözleşmelerinden bağımsız olmakla birlikte, bir yandan da asıl yüklenicilik sözleşmesiyle çok yakın bağlantıları bulunmaktadır. Sadece iş sahibinin yabancı olması da alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından bir yabancılık unsuru olarak değerlendirilebilmelidir.

Bir alt yüklenicilik sözleşmesinin tarafları olan asıl yüklenici ile alt yüklenici, hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilirler. Seçilebilecek olan hukuk konusunda bir sınır bulunmamaktadır, ancak hukuk seçimi yapılırken bazı hususlara dikkat etmek gerekir. İki sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların uyum içinde çözülebilmesi için taraflar alt yüklenicilik sözleşmesiyle asıl yüklenicilik sözleşmesini aynı hukuka tabi kılmayı tercih etmelidir. Ayrıca, tarafların sözleşme ile doğrudan ilgisi olmasa bile daha iyi bildikleri veya uygulanmasında yarar gördükleri bir hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmelerinde fayda bulunmaktadır. Sözleşme hükümlerinin seçilen hukukun emredici kurallarıyla çelişip geçersiz kılınmaması ve sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında kullanılacak hükümlerin tarafların beklentilerine aykırı olmaması için, seçilen hukukun hükümleri ile alt yüklenicilik sözleşmesinin hükümlerinin birbiriyle uyumlu olmasına da dikkat edilmelidir. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinde yapılan hukuk seçimi aynıysa ve asıl yüklenicilik sözleşmesinde istikrar klotu varsa, alt yüklenicilik sözleşmesinde de olması önem arz etmektedir. Asıl yüklenicilik sözleşmesiyle alt yüklenicilik sözleşmesinin zamanaşımı süreleri açısından birbiriyle uyumlu olmasına da dikkat edilmelidir. Alt yüklenicilik sözleşmelerinde kısmi hukuk seçimi yapılabilmesi için, farklı ülkelerde ifalar içeren

bir alt yüklenicilik sözleşmesinin söz konusu olması veya öyle olmasa da farklı hukuklara tabi kılınan hak ve borçların birbiriyle bağlantılı olmaması önemlidir.

Çalışmamız kapsamında açıkladığımız zımni hukuk seçimi emarelerinin alt yüklenicilik sözleşmelerinde zımni hukuk seçimi yapıldığını göstermesi için tarafların gerçek iradesinin hukuk seçimi yapmak yönünde olduğu konusunda en ufak bir tereddüt veya kuşku olmamalıdır. Ayrıca, zımni hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için hukuk seçimi iradesinin hem sözleşme hükümlerinden hem de halin şartlarından anlaşılması gerekir.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine yollama yapılmasının aynı zamanda hukuk seçimi de teşkil ettiğinin kesin olarak söylenebilmesi için, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki hukuk seçimi maddesine özel olarak yapılmış bir yollama olmalıdır. Zira, böyle bir durumda taraflar tek başına ve bağımsız bir sözleşme niteliğinde olan hukuk seçimi konusunda açıklanmaya veya yorumlanmaya ihtiyaç duymayan, anlaşılır ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde irade açıklamasında bulunmuş olmaktadır.

Genel işlem koşulu içeren alt yüklenicilik sözleşmelerinde, genel işlem koşullarında yer alan hukuk seçiminin alt yüklenicilik sözleşmesine ithal edilip edilmediği belirlenirken, somut olay ve özellikle alt yüklenicilik sözleşmesinin müzakere süreci detaylı bir şekilde araştırılmalı, örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin sağladığı korumadan yararlanabileceği sonucuna varılabilmelidir. Bu kapsamda, alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması sırasında alt yükleniciye genel işlem koşullarını öğrenme imkanının sağlanıp sağlanmadığı, alt yüklenicinin de bu koşulları kabul edip etmediği değerlendirilmelidir.

Alt yüklenicilik sözleşmelerinin FIDIC Kuralları'na tabi tutulmasının hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceği konusunu, uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde ve tahkimde çözümlenecek olması açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözümlenecek olması halinde, hakim *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olacaktır. Milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde, seçilen hukukun bir ülke hukuku olması gerektiği düzenlenmiştir. O halde, hakim FIDIC Kuralları'nın esas alınmasını bir hukuk seçimi olarak değerlendiremez. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenecek olması halinde

ise, hakemler, esasa uygulanacak hukuku belirlerken tahkim yeri ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı olmayacaktır. Hakemler esasa uygulanacak hukuku belirlerken başka kuralları da dikkate alabilirler. Bu kuralların başında ise tahkimin tabi olduğu kurumsal tahkim kuralları gelmektedir. Çeşitli kurumsal tahkim kurallarına göre, bir hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için taraflarca bir milli hukuk sisteminin seçilmesine gerek yoktur. Bunun bir sonucu olarak, hakemler, alt yüklenicilik sözleşmesinin FIDIC Kuralları'na tabi kılınmasını bir hukuk seçimi olarak değerlendirebilirler.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde alt yüklenicilik sözleşmelerine uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan alt yüklenicinin işyeri hukukudur. Alt yüklenicinin işyeri hukuku aynı zamanda alt yüklenicilik sözleşmeleriyle en sıkı ilişkili olan hukuktur.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla asıl yüklenicinin hakim şirketinin veya diğer hissedarlarının alt yükleniciye karşı sorumlu kılınıp kılınamayacağı, perdenin önündeki tüzel kişinin ehliyetinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmelidir.

Alt yüklenicilik sözleşmelerine yabancı hukukun uygulanmasının sınırını kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar oluşturmaktadır. Bazen alt yükleniciye işin hızlı bitirilmesi ve maliyetin azaltılması için baskı yapıldığı ve sözleşmeye bu doğrultuda hükümler konduğu görülmektedir. Bu tür hükümlerin bir kısmı Türk Hukuku'nda kamu düzeni engeline takılarak uygulanması engellenebilir. Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesinde çocuk işçi çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler, işçinin günlük çalışabileceği azami sürenin çok üzerinde çalışmasını öngören düzenlemeler, insan sağlığına ve çevreye zararlı malzeme kullanılmasını öngören düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu tür düzenlemeler alt yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukukta geçerli olsa da, bunların uygulanmasının yaratacağı sonuç Türk Hukuku bakımından kamu düzeninin müdahalesini gerektirecektir.

Yabancı unsurlu alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından, *lex fori*'nin veya sözleşmelerin ifa edileceği ülkelerin gümrük ve kambiyo rejimine ilişkin yasalar, döviz kontrol kuralları, vergiye ilişkin yasaları, ithalat ve ihracata ve bu alandaki sınırlamalara ilişkin kurallar, teknoloji transferine ilişkin kısıtlamalar, imar yasaları, işçi sağlığı ve işyeri güvenliğiyle ilgili yasalar, çevre ile ilgili yasalar, müesseselerin teknik ve idari işleyişiyle ilgili kurallar ise doğrudan uygulanan kural niteliğinde

görülebilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun belli durumlarda alt yüklenici kullanılmasını iş sahibinin onayına tabi tutan, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin ise işin tamamının alt yüklenicilere verilmesini yasaklayan ve alt yüklenici olamayacak kişileri düzenleyen hükümleri, uygulama alanlarına giren yabancı unsurlu alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun ise alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından doğrudan uygulanan kural olarak görülmemelidir. Çeşitli milli hukuklarda yer alan, alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvuru hakkı veren düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, somut olayın şartlarına göre bu düzenlemelerin de doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu söylenebilir.

Alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına uygulanacak hukukun tayin edilebilmesi için öncelikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin ne şekilde vasıflandırılacağına tespit edilmesi ve yapılacak vasıflandırmaya göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Vasıflandırmanın, *lex fori*'ye göre yapılması gerekir. Türk Hukuku'na ve diğer milli hukuklara göre, alt yükleniciyle iş sahibi arasındaki ilişkinin vasıflandırılmasında değerlendirilebilecek dört ihtimal bulunmaktadır. Buna göre, alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki, haksız fiil ilişkisi, sebepsiz zenginleşme ilişkisi veya vekaletsiz iş görme ilişkisi olarak ele alınıp alınamayacağının değerlendirilmesi gerekir. Vasıflandırmanın yapılamadığı veya yapılan vasıflandırmanın elverişli sonuçlar ortaya çıkarmadığı noktada bu ilişkiye uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaat imkanına sahip olup olmadığının tespitinde, uygulanacak hukukun iki aşamada tespit edilmesi yöntemi uygulanmalıdır. Bu yöntem ise esasında asıl yüklenicilik sözleşmesinin tabi olduğu hukuka götürmektedir. Böylece, potansiyel alt yüklenici taleplerinin iş sahibi tarafından öngörülebilir olup olmadığı değerlendirilerek, milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanabilecektir.

Bu yöntem kullanılarak tespit edilecek hukuk alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine başvurmasına imkan tanımıyorsa, inşaatçı ipoteğinin varlığı alt yüklenici açısından bir çözüm olabilir. Zira, inşaatçı ipoteği tek başına alt yükleniciye doğrudan iş sahibine başvurma yolunu açmaktadır. İnşaatçı ipoteği bazı milli hukuklarda kabul edilmekte, bazılarında ise kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, inşaatçı ipoteğine

uygulanacak hukukun doğru bir şekilde tespit edilmesi de büyük önem taşımaktadır. İnşaatçı ipoteğine uygulanacak hukuk, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakların, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğunu öngören MÖHUK'un "Aynî haklar" kenar başlıklı 21. maddesine göre tespit edilmelidir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi açısından, alt yüklenicilik sözleşmesinin bir sözleşme olması itibariyle HMK'daki yetki kurallarından genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi (HMK m. 6) ile sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi (HMK m. 10) uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, sözleşmeler açısından HMK'da kesin yetki kuralı bulunmadığından, HMK m. 6 ile HMK m.10'un gösterdiği mahkemelerin aynı anda yetkili olması mümkündür. Bununla birlikte, davalı yetkisizlik ilk itirazında bulunmazsa Türk mahkemesi başlangıçta yetkili olmasa bile davaya bakmak zorundadır.

Alt yüklenicilik sözleşmeleri açısından tarafların yetki veya tahkim sözleşmesi yaparak uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı merciini belirlemeleri öngörülebilirliğin sağlanması açısından her iki taraf için de önemlidir. Böylelikle taraflar aralarında çıkacak bir uyuşmazlığın nerede ve ne şekilde çözümleneceğini aralarındaki hukuki ilişkinin en başından itibaren öngörebilir ve adımlarını ona göre atabilirler.

Yetki sözleşmesi, ilgili olduğu hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi; ilgili olduğu sözleşmenin içinde bir madde olarak yer alarak da yapılabilir. İkinci hâlde, yetki şartından söz edilir. Gerek yetki sözleşmesi, gerek yetki şartı tâbi olduğu hukukî rejim ve doğurduğu hukukî sonuçlar itibariyle, ilgili olduğu asıl sözleşmeden tümüyle ayrı, bağımsız bir hukukî varlığa sahiptir. Türk Hukuku'nda yetki sözleşmeleri yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi veya Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi yoluyla iki şekilde yapılabilir. İki tür yetki sözleşmesinin de etkili olabilmeleri için bazı şartlar bulunmaktadır.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine yollama yapılmasının aynı zamanda yetki şartını alt yüklenicilik sözleşmesine de ithal edeceğinin söylenebilmesi için, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki yetki şartına özel olarak yapılmış bir yollama olmalıdır. Zira, yetki sözleşmesindeki taraf iradeleri açık olmalıdır. Asıl yüklenicilik sözleşmesindeki yetki şartına özel olarak yollama

yapılması halinde, alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının o yetki şartının kendi aralarındaki sözleşmenin de bir parçası haline gelmesi yönündeki iradeleri açıktır.

Genel işlem koşulu içeren alt yüklenicilik sözleşmelerinde, genel işlem koşullarında yer alan yetki şartının alt yüklenicilik sözleşmesine ithal edilip edilmediği belirlenirken, somut olay ve özellikle alt yüklenicilik sözleşmesinin müzakere süreci detaylı bir şekilde araştırılmalı, örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin sağladığı korumadan yararlanabileceği sonucuna varılabilmelidir. Bu kapsamda, alt yüklenicilik sözleşmesinin yapılması sırasında alt yükleniciye genel işlem koşullarını öğrenme imkanının sağlanıp sağlanmadığı, alt yüklenicinin de bu koşulları kabul edip etmediği değerlendirilmelidir.

Yabancılık unsuru taşıyan alt yüklenicilik ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiyle ilgili meselelerden biri de, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaatında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığının ne şekilde belirleneceğidir. Bunun için, davanın açıldığı Türk mahkemesinin öncelikle iş sahibi ile alt yüklenici arasındaki hukuki ilişkinin ne şekilde vasıflandırılacağını tespit etmesi ve yapılacak vasıflandırmaya göre yetkili olup olmadığına karar vermesi gerekir. Alt yüklenici ile iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin vasıflandırılmaması sonucunda, alt yüklenicinin doğrudan iş sahibine müracaatında HMK'daki yetki kurallarından genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi (HMK m. 6) uygulama alanı bulacaktır.

Alt yüklenicilik sözleşmesinde asıl yüklenicilik sözleşmesine yollama yapılmasının aynı zamanda tahkim şartını alt yüklenicilik sözleşmesine de ithal edeceğinin kesin olarak söylenebilmesi için, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartına özel olarak yapılmış bir yollama olmalıdır. Zira, asıl yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartına özel olarak yollama yapılması halinde, alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarının o tahkim şartının kendi aralarındaki sözleşmenin de bir parçası haline gelmesi yönündeki iradeleri açıktır. Aynı şekilde, genel işlem koşulları içinde yer verilen tahkim şartının alt yüklenicilik sözleşmesinin bir parçası olduğunun söylenebilmesi için düzenleyenin alt yükleniciye, özellikle tahkim anlaşmasının varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, tahkim anlaşmasının içeriğini öğrenme fırsatı vermesi ve alt yüklenicinin bunu kabul etmesi gerekir.

Alt yüklenicilik ilişkileri çok taraflı tahkime en çok ihtiyaç duyulan ilişkilerdir. Alt yüklenicilik ilişkilerinde taraflar, aralarındaki ilişkiye çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeleri farklı şekillerde dahil edebilirler. Öncelikle, tarafların uygulanmasını tercih ettikleri tahkim kurallarında çok taraflı bir tahkimin yürütülmesini sağlayacak düzenlemeler yer alabilir. İkinci olarak, çok taraflı tahkime ilişkin çözümler tahkim yerinin kanunlarında yer alıyor olabilir. Üçüncü olarak, tarafların sözleşmelerini tabi kıldıkları standart sözleşmelerde çok taraflı tahkime ilişkin düzenlemeler yer alabilir. Son olarak, asıl yüklenicilik sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesindeki tahkim şartları çok taraflı tahkime uygun bir şekilde kaleme alınmış olabilir.

Tahkim kurallarına göre, çok taraflı tahkimin yürütülebilmesi için tüm tarafların bu konuda onay vermesi gerekmektedir. Ancak, iş sahibi, asıl yüklenici, alt yüklenici üçlüsünün tamamının bu konuda onay vermesi oldukça düşük bir ihtimaldir. Bu nedenle, alt yüklenicilik sözleşmesinde tahkim şartı hazırlanırken tahkim kurallarına atıf yapılması çok taraflı tahkimle ilgili meselelerde kesin bir çözüm getirmeyecek, iş sahibi ile asıl yüklenici arasında ve asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında paralel yargılamaların ve çelişen kararların önüne geçmeyecektir.

2011 tarihli alt yüklenicilik sözleşme şartlarında FIDIC “İkinci Alternatif Madde 20” altında çok taraflı tahkime ilişkin kendine özgü bir mekanizma öngörmekte ve bu konuda detaylı düzenlemeler getirmektedir. Bununla birlikte, 2011 tarihli FIDIC Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Şartları’nda yer alan İkinci Alternatif Madde 20’nin hem asıl yükleniciler hem de alt yükleniciler tarafından tercih edilmemesi için birçok sebep bulunmaktadır. Ayrıca, söz konusu madde birçok asıl yüklenici ve alt yüklenici tarafından uzun, masraflı, meşakkatli ve bazı açılardan dezavantajlı bir prosedür olarak görülebilir.

Bu nedenle, iş sahibi-asıl yüklenici ve asıl yüklenici-alt yüklenici arasında oluşabilecek paralel yargılamaların ve bunların olumsuz etkilerinin önlenmesi veya öncelikle bir tahkim yargılamasını bitirip sonrasında diğer bir tahkim yargılamasını başlatmak zorunda kalarak hakkın oldukça uzun bir yargılama süreci sonucunda elde edilmesinin önüne geçilebilmesi için başvurulabilecek yol alt yüklenicilik sözleşmelerinde çok taraflı tahkim şartına yer verilmesidir. Çok taraflı tahkim şartı farklı şekillerde oluşturulabilir. Bu yapılırken her somut alt yüklenicilik ilişkisi kendi içinde değerlendirilmeli ve tahkim şartı o ilişkiye en uygun şekilde kaleme alınmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akıncı Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1996.

Akkanat Halil, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.

Akman Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.

Ancel Marie Elodie, **La Prestation Caractéristique du Contrat**, Paris: Economica, 2002.

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Audit Bernard, **Droit International Privé**, Paris: Economica, 1997.

Avşar Melis, **Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Taraf İradesi**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2021.

Aybay Rona/Dardağan Esra, **Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005.

Başalp Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

Baygın Cem, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999.

Born Gary B., **International Commercial Arbitration (Second Edition)**, Hollanda: Kluwer Law International, 2014.

Cooke Julian/Kimball John D./Young Timothy/Martowski David/Taylor Andrew/Lambert Leroy, **Voyage Charters**, Londra: LLP, 2001.

Çelenk Vural, **Application of Third Country Overriding Mandatory Rules- Analytical Comparison of Swiss, Turkish and EU Law**, Zürich-Basel-Genf: Schultess Juristische Medien AG, 2018.

Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

D'Argent Pauline, **Droit International Privé et Sous-Traitance Internationale: Quelle Place Pour l'Action Directe du Sous-Traitant?**, Yüksek Lisans Tezi, Université Catholique de Louvain, Belçika, 2016-2017.

Dayınlarlı Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008.

Delebecque Philippe, **Le Contrat d'Entreprise**, Paris: Dalloz, 1993.

Demir Gökyayla Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Demirkol Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Dicey Albert Venn/Humphrey John/Morris Carlile/Lord Collins of Mapesbury, **Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws**, Londra: Sweet&Maxwell, 2006.

Doğan Vahit, **Teminat Mektupları**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

Doğan Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.

Dutoit Bernard/Knoepfler François/Lalive Pierre/Mercier Pierre, **Répertoire de Droit International Privé Suisse**, C. I, Bern: Staempfli, 1982.

Erdem Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Ekşi Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.

Ekşi Nuray, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Erişen Muhammet, **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Erman Hasan, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, (BK 365/2)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.

Erten Ali, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1977.

Esen Emre, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011.

Esen Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.

Fentiman Richard, **International Commercial Litigation**, İngiltere: Oxford University Press, 2015.

Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, Ed: Emmanuel Gaillard & John Savage, Hollanda: Kluwer Law International, 1999.

Gauch Peter, **Le Contrat d'Entreprise**, Zurich: Schultess, 1999.

Gauch Peter/Tercier Pierre, **Introduction au Droit Privé de la Construction**, Fribourg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz Editions Universitaires, 1994.

Gökyayla Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

Hanotiau Bernard, **Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions**, Hollanda: Kluwer Law International, 2006.

Karadaş İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Karahasan Mustafa Reşit, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Cilt 1, Ankara: Beta Yayıncılık, 1997.

Kassis Antoine, **Le Nouveau Droit Européen Des Contrats Internationaux**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

Kaşak Fahri Erdem, **İnşaatçı İpoteği**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2011.

Kerman Evrim, **Contrat de Sous-Traitance du Point de Vue du Droit Turc et Suisse**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Keser Berber Leyla, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1999.

Knoepfler François/Schweizer Philippe, **Droit International Privé Suisse**, Bern: Editions Stämpfli + Cie, 1995.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Korka Antonia, **The Subcontract Within The International Construction Contracts; A Comparative Study**, 2011.

Kürşat Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.

Mayer Pierre, **Droit International Privé**, Paris: Montchrestien, 1994.

Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Nurmukhambet Aigul, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2019.

Oğuzman Kemal/Barlas Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Oğuzman Kemal/Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.

Öz Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.

Özdemir Kocasakal Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerinde Etkileri**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2001.

Özdemir Kocasakal Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.

Özel Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.

Öztürk Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

Özyörük Sezer, **İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi-BK 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1988.

Reisoğlu Safa, **Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961.

Rigaux François/Fallon Marc, **Droit International Privé**, Brüksel: Larcier, 2005.

Sargın Fügen, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

Seçer Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Seçer Öz, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

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

Selimoğlu Yaşar Engin, **Eser Sözleşmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Seviğ Vedat Raşit, **Kanunlar İhtilafı**, İstanbul, 1974.

Şanlı Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.

Şanlı Cemal, **Hukuki Mütalaalarım**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman Fıganmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Şenocak Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara: Turhan Yayınevi, 2002.

Takavut İbrahim Doğan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Tandoğan Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Tekin Selin Ece, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esasan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Tekinalp Gülören/Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Tercier Pierre, **Les Contrats Spéciaux**, Zurich: Schultess, 2003.

Tutkun Ceyda, **İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Uğur Aynaz, **Milletlerarası Özel Hukukta Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022.

Uluocak Nihal, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.

Uluocak Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.

Van Den Berg Albert Jan, **The New York Arbitration Convention**, Hollanda: Kluwer Law International, 1981.

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet/Özdemir Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987.

Vischer Frank, **Droit International Privé**, Fribourg: Editions Universitaires, 1974.

Von Tuhr Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Çeviren: Cevat Edege, Cilt: 1-2, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Wallace Duncan, **Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract**, Londra: Sweet&Maxwell, 1986.

Yakuppur Sendi, **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.

Yalçınduran Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınları, 2022.

Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.

Makaleler/Kitap Bölümleri

Akipek Öcal Şebnem, “İnşaatçı (Yapı) İpoteği”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Ed: Başak Baysal/Emrehan İnal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s. 31-44.

Akkanat Halil, “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler”, **Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, Derleyen: Emrehan İnal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s. 7-71.

Alvarez Guillermo Aguilar, “Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, **ICCA Congress Series No: 9**, Ed: Albert Jan Van den Berg, Hollanda: Kluwer Law International, 1999, s. 67-81.

Avcı Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 303-322.

Aygün Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, C. 16, 2015, s. 1025-1066.

Baş Süzel Ece/Yasan Candan, “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 2, 2016, s. 365-396.

Bayata Canyaş Aslı, “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, C. 3, 2009, s. 141-166.

Budak S. Aslı, “Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Ed: Yeşim Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016, s. 89-104.

Cuniberti Gilles, “Three Theories of Lex Mercatoria”, **Colombia Journal of Transnational Law**, C. 52, S. 1, 2013, s. 369-434.

Cushman Edward H., “The Proposed Uniform Mechanic’s Lien Law”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. 80, S. 8/2, 1932, s. 1083-1104.

Çalgın Nazmiye, “İş Sahibi-Yüklenici-Alt Yüklenici İlişkilerinde Yaşanan Sorunlar”, **Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Ed. Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 31-46.

Çınar Kazım, “Genel İşlem Şartları İçinde Tahkim Anlaşmasına Yer Verilmesi ve Sonuçları”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 165-206.

Çilingiroğlu Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 9, S. 2, 1989, s. 103-120.

Di Paola Luigi/Spanu Paolo, “Back to Back Contracts”, **International Construction Law Review**, C. 26, 2009, s. 489-505.

Di Pietro Domenico, “Incorporation of Arbitration Clauses by Reference”, **Journal of International Arbitration**, C. 21, S. 5, 2004, s. 439-452.

Doğanyigit Sadettin, “Yapım İşlerinde Alt Yüklenici Uygulaması”, www.ihalehukuku.net.

Ekşi Nuray, “Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı” (“Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler”), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 1-10.

Ekşi Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında “*Incorporation*”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 1-2, 1999-2000, s. 263-291.

Eren Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18-29 Mart 1996, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 49-86.

Eren Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları” (“İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları”), **Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 18-29 Mart 1996, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 59-86.

Erkan Mustafa, “MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 2, 2011, s. 81-121.

Ersöz Oğuz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2017, s. 69-104.

Esen Emre, “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 40, S. 1, 2020, s. 203-229.

Giuliano Mario/Lagarde Paul, “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Official Journal of the European Communities**, C. 282, 1980.

Gould Nicholas, “**Subcontracts**”, Fenwickelliott, 2004.

Gökyayla Emre, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, 2002, Sayı: 1, s. 785-806.

Hanson Lauren Lambie/Rentezelas Jeanne/Santucci Larry, “**Deconstructing Mechanic’s Liens**”, Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2020.

Hazem Hussein, “The Requirements for an Effective Multi-Party Arbitration Clause in Construction Contracts”, **International Journal of Arab Arbitration**, C. 7, S. 2, 2015, s. 15-19.

Henrotte Laurent Olivier/Cruquenaire Alexandre, “L’Article 1798 du Code Civil: Une Action Directe Aux Voies Détournées”, **Droit de la Construction**, C. 127, Liège: Anthemis, 2011.

Henry Patrick, “L’Action Directe et le Privilège du Sous Traitant”, **La Sous Traitance**, Brüksel: Larcier, 2006.

Heuzé Vincent, “La Loi Applicable aux Actions Directes dans les Groupes de Contrats: l’Exemple de la Sous-Traitance Internationale”, **Revue Critique de Droit International Privé**, Paris: Dalloz, 1996, s. 243.

Hill Jonathan, “Choice of Law in Contract Under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, **The International and Comparative Law Quarterly**, C. 53, S. 2, 2004, s. 325-350.

Kalpsüz Turgut, “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s. 1027-1053.

Karaca H. Akif, “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 1483-1529.

Karakaş Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2013, s. 729-759.

Kerman Evrim, “L’hypothèque Légale des Artisans et Entrepreneurs et l’Evolution Législative du Code Civil Suisse du 1er Janvier 2012”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, s. 1679-1715.

Kılıçoğlu Ahmet, “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 32, S. 1, 1975, s. 185-199.

Kirksey Gerald B., "Minimum Decencies"-A Proposed Resolution of the "Pay-When-Paid"/"Pay-If-Paid" Dichotomy, **Construction Lawyer**, C. 12, S. 1, 1992, s. 39-47.

Kondev Dimitar Hristoforov, “Do Recent Overhauls of Arbitration Rules Respond to the Need for Multi-Party Arbitration in the Construction Industry?”, **International Construction Law Review**, C. 32, 2015, s. 63-94.

Köksal Tunay, “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 109, 2013, s. 409-450.

Kösoğlu Mehmet, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 147-172.

Kratochvilova Emma/Mendelblat Michael, “Testing the Water-A New FIDIC Subcontract”, **International Construction Law Review**, C. 28, 2011, s. 46-65.

Kürşat Zekeriya, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 67, S.1-2, 2009, s. 143-166.

Lando Ole, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, **International and Comparative Law Quarterly**, C. 34, S. 4, 1985, s. 747-768.

Malinvaud Carole, “**Overview of the Protection of Subcontractors under French Law**”, The Franco-British Lawyers Society&The Society of Construction Law, 5 Eylül 2006.

Nelson Blake, “Construction Liens: A National Review and Template for a Uniform Lien Act”, **William Mitchell Law Review**, C. 34, S. 1, 2007, s. 245-272.

Ortiz Alejandro López/Ugalde-Revilla Patricia, “Chapter 4: Multiparty Construction Projects: An Arbitration to Bind Them All?”, **Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues**, Ed: Crina Baltag/Cosmin Vasila, Hollanda: Kluwer Law International, 2019, s. 47-62.

Özdemir Hatice, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941.

Özdemir Kocasakal Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, S. 1-2, Yıl: 30, 2010, s. 27-62.

Park William W., “Non signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, **Multiple Party Actions in International Arbitration**, Oxford University Press, 2009.

Piroddi Paola, “International Subcontracting in EC International Private Law”, **Yearbook of Private International Law**, S. VII, 2005, s. 593-616.

Pulkowski Florian, “The Subcontractor’s Direct Claim in International Business Law”, **International Construction Law Review**, S. 21, 2004, s. 31-56.

Siegfried Steven M./Sklar Stanley P., “Overview of the Uniform Construction Lien Act”, **Construction Lawyer**, C. 10, S. 3, 1990, s. 13-20.

Şanlı Cemal, “**Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu**”, *Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 2, 2002, s. 773-790.

Tanrıver Süha, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, 2015, s. 459-468.

Tarman Zeynep Derya, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 26, S. 1, Mart 2010, s. 143-171.

Tekinalp Gülören/Tekinalp Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, *Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul, 1995, s. 387-404.

Turhan Turgut, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu’nda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 41, S. 1-4, 1991, s. 119-149.

Tutar Elce, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2018, s. 293-311.

Tüysüz Cemre, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 7, S. 14, 2019, s. 463-500.

Wery Patrick, “L’Action Directe du Sous Traitant Contre le Maître de l’Ouvrage: Bilan de Sept Années d’Application du Nouvel Article 1798 du Code Civil”, *Revue Régionale de Droit*, S. 82, 1997, s. 169-185.

Kararlar

Hakem Kararları

Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd. v. Eastern Bechtel Corporation-Eastern Bechtel Corporation v. Shikawajima Jarima Heavy Industries (Akıncı, s. 199-200).

Dubai Electricity Co v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines, The Iran Vojdan, 1984, 2 Lloyd's Rep 380

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

17 Haziran 1992 tarihli *Jacob Handte & Co. GmbH v. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA* kararı, C-26/91, Rapor No 1992 I-03967, s. 3994.

Amerika Mahkeme Kararları

Tennessee Yüksek Mahkemesi'nin 1996 tarihli *Koch v. Construction Technology Inc.* kararı, 924 S.W.2d 68.

Ohio Yüksek Mahkemesi'nin 1991 tarihli *Power & Pollution Svcs. v. Suburban Piping* kararı, 74 Ohio App.3d 89, 598 N.E.2d 69.

Florida Yüksek Mahkemesi'nin 1990 tarihli *OBS Co., Inc. v. Pace Const. Corp.* kararı, 558 So. 2d 404.

Louisiana Yüksek Mahkemesi'nin 1987 tarihli *Southern States Masonry v. J.A. Jones Construction* kararı, 507 So. 2d 198.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1962 tarihli *Thos. J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.* kararı, 303 F.2d 655.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1972 tarihli *Yamanishi v. Bleily & Collishaw, Inc.* kararı, 29 Cal. App. 3d 457.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1969 tarihli *Rubin v. Fuchs* kararı, 1 Cal. 3d 50.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1997 tarihli *William R. Clarke Corp. v. Safeco Ins. Co.* kararı, 15 Cal. 4th 882, 64 Cal. Rptr. 2d 578, 938 P.2d 37.

New York Yüksek Mahkemesi'nin 1995 tarihli *West Fair Electric Contractors v. Aetna Casualty & Surety Co.* kararı, 87 N.Y.2d 148, 638 N.Y.S.2d 394, 661 N.E.2d 967.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 2018 tarihli *Crosno Construction, Inc. v. Travelers Casualty and Surety Company of America* kararı, WL 4183622, Cal.App. 4 Dist.

Belçika Mahkeme Kararları

Belçika Anayasa Mahkemesi, 28.06.2006 T., No: 111/2006.

Belçika Anayasa Mahkemesi, 02.02.2012 T., No: 12/2012.

Yargıtay, 27.05.2004 T.

Yargıtay, 23.09.2004 T.

Anvers Ticaret Mahkemesi'nin 8 Ekim 2014 tarihli kararı (D'Argent, s. 26-29).

Fransa Mahkeme Kararları

Yarg. 3. HD, 18.05.1982 T., No: 81-11.397 (legifrance.gouv.fr)

Yarg. 3. HD., 16.12.1987 T., No: 86-15.616 (legifrance.gouv.fr)

Yargıtay Mixed Chamber, 13.03.1981 T., No: 80-12.125 (legifrance.gouv.fr.)

İngiltere Mahkeme Kararları

İngiliz Mahkemelerinin 1996 tarihli *Roche Products Ltd v. Freeman Process Systems Ltd* kararı, 80 BLR 102.

İskoç Temyiz Mahkemesi'nin 1905 tarihli *Goodwins Jardine Co v. Brand* kararı, 1905 SLR 42 806.

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 21 Mayıs 1998 tarihli *Cegelec Projects Ltd v. Pirelli Construction Co Ltd* kararı, 1998 EWHC Technology 319.

İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 8 Temmuz 2004 tarihli *Yorkshire Water Services Ltd v. Taylor Woodrow Construction Northern Ltd* kararı, 2004 EWHC 1660.

İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin 1975 tarihli *Modern Building Wales Limited v Limmer & Trinidad Co Limited* Kararı.

İngiliz Mahkemelerinin 1996 tarihli *Extradakerb (Maltby Engineering) Ltd v. Whitemountain Quarries Limited* kararı

İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 29 Eylül 2005 tarihli *City & General Ltd. v. AYH Plc* kararı, casemine.com

Lordlar Kamarası'nın 1981 tarihli *Bremer Vulcan Schiffbau Und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Limited* kararı

İsviçre Mahkeme Kararları

BGE 81 II s. 176 (Demir Gökyayla, s. 322-323).

BGE 62 II 140 (Demir Gökyayla, s. 335, dipnot 247).

Türkiye Mahkeme Kararları

Yarg. 4. HD., 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 216).

Yarg. 4. HD., 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 215-216).

Yarg. 15. HD, 18.06.1997 T., 1997/2765 E., 1997/3151 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yarg. 15. HD, 29.03.2003 T., 2003/5231 E., 2004/1725 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1 (Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

Yarg. 4. HD, 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 215-216).

Yarg. 4. HD, 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 215-216).

Yarg. 15. HD., 23.5.1974 T. 481 E. 483 K.

Yarg. 15 HD., 18.2.1974 T., 121 E., 132 K.

Yarg. 15. HD., 28.2.1974 T., 145 E., 166 K.

Yarg. 4. HD., 15.9.1980 T., 8100 E., 9498 K. (Karahasan, s. 216).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 T., 1989/10-316 E., 1989/411 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.5.1998 T., 1998/12-287 E., 1998/325 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 T., 10-316/411

Yarg. 19. HD., 19.06.2017 T, 2016/9737 E, 2017/5110 K.

Yarg. 19. HD., 24.05.2017 T, 2016/19089 E, 2017/4156 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yarg. 17. HD., 03.07.2018 T, 2017/1825 E, 2018/6690 K. (Lexpera).

Yarg. 19. HD., 08.05.1997 T, 1996/9619 E, 1997/4669 K. (Lexpera).

Yarg. 19. HD., 19.06.2017 T, 2016/9737 E, 2017/5110 K.

Yarg. 19. HD., 24.05.2017 T, 2016/19089 E, 2017/4156 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yarg. 17. HD., 03.07.2018 T, 2017/1825 E, 2018/6690 K. (Lexpera).

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı, 04.03.2021 T., 2019/1025 E., 2021/213 K. (Lex Pera).

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Ferda Nur GÜVENALP
Tez Başlığı : Milletlerarası Özel Hukukta Alt Yüklenicilik
Sözleşmeleri
Savunma Tarihi : 09 / 06 / 2023
Danışman : Prof. Dr. Ziya AKINCI

JÜRİ ÜYELERİ:**Unvan, Ad-Soyadı****İmza**

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Prof. Dr. Maya Turgut ÖZ

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Ayfer UYANIK

Doç. Dr. Öz SEÇER

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü