

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİ

Aigul NURMUKHAMBET

Danışman
Prof. Dr. Hacı CAN

İZMİR – 2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**” adlı çalışmanın tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Aigul NURMUKHAMBET

ÖZET
Doktora Tezi
Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri
Aigul NURMUKHAMBET

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

“Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri” başlıklı çalışmamızda, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk Türkiye, Kazakistan ve Rusya’nın yürürlükteki kanunları çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecek olduğunda, uyumsuzluğun nerede çözüldüğü önem taşır. Bu nedenle yabancı unsurlu inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti konusu, uyumsuzluğun devlet mahkemesinde ve tahkim mahkemesinde çözülmesi şeklinde ikiye ayrılarak araştırılmıştır. Ayrıca çalışmamızda inşaat alanında uygulanmakta olan uluslararası ve meslekî kuruluşlar tarafından hazırlanan FIDIC, NEC, JCT gibi standart kurallara da yer verilmiştir. Bu bağlamda, inşaat alanındaki standart kuralların hukukî niteliği ve bu kuralların devlet mahkemeleri ile tahkim mahkemelerinde nasıl uygulanacağı konusu araştırılmıştır.

Türk, Kazak ve Rus hukukundaki sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen hükümlerin incelenmesi sonucunda, taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmediği takdirde, yabancı unsurlu inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif esaslara göre tespit edilmesinde Rus hukukunda yer alan düzenleme isabetli görülmüştür. Çalışmamızda, Rus Medenî Kanununda düzenlenen objektif esaslara göre sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kuralın, Kazak hukukunda da düzenlenmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmeleri, Yabancı Unsur, Standart Kurallar, Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk, Türk Hukuku, Kazakistan Hukuku, Rusya Hukuku.



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy (PhD)
Construction Contracts in Private International Law
Aigul NURMUKHAMBET

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Programme

In our study entitled "Construction Contracts In Private International Law" the question of the applicable law to construction contracts with foreign elements was considered in the framework of the current legislation of Turkey, Kazakhstan, and Russia in the form of a comparison. When the applicable law to the substance of the contract is determined on the basis of objective binding rules it is of importance where the dispute will be resolved. In this regard, the question of the applicable law to the construction contract with a foreign element was divided into two parts and investigated in both the framework of dispute resolution in the State court and in the framework of dispute resolution in the Arbitration court. In addition, standard rules such as FIDIC, NEC, JCT prepared by international and professional organizations which are applied in the field of construction are also included in our study. In this context, the legal nature of the standard rules in the field of construction and how these rules are applied in state courts and arbitration courts were investigated.

As a result of the examination of the provisions regulating the applicable law to the contract in Turkish, Kazakh and Russian law, if the applicable law to the contract is not chosen by the parties, the regulation in the Russian law was found to be accurate in determining the applicable law to the construction contract with foreign elements. In our study, it is suggested that the rule concerning the determination of the applicable law to the contract according to

the objective binding rules laid down in the Russian Civil Code should also be regulated in Kazakh law.

Keywords: Construction Contracts, Foreign Elements, Standard Rules, Law to be Applied on the Basis of the Contract, Turkish Law, Kazakhstan Law, Russian Law.



MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
EKLER LİSTESİ	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUKU TESPİT ETME YÖNTEMLERİ VE YABANCI UNSUR	4
A. Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuku Tespit Etme Yöntemleri	4
B. Yabancı Unsur	8
II. YABANCI UNSURLU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK	14
A. Uyuşmazlıkların Devlet Mahkemesinde Çözülmesi Durumunda İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk	14
1. Yetkili Hukukun Taraflarca Seçilmesi (Sübjektif Bağlama Kuralı)	14
a. Genel Olarak	14
b. Hukuk Seçimi	17

(1) MÖHUK'da ve MTK'da Kullanılan İfadelerin Değerlendirilmesi	17
(2) Açık Veya Zımnî Hukuk Seçimi	21
(3) Kısmî Hukuk Seçimi	23
c. Hukuk Seçimine Dair Ortaya Çıkabilecek Sorunlar	24
2. Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)	29
a. "Karakteristik Edim" Kavramı	29
b. Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerinde Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti	31
(1) Mülga 2675 sayılı MÖHUK'daki Düzenleme	31
(2) Yeni 5718 sayılı MÖHUK'daki Düzenleme	34
(3) İstisna Kuralı Gereği Uygulanacak Hukukun Tespiti	40
(i) Daha Sıkı İlişkili Hukuk	40
(ii) Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerinde İstisna Kuralın Uygulanması	42
(4) Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme	47
(5) Atipik İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme	49
B. Uyuşmazlıkların Tahkimde Çözülmesi Durumunda İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk	53
III. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULANMADIĞI HALLER	59
IV. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUKUN TATBİKİNİ ENGELLEYEN DURUMLAR	62
A. Uluslararası Sözleşmeler	62
B. Doğrudan Uygulanan Kurallar	63
1. Doğrudan Uygulanan Kuralların Türleri	63
2. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	64
3. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları	65
C. Kamu Düzeni	68

İKİNCİ BÖLÜM
KAZAK VE RUS HUKUKLARINDA YABANCI UNSURLU İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. KAZAK VE RUS HUKUKLARINDAKİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE DAİR HUKUKİ DÜZENLEMELER	70
A. Kazak Ve Rus Hukuklarında Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Kuralları	70
B. Kazak ve Rus Hukuklarında Kullanılan Ve Kullanımdan Kaldırılan Kavramlar	73
C. Kazak Ve Rus Hukuklarında Yabancı Unsur	76
II. UYUŞMAZLIĞIN DEVLET MAHKEMESİNDE ÇÖZÜLMESİ DURUMUNDA SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK	82
A. Kazak Ve Rus Medenî Kanunlarına Göre Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	82
1. Sözleşmeye Uygulanacak Yetkili Hukukun Taraflarca Seçilmesi	82
a. “İrade Muhtariyeti” İlkesi	82
b. Hukuk Seçimi	83
(1) Kazak Hukuku	83
(2) Rus Hukuku	93
2. Taraflar Sözleşmeye Uygulanacak Hukuku Seçmedikleri Takdirde Uygulanacak Hukuk	98
a. Genel Kural Gereği Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kurallarına Göre Tespiti	98
(1) Kazak Hukuku	98
(2) Rus Hukuku	104
b. Objektif Bağlama Kurallarına Göre İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tespiti	108
(1) Kazak Hukuku	108
(2) Rus Hukuku	111
III. UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİMDE ÇÖZÜLMESİ DURUMUNDA SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK	113

IV. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN KAPSAMI	118
A. Sözleşme Statüsünün Kapsamına Giren Konular	118
B. Sözleşme Statüsü Kapsamına Girmeyen Konular	120
1. Tarafların Hak ve Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk	120
2. Sözleşmenin Şekline Uygulanacak Hukuk	121
V. TESPİT EDİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN DURUMLAR	122
A. Uluslararası Sözleşmeler	122
B. Doğrudan Uygulanan Kurallar	124
C. Kamu Düzeni	127

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İNŞAAT ALANINDAKİ STANDART KURALLAR

I. GENEL OLARAK	131
II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA STANDART KURALLAR	133
A. İnşaat Projesini Gerçekleştirme Yöntemleri	133
B. FIDIC Standart Kuralları	137
1. FIDIC Standart Kurallarının Amacı Ve Özelliği	137
2. FIDIC Tarafından Hazırlanan Sözleşme Türleri	138
a. Kırmızı Kitap (Red Book): İnşaat İşleri Sözleşme Şartları Veya İnşaat İşleri İdarî Şartnamesi (Conditions of Contract for Construction)	138
b. Sarı Kitap (Yellow Book): Tesis ve Tasarla-İnşa Et Sözleşme Şartları (Conditions of Contract for Plant and Design- Build)	140
c. Gümüş Kitap (Silver Book): Anahtar Teslim/EPC Sözleşme Şartları (Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects)	141
d. Altın Kitap (Golden Book): Tasarla – İnşa Et – İşlet Sözleşme Şartları (Conditions of Contracts for Design, Build and Operate Projects 2008)	142

e. Yeşil Kitap (Green Book): Düşük Bedelli Veya Daha Basit Projeler İçin Hazırlanmış Kısa Tip Sözleşme (Short Form of Contract for Lower Value or Less Complex Projects 1999)	144
C. JCT Standart Kuralları	145
1. Genel Olarak	145
2. JCT Standart Kurallarının Türleri	146
D. NEC Standart Kuralları	150
E. PPC2000 Standart Kuralları	152
III. STANDART KURALLARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ	154
A. Lex Mercatoria	154
B. FIDIC Kurallarının Hukukî Niteliği	157
1. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler	157
2. Kazak ve Rus Hukukunda İleri Sürülen Görüşler	159
3. FIDIC Kurallarının Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi	164
IV. STANDART KURALLARIN MİLLÎ HUKUKTAKİ EMREDİCİ NİTELİKTEKİ KURALLARA UYARLANMASI	170
A. Standart Kuralların Türk Hukukunun Emredici Nitelikteki Kurallarına Uyarlanması	170
B. Standart Kuralların Kazak Ve Rus Hukukunun Emredici Nitelikteki Kurallarına Uyarlanması	174
SONUÇ	184
KAYNAKÇA	191
EKLER	

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ACA	Association of Consulting Architects
AIA	American Institute of Architects
AT	Avrupa Topluluğu
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
B.	Bası
BDT	Bağımsız Devletler Topluluğu
Bkz.	Bakınız
BAE	Birleşik Arap Emirlikleri
BATIDER	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
c.	cümle
Dpn.	Dipnot
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
E.	Esas
EPC	Engineering, Procurement, Construction
JCT	Joint Contracts Tribunal
HD	Hukuk Dairesi
ICAC	The International Commercial Arbitration Court
ICC	International Chamber of Commerce
ICE	Institute of Civil Engineers
ICSID	International Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
K.	Karar
KAŞ	Kapalı Anonim Şirket
KAZGUU	Kazakh Humanitarian Law University
KC	Kazakistan Cumhuriyeti
KC MK	Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanunu
MHB	Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MK	Medenî Kanun
MTK	Milletlerarası Tahkim Hakkında Kanun
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
md.	madde
NFBTE	National Federation of Building Trades Employers
NEC	New Engineering Contract
No.	Numara
RG	Resmî Gazete
RIBA	Royal Institute of British Architects
RF	Rusya Federasyonu
RF MK	Rusya Federasyonu Medenî Kanunu
s.	sayfa
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medenî Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TMMMB	Türk Müşavir Mühendisler Ve Mimarlar Birliği
UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law

EKLER LİSTESİ

- Ek 1:** 1 Temmuz 1999 tarihli ve 409 sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanunu Özel Hükümler (24.04.2019 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler) ek s. 1
- Ek 2:** 26 Ocak 1996 tarihli ve 14-FK sayılı Rusya Federasyonu Medenî Kanunu Özel Hükümler (18.03.2019 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler) ek s. 4
- Ek 3:** 8 Nisan 2016 tarihli ve 488 – V No’lu Kazakistan Cumhuriyeti’nin Tahkim Hakkında Kanunu (21.01.2019 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler) ek s.8
- Ek 4:** 29.12.2015 tarihli ve 382 – FK sayılı Rusya Federasyonunda Tahkim (Tahkim Yargılaması) Hakkında Federal Kanun (27.12.2018 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler) ek s. 9

GİRİŞ

Tez başlığının “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri¹” olarak alınmasının nedeni Türk Hukukunda konunun milletlerarası özel hukuk kapsamında 1996 yılında sadece *Akıncı*² tarafından incelenmesidir. Çalışmamızın başlığı okuyucuya konunun yalnızca Türk hukuku açısından inceleneceği intibasını oluşturabilir. Fakat belirtmeliyiz ki, tezimizde yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri detaylı bir şekilde Kazakistan ve Rusya hukukları açısından da ele alınacaktır. Dolayısıyla Türk, Kazak ve Rus hukukları arasında bir karşılaştırmalı çalışma yapılması düşünülmektedir. Bununla birlikte çalışmamızın içeriği, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile sınırlanacaktır. Böylece, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü konusuna yer verilmeyecektir. Bunun başlıca nedenleri olarak şunlar belirtilebilir, (1) Türk hukukunda inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi konusunun detaylı bir şekilde *Akıncı* tarafından, “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri” adlı çalışmada incelenmesi; (2) konunun milletlerarası usûl hukuku kapsamına girmesi; (3) Kazakistan hukukunda yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunun makale şeklinde incelenmiş ve yayınlanmış olmasıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri” konusunun çalışmamızda Türkiye, Kazakistan ve Rusya hukukları çerçevesinde yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk kapsamında incelenmesi düşünülmektedir. Bu bağlamda, Türk Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK), Kazak Medenî Kanununun ve Rus Medenî Kanununun ilgili hükümleri irdelenecektir. Bunun yanı sıra, bazı milletlerarası ve meslekî kuruluşlar tarafından hazırlanan inşaat sözleşmelerine ilişkin başta FIDIC olmak üzere, JCT, NEC, PP2000 gibi standart inşaat kurallarının da içeriği araştırılacaktır. Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde devlet mahkemelerinin ve tahkim mahkemelerinin yaklaşımını belirlemek

¹ “Milletlerarası Özel Hukuk” kavramı “Kanunlar İhtilafı Hukuku” anlamında kullanılmıştır.

² Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996 (İnşaat).

amacıyla konuya ilişkin mahkeme ve hakem kararları bulunmaya çalışılacaktır. Tarafımızca yapılan ön araştırmalar, konuya dair yalnızca tahkim mahkemeleri tarafından verilen sınırlı sayıda kararların bulunduğunu göstermektedir. Bunun nedeni tahkim yargılamasında gizlilik ilkesi hâkim olduğundan tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlığı çözen kararların yayınlanmasını istememeleri olabilir. Devlet mahkemelerinin konuya ilişkin kararları ise henüz tespit edilememiştir.

Çalışmamızın üç bölümden oluşması planlanmaktadır. Birinci bölümde Türk hukukunda yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusu incelenecektir. Bu bağlamda yabancı unsur kavramı, uygulanacak hukukun subjektif ve objektif bağlama kurallarına göre belirlenmesi, sözleşme statüsünün uygulanmadığı haller ve sözleşmeye uygulanacak hukukun tatbikini engelleyen durumlar konuları incelenecektir. Bununla birlikte yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti, uyuşmazlığın nerede çözüleceğine bağlı olarak farklı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle çalışmamızda yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti konusu, uyuşmazlığın devlet mahkemesinde çözülmesi ve tahkim mahkemesinde çözülmesi şeklinde ikiye ayrılarak açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Kazakistan ve Rusya hukukları kapsamında yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda Kazak ve Rus hukukunda kullanılan ve kullanımdan kaldırılan kavramlar, yabancı unsur kavramı, uyuşmazlığının devlet mahkemesinde veya tahkim mahkemesinde çözülmesine bağlı olarak subjektif ve objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukukun tespiti konuları incelenecektir. Bunun yanı sıra, sözleşme statüsünün kapsamı ve uluslararası sözleşmeler, doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni gibi tespit edilen hukukun uygulanmasını engelleyen durumlara da yer verilecektir.

Üçüncü bölümde milletlerarası ve meslekî kuruluşlar tarafından hazırlanan inşaat alanındaki milletlerarası standart kurallar incelenecektir. Öncelikle, inşaat alanında kullanılmakta olan standart sözleşme şartları ve onların hangi inşaat projelerine uygulanmak için hazırlandığı hakkında kısaca bilgi verilmeye çalışılacaktır. Bundan sonra FIDIC, JCT, NEC gibi standart kuralların hukukî niteliği belirlenecektir. Bu bağlamda, FIDIC kurallarının esasa uygulanacak hukuk

bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümünün son kısmında standart sözleşme şartlarının Türk, Kazak ve Rus hukukunun emredici nitelikteki kurallarına uyarlanması konusuna yer verilecektir.

Yapılan araştırma neticesinde varılacak sonuçlar “*Sonuç*” kısmında belirtilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUKU TESPİT ETME YÖNTEMLERİ VE YABANCI UNSUR

A. Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuku Tespit Etme Yöntemleri

İnşaat sektörü her devletin ekonomik yapısı içerisinde önemli ayrı bir yere sahiptir. Bunun başlıca sebeplerinden bazıları olarak bu sektörün yüzlerce çeşit mal ve hizmet üretimi ile doğrudan bağlantılı bulunması, yoğun iş gücü kullanımı ve sosyal ekonomik refah düzeyine katkısı belirtilmektedir³.

Dünyanın her ülkesinde milletlerarası (yurt dışı) inşaat sektörü devletler tarafından desteklenmektedir. Zira bu sektör, devlete döviz ve istihdam sağlar, ekonominin işlevliğini temin eder, enflasyon ve durgunluk ile mücadelede en iyi araç olarak kullanılır ve ayrıca dış siyasette etkili bir etkindir⁴.

Milletlerarası inşaat sektörü ekonomik ve teknolojik açıdan büyük projeler içerdiğinden sürekli olarak kendine özgü yenilikler ve gelişimler ortaya çıkarır. Bunun sonucu olarak milletlerarası nitelik taşıyan inşaat sözleşmelerinin, diğer sözleşmelerden farklı olarak gelişmekte olduğu söylenebilir. Her ne kadar yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri diğer sözleşmelerden farklı olarak gelişmekte ise de bu tür sözleşmelere uygulanacak hukuk tespit edilirken, bu sözleşmelerin diğer sözleşmelerin gölgesi altında kaldığını görmek mümkündür. Şöyle ki, meselâ, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunda [MÖHUK] yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair özel hüküm bulunmadığından inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfi yöntemi ile tespitinde genel nitelikli md. 24'deki hükmün uygulanması gerekir.

³ Tunay Köksal, **Model Sözleşme Örnekleri İle Uluslararası İnşaat Hukuku**, Adalet yayınevi, Ankara, 2011, s. 3 (Model Sözleşme).

⁴ Köksal, Model sözleşme, s. 5.

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda önem arz eden sorunlardan biri, uygulanacak hukukun hangi yöntemle belirleneceğidir. Bu bağlamda Türk hukukunda bir taraftan kanunlar ihtilâfı yöntemi savunulurken, diğer taraftan milletlerarası ticarî uygulamanın bu alanda kendi kurallarını oluşturduğu belirtilmekte ve milletlerarası ticarî uygulamanın içerisinde oluşan bu kuralların herhangi bir millî hukuka bağlanma yapılmaksızın doğrudan uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁵. Türk hukukunda bu yöntem “*Maddî Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*” kavramı ile açıklanmaktadır⁶. Kazak ve Rus hukukunda bu yönteme “*Maddî Hukuk Kuralları*” gereği uygulanacak hukukun tespiti denilmektedir⁷.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi meselesi her iki yönteme göre incelenmelidir. Bu bölümde yabancı unsurlu inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun maddî milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespiti konusuna kısaca değineceğiz. Zira söz konusu yöntem esas olarak tezimizin üçüncü bölümünde incelenecektir.

Maddî milletlerarası özel hukuk kuralları olarak adlandırılan kurallar, yabancı unsur taşıyan veya milletlerarası nitelikli işlem ve uyuşmazlıklarda, esasa ilişkin “*doğrudan*” çözüm getiren kurallardır⁸. Bu kurallar üç gruba ayrılmaktadır:

(1) *Règles nationales* yani millî kanunlarda yer alan kurallar: içtihat bazında veya kanun şeklinde olabilmektedir. Örneğin, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5. maddesi gereği: “*Yüksek Plânlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tâbidir*”.

(2) *Règles conventionnelles* (Konvansiyonlarda öngörülen maddî milletlerarası özel hukuk kuralları). Meselâ, 9 Eylül 1994 tarihli İnşaat Faaliyeti

⁵ Akıncı, İnşaat, s. 65.

⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman – Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 6; Süheylâ Balkar Bozkurt, “Kanunlar İhtilafı Kuralları Tehdit Altında mı?”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, (ed. Doğan Vahit, Yılmaz Alper Çağrı, Ayhan İzmirli Lale), 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 255. Başka yazarları da eklemek.

⁷ A.A. Kazbekova, «Правовое Регулирование Договора Международного Строительного Подряда», **Вестник КазНУ**. Сер. юридическая, №1(41), стр. 105 (A.A. Kazbekova, “Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinin Hukukî Düzenlenmesi”, **Kazak Millî Üniversitesi Bülteni**, Hukuk serisi, Cilt: 1, Sayı: 41, s. 105).

⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, ss. 6-7; Hacı Can ve Ali Gümrah Toker, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 129; Balkar Bozkurt, s. 255.

Sırasında İşbirliği Hakkında Sözleşme⁹, 4 Haziran 1999 tarihli Bağımsız Devletler Topluluğunun Kentsel Planlama Sözleşmesi¹⁰.

(3) *Règles anatonionales* (millî olmayan, uluslararası örf -âdet ve teamül kuralları). *Lex mercatoria*¹¹ niteliğindeki kurallar.

Birçok devlette, devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınmıştır. Bu durum yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden doğan ilişkilere devletin onaylayarak taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanmasını gerektirir. Bağımsız Devletler Topluluğu [BDT] kapsamında imzalanan inşaat sözleşmelerini düzenleyen birkaç çok taraflı uluslararası sözleşmeler de mevcuttur. Belirtmek gerekirse, 24 Aralık 1993 tarihli Yatırım Faaliyeti Esnasında İşbirliği Sözleşmesi; 9 Eylül 1994 tarihli İnşaat Faaliyeti Sırasında İşbirliği Hakkında Sözleşme, 28 Mart 1997 tarihli Bağımsız Devletler Topluluğunun Ekonomik Bütünleşme Gelişimi Konsepti, 4 Haziran 1999 tarihli Kentsel Planlama Sözleşmesi, 13 Ocak 1999 tarihli Bağımsız Devletler Topluluğuna Üye Devletler Bakımından Karşılıklı Menfaat Sunan İnşaat Projelerinin Devletlerarası Ekspertizi Hakkında Sözleşme vs. İnşaat sözleşmesine dair iki taraflı uluslararası sözleşmelere örnek olarak ise, Kazakistan Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasında imzalanan Kazakistan Cumhuriyetinin ve Rusya Federasyonu'nun Yetkili Makamları Tarafınca Verilen İnşaat Faaliyetinin Gerçekleştirilmesine Dair Lisansların Karşılıklı Tanınması Sözleşmesi (1 Ağustos 1995) gösterilebilir¹².

Bunun dışında uluslararası kuruluşlar tarafından kabul edilen öneri niteliğindeki kurallar da mevcuttur. Bunlardan uluslararası alanda bilineni 1987 tarihli UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından hazırlanan Sanayî Tesislerinin İnşası için Uluslararası Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Hukuk Kılavuzudur. Bunun dışında Birleşmiş Milletlerin Avrupa Ekonomik Komisyonu, Büyük Endüstriyel Yapım İşleri İçin Sözleşmelerin

⁹ Soglasheniye o sotrudnichestve v stroytelnoi deyatelnosti. Bağımsız Devletler Topluluğuna üye Rusya Federasyonu, Beyaz Rusya, Kırgızistan, Tacikistan, Özbekistan, Türkmenistan, Moldova, Azerbaycan, Ermenistan ve Kazakistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmedir.

¹⁰ Gradostroytel'naya Khartiya. Bağımsız Devletler Topluluğuna üye Ermenistan, Beyaz Rusya, Kazakistan, Kırgızistan, Moldova, Rusya Federasyonu, Tacikistan ve Türkmenistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmedir.

¹¹ “*Lex mercatoria*” kavramının kapsamına dair açıklamalar için bkz. Üçüncü bölüm, III. A.

¹² Kazbekova, s. 106.

Hazırlanmasına İlişkin Kılavuz (ECE/Trade /117) hazırlamıştır. Bu kılavuzların amacı inşaat sözleşmelerinin karmaşık yapısı dikkate alınarak yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinin şartlarının müzakeresinde ve hazırlanmasında taraflara yardımcı olmaktır. Belirtmek gerekirse, örneğin Sanayî Tesislerinin İnşası İçin Uluslararası Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Hukuk Kılavuzu, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerini hazırlamakta olan kişilere yararlı olmak amacıyla hazırlanmış kapsamlı ve detaylı bir el kitabıdır. Bu kılavuzun asıl amacı, kılavuzda yer verilen tespitler, gözlemler ve öneriler ile yüklenicinin ve iş sahibinin menfaatleri arasında haklı ve âdil bir dengeyi sağlamaktır¹³.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerini düzenleyen uluslararası kuruluşlar tarafından öneri niteliğinde hazırlanan milletlerarası standart sözleşme şartları da mevcuttur. Bunlara örnek olarak Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils) tarafından geliştirilen FIDIC İnşaat İşleri İdarî Şartnamesi (FIDIC Conditions of Contracts for Works of Civil Engineering Construction), Elektrik Ve Mekanik İşler İçin Sözleşme Şartları (FIDIC Conditions of Contracts for Electrical and Mechanical Works), Tasarım – Yapım Ve Anahtar Teslim İşleri için Sözleşme Şartları (FIDIC Conditions of Contracts for Design – Build and Turnkey) gösterilebilir¹⁴. Bunun dışında ICC (International Chamber of Commerce) Endüstriyel Yapı Anahtar Teslim Model Sözleşmesi, ICC Anahtar Teslim Model Sözleşmesi, NEC (New Engineering Contract) Mühendislik ve İnşaat Sözleşmeleri de mevcuttur.

Günümüzde yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan esas yöntem, kanunlar ihtilâfi yöntemidir. Bununla birlikte, yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde kanunlar ihtilâfi metodunun kullanılması çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir¹⁵. Bunun nedeni kanunlar ihtilâfi metodunun, uyuşmazlığa belirli bir millî hukuk sisteminin uygulanmasını öngörmesi ve millî hukuk sistemleri içerisinde yer alan kuralların, milletlerarası ticaret hukukundaki gelişmelere ve milletlerarası ticarî faaliyetlerin ihtiyaçlarına

¹³ Kazbekova, 106; Köksal Tunay, “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması Ve Uygulanması Süreci”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 2013 (109), 2013, s. 443 (İnşaat).

¹⁴ Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu tarafından geliştirilen İnşaat İşleri İdarî Şartnameleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Üçüncü bölüm, II. B.

¹⁵ Akıncı, İnşaat, ss. 65 - 66.

uygun kurallar içermemesidir¹⁶. Son yıllarda, özellikle yabancı unsurlu borç ilişkileri bakımından kanunlar ihtilâfî yönteminin varlığı, ihtiyaca cevap verebilirliği, etkisi ve uygulamadaki önemi ciddî bir anlamda tartışılmaya başlamıştır. Özellikle uluslararası düzeyde akdedilen pek çok alana ait çeşitli konvansiyonların mevcudiyeti, bu yöntemin geleceğini sorgulatır hale getirmiştir¹⁷. Her ne kadar, durum böyle olsa dahi, kanunlar ihtilâfî kurallarının günümüzde birçok devletin milletlerarası özel hukukunda yer aldığını, yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde bu yöntemin kullanıldığını görebiliriz. Dolayısıyla, *Balkar Bozkurt*'un da belirttiği üzere günümüzde kanunlar ihtilâfî kurallarından vazgeçmenin mümkün olmadığı aşîkâr.

B. Yabancı Unsur

Hukukî ilişkiler ya da olaylar, yabancı unsur taşıdığında, birkaç devletin hukuku, o hukukî sorunu çözmek için karşı karşıya gelir. Bu tür uyuşmazlığa hangi devletin hukukunun uygulanacağına karar verebilmek için, mahkemeler kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulurlar.

Öğretide, bir hukukî olay, işlem veya ilişkinin “*milletlerarası unsur*” taşıması ile “*yabancılık unsuru*” taşıması arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre, (a) hukukî ilişkinin taraflarının vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutad meskeni; (b) uyuşmazlık konusu şeyin bulunduğu yer veya sözleşmenin ifa edileceği yer bakımından birden fazla hukuk düzeniyle irtibatlı bulunmamasına rağmen, dâva hukukî ilişkinin bağlantılı olduğu hukuk düzeni dışında, yani başka bir devlette açıldığı takdirde, sadece dâvanın açıldığı devletin mahkemesi bakımından yabancı unsur taşıyan bu hukukî uyuşmazlığın, gerçek anlamda milletlerarası unsurlu sayılmayacağı ifade edilmektedir¹⁸. Bir diğer örnek olarak, bir İngiliz vatandaşının İzmir noterinde resmî vasiyetname düzenlemesinde Türkiye açısından vatandaşlığın,

¹⁶ Akıncı, İnşaat, ss. 65 - 66.

¹⁷ Balkar Bozkurt, s. 246.

¹⁸ Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 1992, s. 4 (Yabancılık unsur); Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel Ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet yayınevi, Ankara, 2012, s. 41.

İngiltere açısından ise hukukî işlemin yapıldığı yer ve işlemin şeklinin (düzenleyen/onaylayan makam) yabancılık unsuru oluşturacağı belirtilmektedir¹⁹.

MÖHUK'un "Kapsam" başlıklı 1'ci maddesinde kanunun kapsamına yabancı unsur taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi konuları gireceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda öğretide milletlerarası özel hukukun uygulama alanının yabancı unsur içeren özel hukuk uyumsuzluklarıyla sınırlı olduğu belirtilmektedir²⁰.

Öğretide yabancı unsurun, genellikle kişilerin yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin veya sözleşmenin yapıldığı²¹ veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya var olduğu yer ve eylemin yapıldığı veya sonuçlarının meydana geldiği yer konularında ortaya çıkacağı kabul edilmiştir²². 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun md. 2'de yabancı unsurun açıklamasında bu örneklerden yararlanılmıştır.

Tezimizin konusunu oluşturan inşaat sözleşmesinin yabancı unsurlu olabilmesi için hangi kriterlerin gerçekleşmiş olması gerektiği sorusuna, öğretide tarafların vatandaşlığı veya bulundukları yer devleti, sözleşmenin veya görüşmelerin yapıldığı devlet, sözleşme konusunu oluşturan edimin ilişkili olduğu devlet kriterlerinin gerçekleşmiş olması gerektiği belirtilmektedir²³. Bir hukukî ilişki birden çok hukuk sistemi ile bağlantılı halde olduğunda, söz konusu yabancılık unsuru, o ilişkiye milletlerarası karakter verir. Bu nedenle öğretide "*yabancı unsurlu inşaat sözleşmesi*" kavramıyla birlikte "*milletlerarası inşaat sözleşmeleri*"²⁴ veya "*yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri*"²⁵ kavramları kullanılmaktadır. Biz kanun hükmüne sadık kalmak amacıyla "*yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri*" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

¹⁹ Can ve Toker, s. 48.

²⁰ Can ve Toker, s. 9.

²¹ Sözleşmenin kurulduğu yerin tek başına yabancılık unsuru tesis etmek için yeterli olup olmadığı hususu tartışılmalıdır. Derya Zeynep Tarman, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdî Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", **BATİDER**, Cilt: XXVI, Sayı: 1, 2010, s. 146.

²² Şanlı, Esen ve Ataman - Fıganmeşe, s. 283; Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2011, ss. 5-6; Tarman, ss. 146.

²³ Akıncı, İnşaat, s. 67.

²⁴ Akıncı, İnşaat, s. 7; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 361; Kazım Çınar, **Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 144; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 278.

²⁵ Fügen Sargın, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 2, 2001, s. 80, dpn. 155 (Karakteristik Edim).

Yabancı unsurun belirlenmesinde bazı devletlerin yukarıda belirtilen kriterlerle sınırlı kalmadığını ve bunun ötesine gittiğini görmek mümkündür. Bu bağlamda, meselâ Fransa Hukukunda bir sözleşme doğurduğu sonuçlar itibarıyla birden çok devletle ilişkili ise, o sözleşme yabancı unsurlu sayılacaktır²⁶. Bu görüş, milletlerarası sonuçlar doğuran sözleşmelere, nitelikleri gereği yerel ilişkilerden farklı sonuçlar bağlanmasını savunmaktadır²⁷. Türk öğretisinde bir sözleşmenin milletlerarası karakterinin belirlenmesinde, onun maddî ve ekonomik karakterinden hareket edilmesi gerektiği ve maddî unsurları itibarıyla milletlerarası ticareti ilgilendiren akitlerin, hukukî, şahsî veya coğrafi unsurları itibarıyla yabancılık vasfı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın yabancı unsurlu sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüş mevcuttur²⁸. Öğretide, buna ilişkin olarak şu örnek verilmiştir: Türkiye’de açılan milletlerarası ihalede yabancı firma lehine, Türk vatandaşı (A), Türk bankasından teminat mektubu verilmesini talep etmiştir. Burada iki tür ilişki mevcuttur. Bunlardan biri teminat mektubu ilişkidir. Bu ilişki muhatap Türk vatandaşı ile Türk bankası arasındaki ilişkidir. Diğer ise, temel ilişki olarak adlandırılabilir. Lehdar yabancı firma ile muhatap Türk arasındaki ilişkidir. Her iki ilişki birbirinden bağımsızdır. Bu bağlamda, temel ilişkide yabancı unsur bulunmasına rağmen, teminat mektubu ilişkisinde yabancı unsur bulunmamaktadır. Buna rağmen, taraflar arasındaki teminat mektubu ilişkisinin milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet eden bir ilişki olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği; eğer teminat mektubu ilişkisi milletlerarası ticaret hayatını ilgilendiriyorsa, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası nitelikli kabul edilmesi gerektiği ve yabancı unsurlu borç ilişkisinin varlığından söz edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹.

Öğretide tartışılan ve görüşümüzü bildirmemizi gerektiren yabancı unsur konusunda önem arz eden meselelerden biri, hiçbir yabancı unsur içermeyen ilişkilerde, tarafların hukuk seçimi yapıp yapamayacağı meselesidir. Diğer bir ifadeyle tarafların yabancı devletin hukukunu seçmelerinin ilişkiye yabancılık unsurunu katıp katmayacağı meselesidir. Türk hukukunda bu konuda farklı görüşler

²⁶ Akıncı, İnşaat, s. 69; Akıncı, Tenfiz, s. 24.

²⁷ Meselâ, 3880 no’lu MTO hakem kararında, iki Belçikalı arasında ayakkabı satımına ilişkin bir sözleşme, ayakkabıların bir Romen firma tarafından tedarik edilmesi sebebiyle yabancı unsurlu sayılmıştır. Akıncı, İnşaat, s. 69, dpn. 145.

²⁸ Şanlı, Esen ve Ataman - Fıganmeşe, s. 284.

²⁹ Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları**, 3. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 2005 (Teminat Mektupları), s. 50; Can ve Toker, ss. 49-50.

mevcuttur. Öğretide savunulan bir görüş, yabancı bir hukukun seçilebilmesi için sözleşmenin objektif anlamda yabancılık unsuru taşıması gerektiği yönündedir. Bu görüşü ileri süren yazarlar objektif anlamda yabancı unsur içermeyen sözleşmede hukuk seçiminin yapılamayacağını savunmaktadırlar³⁰. Bir diğer görüş ise yabancı hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesi için sözleşmenin yabancı unsurlu olmasına gerek olmadığı yönündedir. Diğer bir ifadeyle sözleşme objektif anlamda yabancı unsurlu olmasa dahi hukuk seçimi yapılabilir ve taraflar yabancı hukuku seçerek o sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getirmiş olurlar³¹.

Birinci görüşü savunanlar, hukuk seçiminin sözleşmenin maddî unsuruna (konusuna) ilişkin olmadığı, tümüyle hukukî sonuç kısmına ilişkin olduğu ve bu nedenle de tek başına sözleşme ilişkisine yabancılık unsuru katmayacağını belirtmektedirler. Dolayısıyla, yabancılık unsuru barındırmayan bir sözleşme bakımından yapılacak hukuk seçimi, MÖHUK md. 24/1 anlamında bir hukuk seçimi niteliği taşımaz, olsa olsa kararlaştırılan yabancı hukukun ilgili hükümlerinin sözleşme koşulu haline getirilmesi (*incorporation*) anlamına gelebileceği ifade edilmektedir³². Bunun yanı sıra iç hukuktaki irade serbestisi ile milletlerarası özel hukuktaki irade serbestisini karşılaştırdığımızda iç hukuktaki irade serbestisinin kapsamının milletlerarası özel hukuktaki irade serbestisinden daha dar olduğuna dikkat çekilmektedir. Şöyle ki, iç hukukta irade serbestisi emredici hükümlerin izin verdiği ölçüde taraflara sözleşmenin içeriğini belirleme imkânı verir. Milletlerarası özel hukukta ise irade serbestisi bağlama kuralıdır ve sözleşmeye uygulanacak hukuku belirler. Taraflar bu serbestiyi kullanarak hukuk seçimi yaptıkları durumda

³⁰ Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, ss. 185-186; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK md. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 2010, s. 33 (Sözleşmelere uygulanacak hukuk); Tarman, ss. 146-147; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık Cavoşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, ss. 352-353; Akıncı, İnşaat, s. 71; Rona Aybay ve Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul Bigi Üniversitesi Yayını, İstanbul 2008, ss. 250-251; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 8 (MÖH); Can ve Toker, s. 57; Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, ss. 53, 56.

³¹ Nomer, s. 307; Şanlı, Esen ve Ataman- Fıganmeşe, ss. 284-285; Çelikel ve Erdem, s. 342. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Yargıtay 11HD, 07.12.2006 tarih ve E. 2006/8585, K. 2006/12877 no’lu kararında “Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır” diyerek aynı sonucu benimsediğini ortaya koymuştur. Yargıtay 15HD, 03.11.2016 tarih ve E. 2016/3365, K. 2016/4525 no’lu kararında da aynı sonuca varmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³² Can ve Toker, ss. 59 - 60.

kamu düzenine aykırılık istisnası hariç – uyuşmazlık, emredici ve tamamlayıcı hükümleriyle, seçilen hukuka tâbi tutulacaktır. Aradaki fark, ilişkilerden birinin milletlerarası özel hukukun alanına girmesinden, yani yabancılık unsuru içermesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle objektif anlamda hiçbir yabancılık unsuru içermeyen bir ilişkide tarafların, milletlerarası özel hukuk anlamındaki irade serbestisinden yararlanabileceklerini, yani Türk Borçlar Hukukunda yer alan emredici kuralları bertaraf edebileceklerini kabul etmenin kanun koyucunun amacını aşacağı belirtilmektedir³³. Bir diğer neden olarak “*Kapsam*” başlığını taşıyan MÖHUK’un 1. maddesinin birinci fıkrasında yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun MÖHUK’da düzenlenmiş olduğudur. Bu bağlamda, eğer bir sözleşme ilişkisi baştan itibaren yabancılık unsuru içermiyorsa o zaman onun MÖHUK’un uygulama alanına girmemesi gerektiği ifade edilmektedir. MÖHUK md. 24/1’in uygulanabilmesi için sözleşmenin yabancı unsur taşıyan bir sözleşme olması gerektiği savunulmaktadır³⁴.

İkinci görüşü savunanların dayanak noktası taraflara serbestçe hukuk seçimi yapma imkânı veren md. 24’de, uygulanacak hukukun seçiminde herhangi bir sınırlamanın getirilmemiş olmasıdır. Ayrıca yabancılık unsurunun muhakkak objektif mahiyet taşımasını öngören bir yasal düzenlemenin bulunmamasıdır. Kanunlar ihtilâfı hukukunda genel olarak yabancılık unsurunun, salt işlem ve ilişkinin taraflarının iradesine bağlı olarak ortaya çıkmasının da mümkün olduğu; meselâ bir çiftin vatandaşı olmadıkları bir devlette evlenmesi halinde veya iki kişinin bir sözleşmeyi yabancı devlette yapmaları halinde yabancılık unsurunun tamamen tarafların iradesine bağlı olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir³⁵. Bu nedenle objektif bir yabancılık unsuru içermeyen bir sözleşmeye yabancılık unsurunun salt tarafların iradesiyle aktarılmasında herhangi bir mahzur bulunmadığı ve böyle bir sözleşmenin yabancı bir hukuka tâbi kılınmasının mümkün ve geçerli olduğu sonucunun ortaya çıktığı belirtilmektedir³⁶. Bunun sonucu olarak seçilen hukuk emredici hükümleri de dâhil olmak üzere taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine uygulanacaktır. Bu durumda örneğin Türk hukukunun konuya dair emredici

³³ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 33-34; Akıncı, İnşaat, s. 71.

³⁴ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 33-34; Tarman, ss. 146- 147; Aybay ve Dardağan, ss. 250-251; Akıncı, İnşaat, ss. 72; Can ve Toker, ss. 59-60.

³⁵ Aybay ve Dardağan, ss. 9-10.

³⁶ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 285.

hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır. Buna karşılık birinci görüş kabul edilirse, sözleşme Türk hukukuna tâbi tutulacak ve tarafların kararlaştırdıkları hukuk kuralları Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanma alanını bulacaktır³⁷.

Objektif anlamda yabancı unsur içermeyen hukukî ilişkilerde taraflar yabancı bir devletin hukukunu seçtiklerinde o hukukî ilişkinin yabancı unsurlu olarak nitelendirileceği 1980 tarihli Roma Sözleşmesinin³⁸ 3. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir³⁹. Bu düzenlemedeki ana fikir, iyi niyetle kurulan sözleşmede, sözleşme taraflarının korumaya değer menfaatlerine hizmet eden bir hukuk seçiminin muhafaza edilmesidir⁴⁰. Bununla birlikte, hukuk seçiminin yapıldığı anda, asıl sözleşmenin yabancı hukukun seçiminden başka yabancı unsur taşımaması durumunda, asıl sözleşmenin diğer unsurları itibarıyla irtibatlı bulunduğu hukukun emredici hukuk kurallarının seçilen hukukun uygulama alanını sınırlandıracağı düzenlenmiştir⁴¹. Diğer bir ifadeyle objektif anlamda herhangi bir yabancı unsur içermeyen sözleşmede, taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak yabancı devletin hukuku seçildiğinde, o hukuki ilişkinin gerçek anlamda bağlantılı bulunduğu devletin emredici nitelikte hükümleri, seçilen devletin hukukunun uygulama alanını sınırlandıracaktır. Örneğin, sözleşme tüm unsurlarıyla Türk hukuku ile bağlantılı olmasına rağmen, taraflar o sözleşmeye Alman hukukunun uygulanacağını kararlaştırdıklarında, o sözleşme Roma Sözleşmesi gereği yabancı unsurlu kabul edilir. Fakat tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçtikleri Alman hukukunun uygulama alanı, Türk hukukunun emredici nitelikte hükümleri ile sınırlanmış olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus taraflara belirli bir devletin hukukunu seçme imkânının tanınıp tanınmadığının ya da bunun sınırlarının

³⁷ Özdemir Kocasakal, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 33.

³⁸ 1980 tarihli Roma Sözleşmesi 2008 yılında güncellenerek Roma I Tüzüğü olarak yürürlüğe girmiştir.

³⁹ Peter Nygh, **Autonomy in International Contracts**, Clarendon Press, Oxford, 1999, s. 50 (Autonomy); Gülin Güngör, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Yetkin yayınları, Ankara, 2007, s. 95; Владимир А. Канашевский, **Международные Сделки: Правовое Регулирование**, 2-ое издание, Международные отношения, Москва, 2019, стр. 20 (Vladimir A. Kanashevsky, **Milletlerarası Muameleler: Hukukî Düzenleme**, 2-ci Baskı, Uluslararası ilişkiler, Moskova, 2019, s. 20) (Milletlerarası Muameleler).

⁴⁰ Güngör, s. 95.

⁴¹ Güngör, s. 95.

lex fori'ye yani mahkemenin hukukuna göre belirleneceğidir⁴². Roma Sözleşmesi dışında, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinin 2010 açıklamasında tarafların yabancı bir devletin hukukunu seçmeleri, o hukukî ilişkiye yabancı unsur kazandıran bir durum olarak düzenlenmiştir⁴³. Yukarıda incelediğimiz hükümler, şu sonucu ortaya koymaktadır. Objektif anlamda yabancı unsur içermeyen hukukî ilişkide hukuk seçiminin yapılması, o ilişkiye yabancı unsur kazandırabilmesi için, bunun kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Zira, sözleşmeye yabancı hukukun uygulanması onun yabancı unsurlu olmasından doğan bir sonuçtur. Bu nedenle, “*hukuk seçimi*” tek başına hukukî ilişkiye yabancı unsur kazandıran bir durum olarak nitelendirilemez. Bu duruma, 19 Mart 2015 tarihli Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair La Haye İlkelerinde⁴⁴ (La Haye) dikkat çekilmiştir. La Haye ilkeleri “*hukuk seçimi*”ni hukukî ilişkiye yabancı unsur kazandıran durum olarak nitelendirmemektedirler. Konuya bu açıdan bakıldığında, Türk öğretisinde ileri sürülen birinci görüş daha isabetli görülmektedir.

II. YABANCI UNSURLU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Uyuşmazlıkların Devlet Mahkemesinde Çözülmesi Durumunda İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

1. Yetkili Hukukun Taraflarca Seçilmesi (Sübjektif Bağlama Kuralı)

a. Genel Olarak

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukuk belirlenirken iki önemli mesele ile karşılaşıldığı belirtilmektedir: Bunlardan birincisi uygulanacak hukuk tespit edilirken hangi bağlama noktasının esas alınacağı ve bunun sonucu

⁴² Akıncı, İnşaat, s. 75; Çınar, s. 145.

⁴³ Александр Комаров, **Принципы Международных Коммерческих Договоров УНИДРУА 2010**, пер. с англ., Статут, Москва, 2013, стр. 2 (Aleksandr S. Komarov, **Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri 2010**, Statut, Moskova, 2013, s. 2).

⁴⁴ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (approved on 19 March 2015), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>, (20.12.2019).

olarak hangi devletin hukukunun uygulanacağı meselesidir. İkincisi ise, uygulanacak hukuk tespit edilirken başvurulacak yöntemdir. Diğer bir ifadeyle yabancı unsurlu uyuşmazlıklar, mutlaka kanunlar ihtilâfı kuralları ile bir millî hukuka mı tâbi tutulacak yoksa alternatif bir yöntem mi uygulanacaktır⁴⁵.

Tezimizin bu kısmında yukarıda belirtilen sorunlardan birincisine cevap verilmeye çalışılacaktır.

Hukukî niteliği itibarıyla inşaat sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun [TBK] 470-486. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesinin alt türden biridir. Eser sözleşmesi TBK md. 470'te yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

MÖHUK md. 24'de yabancı unsurlu borç sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için genel kanunlar ihtilâfı kuralına yer verilmiştir. Fakat belirtilmelidir ki, kanun koyucu bu genel kuralın her sözleşme tipi bakımından yeterli olmayacağını düşünerek, MÖHUK md. 25 ile 29 arasında bazı sözleşme tipleri için özel kanunlar ihtilâfı kurallarına da yer vermiştir. Bu doğrultuda, MÖHUK md. 25 ile 29 arasında yer alan düzenlemelerin kapsamına giren sözleşmelere uygulanacak hukuk belirtilen maddelerdeki özel kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenir; bu düzenlemelerin kapsamına girmeyen sözleşmelerin tâbi olacağı hukuk ise MÖHUK md. 24'deki genel kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecektir. Bu nedenle, MÖHUK md. 24 ile çeşitli sözleşme tiplerine dayanan ilişkilerin, bir çatı altında birleştirildiği ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla genel yaklaşımı ifade eden karineler oluşturulduğu belirtilmektedir⁴⁶. Md. 25 ile 29 arasında eser sözleşmesine dayanan borç ilişkileri bakımından uygulanacak hukukun tespitine dair özel bağlama kuralına yer verilmemiştir. Bu nedenle eser sözleşmesinden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespitinde genel hüküm niteliğinde olan md. 24'un uygulanacağı öğretide kabul edilmiştir⁴⁷.

Konumuz açısından önem arz eden değerlendirilmesi gereken hususlardan biri yabancı unsurlu taşınmazın inşaatına dair sözleşmelerin MÖHUK md. 25'in kapsamına girip girmeyeceği hususudur. MÖHUK md. 25 uyarınca "*Taşınmazlara*

⁴⁵ Akıncı ve İnşaat, s. 67.

⁴⁶ Can ve Toker, s. 266.

⁴⁷ Can ve Toker, s. 266; Çelikel ve Erdem, s. 361.

veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir". MÖHUK'un 25 maddesinde düzenlenen "taşınmazlara ilişkin sözleşmeler" ifadesinden kastedilen taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler olduğu" belirtilmektedir. Taşınmazın aynına ilişkin sözleşmeler taşınmazın devrine ilişkin sözleşmeler olabileceği gibi taşınmaz üzerindeki bir irtifak hakkı ya da rehin hakkı gibi bir sınırlı aynî hak tesis eden sözleşmeler de olabilir⁴⁸. Bu açıdan bakıldığında madde kapsamının oldukça geniş olduğu sonucuna varılmaktadır.

Türk hukukunda taşınmazların kullanımına dair sözleşmelerin ivazlı kullandırma ve ivazsız kullandırma sözleşmeleri olarak ikiye ayrıldığını; kira sözleşmesi ile finansal kiralama (leasing) sözleşmelerinin ivazlı kullandırma sözleşmesinin kapsamına girdiğini, buna karşılık ariyet (kullanım öduncü) ve karz sözleşmesi (tüketim öduncü) gibi sözleşmelerin ise ivazsız kullandırma sözleşmeleri içerisinde değerlendirildiğini görebiliriz⁴⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukukunda inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. TBK md. 470 gereği yüklenici eser meydana getirme borcunu üstlenirken, iş sahibi bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenir.

Türk Medenî Kanununda md. 704 gereğince "taşınmaz mülkiyetinin" konusuna: (1) Arazî; (2) Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve süreli haklar; (3) Kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler girer. Bunlar devlet tarafından tutulan tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilir. Bunun dışında kalan şeyler taşınmaz olarak tapu kütüğünde kaydedilemez⁵⁰.

Bir taşınmaz yapım sözleşmesi ile taşınmaz üzerinde doğrudan aynî hak tesis edilmemektedir. Dolayısıyla bir taşınmaz yapı, inşaat işinin başlatılmasından bitimine kadar bağımsız bir taşınmaz olarak nitelendirilmez⁵¹. TMK md. 718 gereği kanunen ve zorunlu olarak üzerine yapıldığı arazinin bütünleyici parçası olarak nitelendirilir. Bu nedenle yapının mülkiyeti de taşınmaz malikinin mülkiyetine geçer. Bu durum, beton, demir gibi inşaat malzemelerinin sahibinin arsa sahibi değil yüklenici veya başka birisi olduğu durumlarda, malzeme sahiplerinin bu malzemeler

⁴⁸ Çınar, s. 61.

⁴⁹ Çınar, s. 66.

⁵⁰ Çınar, ss. 9, 141.

⁵¹ Çınar, s. 141.

üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmelerine, arsa sahibinin ise bu malzemelerin maliki olmasına nedendir.

Yukarıda incelediğimiz Türk hukukundaki hükümler şu sonucu ortaya koymaktadır: (1) İnşaat sözleşmelerinin konusu yapım ve onarım işidir; (2) inşaat sözleşmeleri ile taraflardan biri doğrudan aynî hak tesis etme borcu altına girmemektedir; (2) inşa edilen eşya (bina, tünel, yol) hukukî anlamda tapu siciline kaydedilmediği sürece taşınmaz olarak nitelendirilemez. Arazinin bütünleyici parçasıdır. Bu durum, yabancı unsurlu taşınmazın inşaatına dair sözleşmelerin, taşınmaza ilişkin sözleşme olmadığı ve MÖHUK md. 25'in kapsamına girmeyeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

b. Hukuk Seçimi

(1) MÖHUK'da ve MTK'da Kullanılan İfadelerin Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere, birçok devletin milletlerarası özel hukuk kuralları, taraflara aralarında kurdukları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânını sunmaktadır⁵². Bu bağlamda, meselâ Kazak hukukunda (Medenî Kanun md. 1112), Rus hukukunda (Medenî Kanun md. 1210), Türk hukukunda (MÖHUK md. 24/1) yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmeyi hangi devletin millî hukukuna tâbi tutacaklarını kendileri belirleyebilirler.

MÖHUK 24. maddenin birinci fıkrasında yabancı unsurlu sözleşmelerde belli şartlar altında tarafların borç ilişkisine uygulanmak üzere hukuk seçiminde

⁵² Birçok devletin kanunlar ihtilâfî kurallarında öngörülen taraflarca hukuk seçimi yapma imkânı, borçlar hukukundaki “sözleşme serbestisi” ilkesinden ayrıdır. Borçlar hukuku kapsamındaki “sözleşme serbestisi” ilkesi: (a) bir kişinin sözleşme yapıp yapmama ve bu sözleşmeyi dilediği kişi ile yapma özgürlüğünü belirten sözleşme yapma serbestisinden; (b) yapılan sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisinden oluşur. Bu bağlamda, “sözleşme serbestisi” öğretide, tarafların bu serbestiyi tanıyan hukuk sistemi içinde sözleşmesel ilişkilerinde diledikleri düzeni kurabilme özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır. Bu durum, taraflara ancak, söz konusu hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde sözleşme serbestisinden yararlanma; bu hukuk düzeninin öngördüğü emredici hukuk kurallarına uyma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Buna karşılık tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzenine tarafların karar vermesi anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hükümleri değil, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzenini belirlerler. Detaylı bilgi için bkz.: Demirkol, ss. 24-28; Akıncı, İnşaat, s. 71.

bulunabileceklerini düzenlemiştir. Burada kanun koyucunun borçlar hukukunda önemli bir yer tutan “*irade muhtariyeti*” ilkesine yer verildiği görülmektedir⁵³.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarında tarafların istedikleri devletin hukukunu seçmeleri konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bağlamda, meselâ, uyuşmazlık Türkiye’de çözülecek ise Endonezya’da yapılacak bir inşaata ilişkin olarak, bir Türk şirketi ile bir Çin şirketi arasında akdedilen inşaat sözleşmesine, taraflar tarafsız bir hukuk olarak İsviçre hukukunu seçebilirler⁵⁴. Fakat belirtilmelidir ki, maddî hukuktaki irade serbestisi nasıl sınırsız değil ise, milletlerarası özel hukuktaki hukuk seçme imkânı da muhtelif koşul ve sınırlamalara tâbi tutulmuştur⁵⁵.

MÖHUK md. 24/1’de, kanun koyucu “*sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi*” ifadesine yer vermiştir. Bu durum, hiçbir devletin hukuk sisteminden kaynaklanmayan UNIDROIT gibi uluslararası ilkelerin, hukukun genel ilkelerinin, uluslararası örf âdet ve teamülün, *lex mercatoria*’nın uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği; bu kuralların taraflarca sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırıldığı takdirde md. 24/1 anlamında bir hukuk seçimi olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusunun cevaplandırılmasını gerektirir.

Mülga MÖHUK’dan farklı olarak yeni MÖHUK’da md. 24/1’de “*tarafların... seçtikleri kanun*” ifadesi yerine “*tarafların... seçtikleri hukuk*” ifadesini kullanmıştır. Öğretide, Demirkol, yeni MÖHUK’da da doğru bir terminolojinin kullanılmadığı kanaatindedir. Bunun nedeni olarak, “*hukuk*” kavramının geniş bir kavram olduğu ve her zaman millî bir düzeni belirtmek için kullanılmadığı belirtilmektedir⁵⁶. Şöyle ki, İslam hukuku, Avrupa Birliği hukuku, milletlerarası hukuk, hatta uluslararası ticarî örf ve âdet hukuku da birer “*hukuk*” sistemidir. Öğretide, hâkim görüş, *lex mercatoria*’nın veya İslam hukukunun taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilemeyeceği yönündedir⁵⁷. Bununla birlikte, kanundaki hükme bakıldığında, md. 24/1 hükmünde bu tür hukuk sistemlerinin taraflarca seçilmesinin önüne geçilmediği görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, mülga MÖHUK’da kullanılan “*kanun*” ifadesinin daha isabetli

⁵³ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, ss. 274-275; Doğan, MÖH, ss. 399 - 401; Çınar, s. 44.

⁵⁴ Nomer, s. 308.

⁵⁵ Çelikel ve Erdem, s. 357; Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, ss. 274 - 275; Demirkol, ss. 30-31.

⁵⁶ Demirkol, s. 107.

⁵⁷ Şanlı, Esen, Ataman - Figanmeşe, s. 279; Doğan, MÖH, s. 295; Can ve Toker, s. 444.

olduğunu belirten görüş mevcuttur⁵⁸. Konuya dair öğretide, md. 24/1'deki “ *tarafların ... seçtikleri hukuk* ” ifadesinin “ *tarafların seçtikleri ülke hukuku* ”⁵⁹ veya “ *tarafların seçtikleri millî hukuk* ” ifadesi ile değiştirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir⁶⁰.

Taraflara aralarında kurulan sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânını düzenleyen bir diğer kanun Milletlerarası Tahkim Hakkında Kanun’dur⁶¹ [MTK]. MTK md. 12/C-1 gereği “*hakem ve hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir*”. Burada görüldüğü üzere kanun koyucu MÖHUK hükmünden farklı olarak “*hukuk kuralları*” ifadesini kullanmıştır. Kanunda kullanılan ifadeden taraflara her türlü hukuk kuralını seçme imkânı tanındığı; MTK kapsamında milletlerarası hukukun genel ilkelerinin, millî olmayan kuralların, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin, hatta *lex mercatoria*’nın sözleşmeye uygulanacak düzen olarak taraflarca seçilebileceği sonucunun ortaya çıkabileceği belirtilmektedir⁶².

Bununla birlikte, MÖHUK md. 24/1 uygulandığı halde, taraflar “*hukuk kurallarını*” değil, “*hukuku*” seçmeleri gerekir. Bu durumda, taraflarca MTK anlamında “*hukuk kuralı*” seçildiğinde, bu tür seçimin MÖHUK md. 24/1 gereği “*hukuk*” seçimi olarak nitelendirilmesinin veya bu tür “*hukuk kuralının*” seçimine “*hukuk*” seçimi gibi bir etkinin tanınmasının mümkün olup olmadığı hususu incelenmelidir. Belirtmeliyiz ki, Türk öğretisinde, bu konu Şanlı, tarafından incelenmiştir. Şanlı “*hukuk kuralı*” seçiminin “*hukuk*” seçimi gibi nitelendirilmesinin mümkün olmadığını; bunun nedeni olarak bir hukuk düzeninin taraf iradesine meşruiyet kazandıracağını ve sözleşmenin ancak bir hukuk düzenine dayandığı halde taraflar açısından bağlayıcı olacağını belirtmiştir⁶³. Konuya dair, Tiryakioğlu, kendi görüşünü “*hukuk düzeni dışında ve hukuk tarafından*

⁵⁸ Demirkol, s. 107.

⁵⁹ “*Tarafların seçtikleri ülke hukuku*” ifadesi yerine “*tarafların seçtikleri devlet hukuku*” ifadesinin kullanılması daha isabetli olacaktır.

⁶⁰ Demirkol, s. 107.

⁶¹ 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, RG: 24453, Tarih: 05.07.2001.

⁶² Sibel Özel, “Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk”, II. Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, (Ed. Ulusoy E., Yıldırım A.), 14 Şubat 2009, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa**, İstanbul, 2009, s. 375 (Tahkim); Demirkol, ss. 108 – 109.

⁶³ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2005, s. 41, (Akitler).

denetlenmeyen davranış standartlarına göre düzenleme, onlara günümüz toplumunun açıkça reddettiği ayrıcalık ve dokunmazlıklar tanır” diyerek açıklamıştır⁶⁴.

Bazı yabancı yazarlar, millî mahkemeler önünde millî hukukun uygulanmasının şart olmadığını, tarafların sözleşmelerini *lex mercatoria*’ya veya milletlerarası hukukun genel ilkelerine tâbi tutulabileceklerini, bu kuralların uygulanmasında bir boşluk söz konusu olduğu takdirde, bu boşluğu hâkimin doldurabileceğini ifade etmektedirler⁶⁵. Bu görüşü destekleyen bir diğer görüş *Lando* tarafından ileri sürülmüştür. *Lando*, milletlerarası tahkim yargılamasında *lex mercatoria*’nın uygulanmasına dair argümanların, millî yargı açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir⁶⁶. Her ne kadar yabancı yazarlar, hukuk kurallarının, bu bağlamda *lex mercatoria* gibi kuralların seçimine etki tanınması gerektiğini savunsa dahi, Türk öğretisinde kabul edilen görüş “*hukuk*” seçiminin millî hukuk düzenleri ile sınırlı olduğu, dolayısıyla, yalnızca bir devletin hukukunun seçilmesi durumunda MÖHUK md. 24/1 anlamında bir hukuk seçiminin yapılmış olacağı yönündedir⁶⁷. Bu durum, bir ticarî sözleşmede tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’yı seçmeleri durumunda, Türk hâkiminin bu seçimi bir hukuk seçimi olarak kabul etmeyeceği ve MÖHUK md. 24/1’de öngörülen sonuçların meydana gelmeyeceği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, taraflar aralarındaki sözleşmeye FIDIC kurallarının uygulanacağını öngörseler dahi, o seçim hukuk seçimi olarak nitelendirilmeyecek ve Türk hâkimi hukuk seçiminin yapılmadığı sonucuna varacaktır.

Millî mahkemelerin baktığı bir uyuşmazlıkta, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’yı seçtikleri takdirde, bu seçim objektif

⁶⁴ Bilgin Tıryakioğlu, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1996, s. 23 (Taşınır Mallar).

⁶⁵ Peter Nygh, “The Reasonable Expectation of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort” **Recueil des cours**, Cilt: 251, 1995, ss. 307-308 (Choice of law).

⁶⁶ Ole Lando, “**The Principles of European Contract Law and The Lex Mercatoria**”, Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr, (Ed.: Jürgen Basedow, Kurt Siehr, T.M.C. Asser Instituut), T.M.C. Asser Press; Cambridge, MA, ABD, Lahey, Hollanda, 2000, s. 403.

⁶⁷ Nomer, s. 311; Şanlı, Esen ve Ataman - Fıganmeşe, s. 279; Çelikel ve Erdem, ss. 358-359; Sibel Özel, **Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukukî Niteliği**, Beta, İstanbul, 1991, s.76, (Akreditif); Doğan, MÖH, ss. 405 - 406; Can ve Toker, s. 444; Demirkol, s. 113.

bağlama kurallarına göre yetkili devletin hukukunda kabul edilen sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir⁶⁸.

Öğretide, “*hukuk kuralı*” olarak belirtilen kuralların taraflarca bu tür kurallara veya düzenlere referans yapmak suretiyle veya bu kuralları sözleşme hükmüne taşımak suretiyle (*incorporation*) etki tanıyabileceği belirtilmektedir⁶⁹. Taraflar sözleşmeye bir devlete ait olmayan hukukun veya kuralların (örneğin, hukukun genel ilkelerinin veya *lex mercatoria*’nın) uygulanacağını kararlaştırdıklarında, bu seçim, bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecektir. Bu nedenle sözleşmedeki böyle bir ifade Türk hâkimi tarafından (somut olayda böyle bir yorumu engelleyecek bir veri yoksa) bir referans veya dâhil etme (*incorporation*) olarak yorumlanmalı ve bu hükümler uygulanacak hukukun emredici hukuk kuralları ile sınırlanarak birer sözleşme şartı gibi uygulanmalıdır⁷⁰.

(2) Açık Veya Zımnî Hukuk Seçimi

MÖHUK md. 24 sözleşmenin taraflarına hem açık hem zımnî olarak hukuk seçimi yapma imkânını vermektedir⁷¹. Maddenin ilk fıkrasında bu husus şu şekilde düzenlenmiştir: “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir*”.

MÖHUK md. 24/1 c. 2 gereği zımnî hukuk seçiminin üç unsuru mevcuttur. Bunlar, (1) tarafların hukuk seçimi yönündeki iradeleri; (2) tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından anlaşılması; (3) tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmasıdır⁷². Tereddüde yer bırakmayan hukuk seçiminin

⁶⁸ Doğan, MÖH, s. 407.

⁶⁹ Şanlı, Esen ve Ataman - Fıganmeşe, ss. 279-280; Çelikel ve Erdem, ss. 358-359; Can ve Toker, s. 444; Demirkol, s. 115.

⁷⁰ Şanlı, Esen ve Ataman - Fıganmeşe, ss. 279-280; Çelikel ve Erdem, s. 359; Can ve Toker, s. 444; Demirkol, s. 116.

⁷¹ Mülga 2675 sayılı MÖHUK eski md. 24 sözleşmenin taraflarına yalnızca açık hukuk seçimini yapma imkânını tanımaktaydı, zımnî hukuk seçimi imkânının tanınmaması hemen bütün Türk öğretisi tarafından, yabancı unsurlu sözleşmelerdeki taraf iradesinin öneminden ve “zımnî hukuk seçiminin” de gerçek bir taraf iradesi olduğundan eleştirilmekte idi. 5718 sayılı MÖHUK’un 24. maddesinin birinci fıkrası bütün bu eleştirileri karşılayan, Roma Sözleşmesi’nin ve diğer milletlerarası özel hukuk kanunlarının düzenlemesine paralel olan bir düzenleme getirmiştir. Çelikel ve Erdem, s. 357.

⁷² Demirkol, ss. 153- 154.

kesin sınırlarını çizmek mümkün görünmemektedir. Bu bakımdan somut olaya göre sonuca ulaşılabacaktır. Öğretide buna dair şu örnekler verilmektedir: Lloyd deniz sözleşmesi gibi ilke olarak belli bir hukuka tâbi olan standart sözleşme şartlarının kullanılmış olması, taraflar arasında daha önce yapılan benzer sözleşmelerde aynı devletin hukukunun seçilmiş olması ya da aynı devlet mahkemelerinin yetkilendirilmiş olması o devletin hukukunun zımnî olarak seçildiğini gösterebilir⁷³. Öğretide sözleşmenin diğer unsurları da gözetilmek şartıyla yetki sözleşmesinden tarafların uyuşmazlığı yetkili kıldıkları mahkemenin devletin hukukuna tâbi kılmak istediklerinin anlaşılmasının ya da sözleşmede bir hukukun belli kurallarına atıf yapılmış olmasının da örtülü hukuk seçimine işaret olduğu belirtilmektedir⁷⁴. Bununla birlikte, bir devletin mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşmasından, bu devletin hukukunun da seçildiği anlamını çıkartmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁷⁵. Ayrıca açık bir hukuk seçiminin yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, dâvada, tarafların sundukları dâva dilekçelerindeki karşılıklı iddia ve savunmaların münferit bir devlet hukukuna dayanılarak beyan edilmiş olması durumunda, hâlin şartlarından “*tereddüde yer verilmeyecek*” biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçiminden söz etmenin mümkün olduğuna da dikkat çekilmektedir⁷⁶.

Burada dikkat edilmesi gereken husus yetki sözleşmesinin, hukuk seçimine işaret edebilmesi için tek başına yeterli olmadığıdır. Bu bağlamda yetki sözleşmesinin hukuk seçimine güçlü karine teşkil edebilmesi için sözleşmenin kuruluş yeri ve ifa yeri ile yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin bulunduğu devletin örtüşmesi gerekir⁷⁷. Kanun koyucu hukuk seçimini belli bir şekle tâbi tutmamıştır⁷⁸.

Md. 24/1 örtülü hukuk seçimine imkân vermekle birlikte, tarafların farazî iradelerinden yola çıkarak hukuk seçimi yapabileceklerine izin vermemektedir. Zira

⁷³ Nomer, s 319; 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**, Cilt: 22, Sayı: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt: II, ss. 1503 – 1504; Can ve Toker, s. 446.

⁷⁴ Nomer, s 319; Karaca, ss. 1503 – 1504; Can ve Toker, s. 446.

⁷⁵ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, ss. 276 - 277.

⁷⁶ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, ss. 276 - 277.

⁷⁷ Karaca, s. 1504; Tarman, s. 150.

⁷⁸ Nomer, s. 317.

farazî hukuk seçimi, zımnî hukuk seçiminden farklı olarak, tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır⁷⁹.

Hukuk seçiminin açık olarak yapıldığı durumlarda, seçimin yapıldığı anın tespitinde herhangi bir sorun ile karşılaşılmaz. Fakat hukuk seçimi zımnî olarak yani sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından anlaşılması durumunda, hukuk seçiminin hangi anda yapılmış sayılacağına belirlenmesi biraz zor olacaktır. Bu nedenle, öğretide, taraflarca zımnî hukuk seçimi yapıldığı takdirde, hukuk seçiminin yapıldığı anın hâkim tarafından her somut olayın özelliklerine göre belirleneceği belirtilmektedir⁸⁰.

(3) Kısmî Hukuk Seçimi

MÖHUK md. 24/2’de tarafların sözleşmeden doğan ilişkilerine uygulanacak hukuku parçalayabilecekleri; yani sözleşmenin muayyen kısımlarına uygulanmak üzere farklı hukukları seçebilecekleri kabul edilmiştir (*kısmî hukuk seçimi*). Böylece taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak için seçtikleri hukukun, sözleşmenin tamamına uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi sadece belirli bir kısma uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Bu durumda birden fazla hukukun uygulanmasının da mümkün olduğu ve inşaat sözleşmeleri gibi ifası uzun zaman gerektiren ve ev sahibi devlet hukukuyla sıkı ilişkili olan, örneğin boru hattı ya da tünel inşaatı gibi farklı devletlerde ifası gereken sözleşmelerde bu parçalanmanın gerekli ve ihtiyaca uygun olduğu belirtilmektedir⁸¹. Uygulamada, kısmî hukuk seçiminin üç biçimde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir⁸². Bunlar, (1) her iki tarafın borçlarının ayrı hukuklara tâbi tutulması; (2) sözleşme içindeki belli bir hususun ayrı bir hukuka tâbi tutulması; (3) sözleşmesel ilişkide belli bir devlette yapılması gereken bir işlemin o devletin hukukuna tâbi tutulmasıdır⁸³. Bu bağlamda yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde, taraflar iş sahibi ve yüklenicinin hak ve yükümlüklerini iş sahibinin veya yüklenicinin bulunduğu yer hukukuna, sözleşmenin

⁷⁹ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 277; Doğan, MÖH, s. 404; Can ve Toker, s. 447; Karaca, s. 504; Çınar, 45.

⁸⁰ Demirkol, s. 197.

⁸¹ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 278; Tekinalp ve Uyanık- Çavuşoğlu, s. 279; Can ve Toker, s. 447; Karaca, s. 1504; Demirkol, ss. 194- 195; Çınar, s. 45.

⁸² Demirkol, s. 193.

⁸³ Demirkol, s. 193.

ifasına dair hükümleri ise yüklenicinin edimini ifa edeceği yer hukukuna, sözleşmenin sona ermesine dair hükümleri iş sahibinin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutabilirler. Kısmî hukuk seçimi sözleşmenin ve uygulanacak hukukun mantıklı tutarlığını ortadan kaldırmamalı, sözleşmenin genel, çekirdek hükümleri aynı hukuka tâbi tutulmalıdır. Örneğin sözleşmenin ifası, yorumu veya ayıba karşı tekeffül ya da bir endeks maddesinde kısmî hukuk seçimi mümkün iken, sözleşmenin ihlali taraflar bakımından farklı hukuklara tâbi kılınmamalıdır⁸⁴.

Öğretide, sözleşmenin bir bölümü için kısmî hukuk seçimi yapılmış iken, kalan bölüm için herhangi bir devletin hukukunun seçilmemiş olması durumunda, kısmî hukuk seçiminin sözleşmenin geneline uygulanmayacağı belirtilmektedir⁸⁵. Diğer bir ifadeyle, tarafların sözleşmenin bir kısmı için hukuk seçimi yapmış olmaları, sözleşmenin kalan kısmına da bu hukuk seçimini uygulamak istedikleri anlamına gelmez. Böyle bir durum, tarafların sözleşmenin kalanını bu hukuka tâbi tutmak istememesi şeklinde yorumlanır⁸⁶.

Söz konusu maddenin üçüncü fıkrası, hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, taraflar her zaman hukuk seçimini yapabilecekleri gibi yaptıkları hukuk seçimini de değiştirebilirler (MÖHUK md. 24/3). Taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku genellikle sözleşmenin kurulması sırasında kararlaştırırlar. Ayrıca kanun koyucu taraflara hukuk seçimini sonradan, hatta dâva aşamasında yapma ve değiştirme imkânını vermektedir⁸⁷. Md. 24/3 gereği tarafların borç sözleşmesinin kurulmasından sonra yaptıkları hukuk seçimi, üçüncü kişilerin kazanılmış hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerlidir.

c. Hukuk Seçimine Dair Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Hukuk seçimine dair ortaya çıkabilecek sorunlardan biri de öğretide, yapılan hukuk seçimine dair sözleşmenin geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği hususuna ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, tarafların iradelerinde irade sakatlığının (hata,

⁸⁴ Karaca, s 1504.

⁸⁵ Güngör, s. 96; Demirkol, s. 196 – 197.

⁸⁶ Demirkol, s. 197.

⁸⁷ Nomer, s. 313; Can ve Toker, s. 272.

hile, ikrah veya gabin) söz konusu olup olmadığı, hususu hangi hukuka göre belirlenecektir. Belirtmek isteriz ki, Türk hukukunda konuya dair çözüm getiren bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bazı devletlerin hukuk sistemlerinde hukuk seçiminin geçerliliği asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına bağlanmaktadır. Bu bağlamda, asıl sözleşme geçersiz ise taraflarca yapılan hukuk seçimi de geçersiz sayılmaktadır. Bu durumun, asıl sözleşmenin geçersiz sayıldığı hallerde, tarafların hak ve borçlarını düzenleyecek hukukun önceden belirlenemeyeceğinden belirsizlik yaratacağı belirtilmektedir⁸⁸. Buna karşılık bazı devletlerin hukuk sistemlerinde ise hukuk seçimine dair sözleşme veya sözleşmede yer alan şart, asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda asıl sözleşme kısmen veya tamamen geçersiz sayılsa dahi hukuk seçimine dair sözleşme veya şart geçerliliğini korur. Yeter ki asıl sözleşmenin geçersizliğine dair hüküm hukuk seçimine dair şartı da kapsamış olmasın. Bu durumda hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın hukukî sonuçlarının hangi hukuka göre tespit edileceği belirlenmelidir. Konuyla ilgili farklı görüşler de mevcuttur. Bunlardan biri, hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın taraflarca seçilen hukuka tâbi olacağı yönündedir. Meselâ, taraflar aralarındaki sözleşmeye Türk hukukunun uygulanacağını seçmişlerse, bu hukuk, hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın geçerliliğine de uygulanır. Bu bağlamda, seçilen hukuka göre hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın geçersizliğine karar verildiği takdirde, geçersizliğin hukukî sonuçları da o hukuka göre belirlenecektir. Bizim olayda hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın geçersizliğinin hukukî sonuçları Türk hukukuna göre belirlenmiş olacaktır⁸⁹. Bu görüşü savunanlar, hukuk seçimine dair sözleşmenin akdedildiği veya şartın öngörüldüğü anda, çoğu zaman hangi hukukun *lex fori* yani hâkimin hukuku olarak hukuk seçimine dair sözleşmenin geçerliliğine uygulanacağını bilinmediğini belirtmektedirler⁹⁰. Bu nedenle hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olması gerektiğini ifade etmektedirler.

Konuya dair bir diğer görüş “*asıl sözleşmenin hükümleri ve geçerliliği tarafların seçmiş olduğu hukuka tâbi iken, taraflara yetkili hukuku belirleme*

⁸⁸ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 281.

⁸⁹ Nomer, s. 312; Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, ss. 281-282.

⁹⁰ Nomer, s. 312.

hususunda irade serbestisi tanınıp tanınmadığı, tanınıyor ise, bu serbestinin sınırlarının hâkimin hukukuna göre tespit edilmesi”⁹¹ gerektiği yönündedir. Diğer bir ifadeyle hukuk seçimine dair sözleşmenin veya şartın geçerliliği hâkimin hukukuna (*lex fori*’ye) tâbi tutulmalıdır⁹². Bu görüşü savunanlar ise, milletlerarası özel hukuk ilişkilerinde, taraflara yetkili hukukun belirlenmesi hususunda irade serbestisi tanınırken, mahkemenin hukukundan farklı bir hukukun seçilmesi hususunda bir serbesti tanındığından, bunun geçerliliğinin ve sınırlarının, serbestiyi tanıyan hukuka, yani *lex fori*’ye tâbi olmasının hukuk mantığına uygun olacağını belirtmektedirler⁹³. Yazar aynı zamanda bu çözümün sakıncaları olarak, hukuk seçiminin geçerliliği hakkında hâkimin hukukunun dikkate alınmasının doğuracağı sorunlara da yer vermiştir. Bu bağlamda uyuşmazlığın hangi devlet mahkemesinde görüleceği belli olmayan hallerde, *lex fori*’nin tanıyacağı irade serbestisi, tarafların beklemediği ve arzulamadığı sonuçları doğurabileceği ifade edilmektedir⁹⁴. Buna karşılık, hukuk seçimine dair sözleşmenin geçerliliği, taraflarca seçilen hukuka tâbi olursa, bu durumda da bazı sakıncalı sonuçların ortaya çıkabileceğine dikkat çekilmektedir. Meselâ, hukuk seçimi hususunda iradesi bulunmadığını iddia eden tarafın bu itirazı, yine seçildiği iddia edilen hukuka göre değerlendirilecektir. Taraflardan birinin, diğer tarafın hukuk seçimi yönündeki teklifine cevap vermemesi durumunda, teklifte belirtilen hukuk, söz konusu hukuk seçiminin geçerli olup olmadığına karar verecektir⁹⁵. Akıncı, buna engel olmak için İsviçre MÖHUK’unun 123. maddesinde kendisine yapılan icap karşısında sessiz kalan tarafın, mutad meskeni hukukunda sukuta verilen anlamın uygulamasını isteme hakkının bulunduğunu belirtmiştir⁹⁶. Ayrıca belirtilmelidir ki, MÖHUK md. 32/2 gereği taraflardan birinin davranışına hüküm tanıyıp tanımama konusunda, irade beyanının varlığına ve bu bağlamda sözleşmenin kurulmasına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanır. Fakat bunun için, taraflardan birinin

⁹¹ Akıncı, İnşaat, s. 75.

⁹² Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 282.

⁹³ Akıncı, İnşaat, s. 75.

⁹⁴ Akıncı, İnşaat, s. 75.

⁹⁵ Akıncı, İnşaat, s. 75 – 76.

⁹⁶ Akıncı, İnşaat, s. 75 – 76, dpn. 175. İcap karşısında susmanın ne anlama geldiği hususunda hukuk düzenleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Alman hukukunda icap karşısında susma kabul anlamına gelirken (HGB §362/1-1); Fransız hukukunda susmanın kabul anlamına gelmesi için bütün ayrıntılarıyla susma (*silence circonstancié*) olması gerekir. İngiliz hukukunda ise susma ilke olarak alıcıyı bağlamaz. Doğan, MÖH, s. 417, dpn. 328.

davranışına hüküm tanımanın, sözleşmeye uygulanacak hukuka (sözleşme statüsüne) tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağının hâlin şartlarından anlaşılması şartı aranmıştır⁹⁷.

1986 tarihli milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon md. 10/1’de hukuk seçimine uygulanacak hukukla ilgili karma bir sistem benimsemiştir. Buna göre, hukuk seçimine dair sözleşme veya şart, seçimi geçerli kılıyorsa seçilen hukuk; seçilen hukuk seçimi geçerli kılmıyorsa, md. 8 (hukuk seçimi yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralı) uygulanacaktır⁹⁸. Türk öğretisinde *Doğan*, söz konusu Konvansiyondaki görüşün benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Fakat hukuk seçiminin geçersiz olduğu hallerde hukuk seçimine dair sözleşmeye veya şarta, tarafların müşterek “bir” hukukunun uygulanacağını belirtmektedir⁹⁹.

Öğretide hukuk seçimine dair sözleşmeye veya şarta, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecek hukuk seçimi sözleşmesinin *proper law*’unun (uygun hukukun) uygulanması gerektiğini savunan bir başka görüş de mevcuttur. Buna göre taraflar hukuk seçimine dair sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını seçmemişlerse, çoğu zaman da bu böyle olmakta, yazar, hukuk seçimine dair sözleşmede karakteristik edim bulunmadığı için, bu hukukî ilişkiye, hukuk seçiminin en sıkı ilişkide olduğu hukukun uygulanmasını gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰. Böylece, meselâ, Almanyalı bir iş sahibi ile bir Türk yüklenici, inşaatı Türkiye’de yapılacak bina inşaatı sözleşmesi için Almanya’da müzakere yapar, bu sözleşmeyi Almanya’da imzalar ve Alman mahkemelerini yetkili mahkeme olarak seçerlerse, asıl inşaat sözleşmesinin en sıkı ilişkide olduğu hukuk Türk hukuku olmasına rağmen (şöyle ki, karakteristik edim borçlusu da Türkiye, sözleşmenin ifa yeri de Türkiye’dir), bu sözleşmenin tâbi olacağı hukuku belirleyecek hukuk seçimine dair sözleşmenin en sıkı ilişkide olacağı hukuk Alman hukuku olacaktır. Zira taraflardan biri Alman’dır, hukuk seçimi Almanya’da müzakere edilmiş, orada imzalanmış ve uyuşmazlık çözümünde Alman Mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

⁹⁷ Şanlı, Esen ve Ataman - Fıganmeşe, s. 313.

⁹⁸ Bilgin Tiryakioğlu, “Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 1994, s. 125 (Menkul Mallar); Demirkol, s. 30.

⁹⁹ Vahit Doğan, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005 (Akreditif), ss. 169 vd.

¹⁰⁰ Demirkol, ss. 40-41.

Hukuk seçimine dair sözleşmenin geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği sorusu taraflarca kısmî hukuk seçimi yapıldığı hallerde de ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda öğretide savunulan ilk görüşe göre sözleşmenin geçerliliğini her kısım için seçilen hukuka göre değerlendirmenin yerinde olacağı belirtilmektedir¹⁰¹.

Kanaatimizce, hukuk seçimine dair sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde sözleşmenin *proper law*'sunun (uygun hukukun) uygulanması gerektiğine dair görüş daha isabetlidir. Zira, taraflar, sözleşme şartlarını belli bir devlette müzakere ederken, imzalarken, o genellikle, taraflardan birinin devleti olduğundan, o devletin hukukunu dikkate alarak yetkili hukuku seçerler. Bu bağlamda, aralarında yapılan "*hukuk seçimine*" irtibatların daha çok toplandığı devletin hukukunun uygulanacağını beklerler. Bu açıdan bakıldığında, "*hukuk seçimine dair sözleşmenin*" geçerliliğine sözleşmenin *proper law*'sunun (uygun hukukun) uygulanması tarafların beklentilerine uygun sonucu verebilir.

Hukuk seçimi ile seçilen yabancı hukukta, hukuk seçiminden sonra meydana gelen değişikliklerin hukuk seçimine etkisi uygulamada önem arz eden meselelerden biridir. Bu meselenin çözümü için seçilen yabancı hukuka bakılmalıdır. Tarafların seçtikleri yabancı hukukta, hukuk seçiminden sonra meydana gelen değişikliklerin geçmişe etkili olacağı kabul edilmişse, hukuk seçimi de bu değişikliklerden etkilenecektir ve buna bağlı olarak sözleşme ile üstlendikleri hak ve borçlarında değişiklikler meydana gelebilecektir. Bu durumun önüne geçebilmek için uygulamada, hukuk seçimi yapılırken tarafların sözleşmeden doğan ilişkilerini sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuka sabitleyen "*istikrar klotu*" (*stabilization clause*) olarak adlandırılan kayıtları sözleşmeye koymalarını önerilmektedir. Fakat yabancı hukuktaki değişikliklerin geçmişe etkili olacağı kabul edilmemiş olsa dahi, bu değişiklikler yabancı hukuk bakımından kamu düzenine ilişkinse, tarafların hukuk seçimlerini sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuk ile sabitlemeleri de taraflara bir yarar sağlamayacaktır¹⁰².

¹⁰¹ Nomer, s. 312; Tekinalp ve Uyanık- Çavuşoğlu, s. 276; Yusuf Çalışkan, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 80; Çınar, s. 47.

¹⁰² Çelikel ve Erdem, s. 358; Can ve Toker, ss. 448-449; Aksi görüş için bkz. Nomer, ss. 314 – 315. Yazar, bu durumu seçilen hukuk nizamındaki emredici hükümlerden kaçma imkânını sağladığı için tasvip edilemez görmektedir.

Bilindiği üzere inşaat sözleşmeleri genellikle şemsiye sözleşme niteliğini taşır. Şöyle ki, tarafları ve konusu aynı olmayan fakat aynı proje kapsamında yapılan birden fazla sözleşme bulunabilir. Meselâ, iş sahibi devlet tünelinin inşaatını parça parça farklı yüklenicilere ihale ile vermiş olabilir. Rayların imal ve inşası bir şirkete, vagonların imal ve montaj işi bir diğer şirkete, elektrifikasyon ve sinyalizasyon başka bir şirkete verilmiş ve bunların her biri ile ayrı sözleşmeler yapılmış olabilir; yükleniciler ise çeşitli alt yüklenicilerle sözleşme yapmış olmalarının yanı sıra malzeme ve araç gereç temini için farklı sözleşmeler, projeyi finanse etmek için bankalarla kredi sözleşmeleri yapmış olabilirler. Tarafları ve konusu birbirinden farklı, fakat aynı inşaat projesi kapsamında yapılan bu tür sözleşmeler projenin uyumlu bir şekilde yürütülmesi, sözleşmelerdeki edimler arası uyumun sağlanması için aynı hukuka tâbi tutulması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur¹⁰³.

2. Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)

a. “Karakteristik Edim” Kavramı

Tarafların açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilecektir. Öğretide, yabancı unsurlu borç sözleşmelerinin tâbi olacağı hukuk belirlenirken taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri, sözleşme taraflarının vatandaşlığı veya işyerleri yahut ikametgâhları veya mutad meskenleri, hâkimin hukuku (*lex fori*) gibi muhtelif bağlama kurallarının esas alınması teklif edilmiştir¹⁰⁴. MÖHUK md. 24/4, taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun yetkili olacağını öngörmektedir¹⁰⁵. Madde, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan devletin hukukun nasıl tespit edileceğini de düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmeyi karakterize

¹⁰³ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 290; Şanlı, Akitler, ss. 50 – 51; Karaca, s. 1505.

¹⁰⁴ Tekinalp ve Uyanık - Çavuşoğlu, s. 362.

¹⁰⁵ 5718 sayılı MÖHUK, mülga 2675 sayılı MÖHUK md. 24’e getirilen bütün eleştirileri göz önüne alan ve karşılayan bir objektif bağlama kuralı getirmiştir. Roma Sözleşmesi ile İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Federal Kanunu’nun hükümlerine benzer şekilde düzenlenen md. 24/4’teki “objektif bağlama kuralı”, MÖHUK’daki sistemi değiştirmiştir. Çelikel ve Erdem, s. 359.

eden “*karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku*” sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuktur. Ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise “*karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukuku*”, işyerinin bulunmaması halinde ise yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyeri bulunmakta ise söz konusu sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuktur. Bu hukuk, sözleşmenin kurulduğu ana göre tespit edilecektir.

Objektif bağlama kuralının belirlenmesinde karine olarak düzenlenen “*karakteristik edim borçlusu*” kavramındaki “*karakteristik edim*”, sözleşmeyi karakterize eden, ona ağırlığını veren edimdir. Karine olarak para ediminin karşılığındaki edim karakteristik edimdir¹⁰⁶. Karakteristik edim, sözleşmenin kurulma nedeni olan, borç ilişkisinde açık şekilde üstün rolü oynayan ve sözleşmeye damgasını vuran edimdir. Sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edici yönünü belirten, sözleşmenin adını oluşturan eylemi gerçekleştiren kişinin edimidir¹⁰⁷. İsviçre hukukunda, öğreti ve uygulamada ulaşılmış başka bazı kriterlerin varlığından ve bunlarında İsviçre MÖHUK altında kullanılan kriterler olduğundan söz edilmektedir¹⁰⁸. Bu bağlamda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafında edimi para ise veya her iki tarafın edimi paradan başka bir şey ise, en fazla riski veya en fazla sorumluluğu alma kriterine başvurulabileceği belirtilmektedir. Yine her iki tarafın ediminin para olmadığı hallerde bir sanatçının eserini satın almak isteyen dış hekiminin, karşılığında sanatçıya dış tedavisi önermesi örnek gösterilerek, hangi tarafın ediminin diğer taraf için ödeme olarak kabul edileceğinin araştırılması, para ediminin karşısındaki edim karakteristik edim olduğu kriterini tamamlamaya yönelik bir yan kriter önerilmektedir¹⁰⁹. Bu son durumda ödeme yerine geçen edimin karşı edimi karakteristik edim olarak kabul edilecektir. Bu sorun kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde önem arz eder¹¹⁰.

¹⁰⁶ Nomer, s. 318.

¹⁰⁷ Demirkol, s. 218.

¹⁰⁸ Güngör, s. 231.

¹⁰⁹ Güngör, s. 231.

¹¹⁰ Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci bölüm, II. A. 2. b. (5).

Her iki tarafın da borcunun para borcu olduğu sözleşmelerde, karakteristik edimin en fazla riski ya da sorumluluğu alan tarafın edimi olduğu belirtilmektedir¹¹¹. Buna örnek olarak banka kredi sözleşmeleri verilmektedir. Karakteristik edimin sözleşmenin taraflarından daha fazla riski üstelenen tarafın edimi olması özelliği, sadece iki tarafın borcunun para borcu olduğu durumlarda değil, iki tarafın borcunun para olmadığı hallerde de geçerlidir. Bu tür durumlarda karakteristik edimin riske göre belirlenmesinin nedeni olarak, daha fazla risk taşıyan kişinin sözleşmeyi daha yoğun biçimde üstlenmesi belirtilmektedir¹¹².

b. Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerinde Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti

(1) Mülga 2675 sayılı MÖHUK'daki Düzenleme

Mülga 2675 sayılı MÖHUK sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde objektif kriter olarak karakteristik edim borçlusunun “*ifa yeri*”ni esas almakta idi. Belirtmek gerekirse, mülga MÖHUK’da “*Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır*” şeklinde hüküm bulunmakta idi.

Öğretide, mülga MÖHUK düzenlemesinde bağlama noktası olarak kullanılan ifa yeri hukukunun işlem menfaatini gerçekleştirmeyi amaçlayan bir bağlama noktası olduğu; sözleşmeden doğan ilişkiler incelendiğinde uygulanacak hukuku belirleyecek bağlam noktası tespit edilirken işlem menfaatinden ziyade taraf menfaatine önem verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹³. Bu nedenle inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde “*ifa yeri*” kavramı yerine, taraf menfaatini gerçekleştirmeyi amaçlayan bir bağlama noktasının esas alınmasının daha isabetli bir sonuç verebileceği belirtilmiştir¹¹⁴. Zira burada karakteristik edim

¹¹¹ Güngör, ss. 176, 231; Akıncı, İnşaat, s. 84, dpn. 210; Sargın, Karakteristik Edim, s. 49.

¹¹² Sargın, Karakteristik Edim, s. 50; Demirkol, s. 220.

¹¹³ Akıncı, İnşaat, s. 90; Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, ss. 41-44; Sargın, Karakteristik Edim, ss. 85-86, dpn. 171.

¹¹⁴ Akıncı, İnşaat, s. 90.

borçlusunu esas alarak bağlama noktasını belirlemekle, aslında karakteristik edim borçlusunun inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin daha iyi bildiği hukukun esas alınarak taraf menfaatinin gerçekleşmesi sağlanmaktadır. Bu durumun özellikle, anahtar teslimi bir fabrika inşaatı örneğinde olduğu gibi inşaatın önemli bir bölümünün yüklenici şirketin merkezinin bulunduğu devlette yapıldıktan sonra, sadece monte edilmek için inşaatın yapılacağı devlete getirilmesi durumunda, uygulanacak hukukun sözleşmenin ağırlık merkezi dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ve bu tür durumlarda ağırlık merkezinin yüklenicinin mutad meskeninin bulunduğu devlet olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵. Oysa, inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk belirlenirken karakteristik edim borçlusunun edimini ifa ettiği yer esas alınarak, sözleşmeye fiilen inşaatın yapıldığı yer hukuku uygulanmakta ve bu hukukta normal olarak iş sahibinin hukuku olmaktadır. Bu nedenle, karakteristik edim borçlusu olarak yüklenici esas alınmakta ise ve karakteristik edim borçlusu sıfatıyla yükleniciye yakın olan hukukun tespit edilmesi yoluyla taraf menfaati gerçekleştirilmek amaçlanıyorsa, karakteristik edim borçlusunun edimini ifa ettiği yer hukuku değil, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının yerinde olacağına dikkat çekilmektedir¹¹⁶.

İfa yerinin doğurabileceği sorunlara örnek olarak alt yüklenicilik sözleşmesi şeklinde yapılan yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti sırasında ortaya çıkabilecek sorunlar gösterilmiştir. Bu bağlamda İsviçreli yüklenici şirketin Libya’da gerçekleştirdiği inşaat projesinde Türk şirketiyle alt yüklenicilik sözleşmesi akdedildiği durumda, alt yüklenicilik sözleşmesi bakımından yüklenici ve karakteristik edim borçlusu olan Türk şirketinin işyerinin bulunduğu Türk hukuku yerine ifa yeri olan Libya hukukunun uygulanmasının ne Türk ne de İsviçreli yüklenicinin beklentisine uygun olacağı ve yararını sağlayacağı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda mülga MÖHUK düzenlemesinde yer alamayan “*mutad mesken*” bağlama noktasının ve “*daha sıkı ilişkili hukuk*” bağlama noktasının istisna kuralı olarak kanuna eklenmesi teklif edilmiştir¹¹⁷.

¹¹⁵ Ch. Wiegand, **The applicable Substantive Law in the Case of International Construction Contracts. The Application to Constructions in Private International Law**, ICLR 149, 1989, s. 87 aktaran Akıncı, inşaat, s. 79, dpn. 225.

¹¹⁶ Akıncı, İnşaat, ss. 90-91.

¹¹⁷ Akıncı, İnşaat, s. 85 dpn.215, s. 93.

Bilindiği üzere taraf menfaatinin sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanındaki en önemli yansıması taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı ve sosyal amacın bulunduğu sözleşmelerde ise zayıf tarafın korunmasına yönelik düzenlemelerdir¹¹⁸. Günümüzde bazı millî hukuk düzenlemelerinde ticarî sözleşmelerin zayıf tarafının da koruyucu emredici hukuk kurallar altında değerlendirildiği bildirilmekte, bunun yanı sıra gelişmiş devletlere ait yabancı şirketlerle, gelişmekte olan devletler arasında yapılan yatırım sözleşmelerinde, gelişmekte olan devletin sözleşmenin tarafı olduğu ve pazarlık gücünün yabancı şirkete nazaran zayıf olması nedeniyle, hukukî durumunun da tüketicilerden farklı olmadığı öğretilde ifade edilmiştir¹¹⁹. Bununla birlikte, milletlerarası hukukun koruma amacının ticarî sözleşmelerin zayıf tarafını da kapsadığı ve ticarî sözleşmenin zayıf tarafının menfaati karşı tarafın menfaatine nazaran yükselen bir değer olarak milletlerarası özel hukukta kabul edilip, milletlerarası toplumun menfaati çerçevesinde değerlendirilen milletlerarası bir genel görüş düzeyine ulaşmadıkça, bu konunun kapsamlı bir şekilde ve geniş ölçüde değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir¹²⁰.

Diğer taraftan ticarî sözleşmelerde her iki taraf işinin, mesleğinin gereği bu sözleşmeyi yaptıklarından, bir tarafın diğerine nazaran öncelikle korunan bir menfaati olmadığı yani zayıf tarafın korunmasının gerektiği sözleşme tiplerinden olmadığı belirtilerek, yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri gibi sözleşmelerde taraf menfaatinden hareketle işyeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşüne katılmayan yazarlar da mevcuttur¹²¹.

Milletlerarası özel hukuk öğretisinde inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitinde “*Lex Rei Sitae*” ilkesinin dikkate alınması gerektiğini savunan görüş de mevcuttur¹²². Bu görüşü ileri süren *Kegel*, iç düzen menfaatinin varlığından bahsederek, inşaat sözleşmelerinde işin yapıldığı yer hukukunun dikkate alınmasının ve taşınmaz üzerinde yapılacak inşaatın taşınmazın bulunduğu devlet hukukuna tâbi olmasının doğru olacağını ifade etmiştir¹²³. Bu görüş doktrinde, nisbî nitelikte olan sözleşmelere uygulanacak hukuk tespit edilirken, aynî nitelikli uyumsuzluklara

¹¹⁸ Güngör, s. 219; Karaca, s. 1513.

¹¹⁹ Güngör, s. 221, dpn.138.

¹²⁰ Güngör, s. 222.

¹²¹ Karaca, s. 1513.

¹²² Gerhard Kegel, *Die Bankgeschäfte im deutschen internationalen Privatrecht* in: *Gedachnisschrift für Rudolf Schmidt*, Berlin, 1966, s. 223, aktaran Akıncı, İnşaat s. 79.

¹²³ Kegel, s. 223 aktaran Akıncı, İnşaat, s. 79.

uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktasının kullanılmasının hatalı olduğu, taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²⁴.

Bu bağlamda, taşınmazın bulunduğu yer ile inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin ifa yeri her ne kadar aynı yer olsa dahi, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde taşınmazın bulunduğu yerin bağlama noktası olarak kullanılmasının yanlış olduğu belirtilmiştir¹²⁵. Zira taşınmaza dair sözleşmelerde sözleşmenin konusu taşınmaz iken, inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin konusu inşaatın yapılmasıdır.

(2) Yeni 5718 sayılı MÖHUK'daki Düzenleme

Yeni 5718 sayılı MÖHUK taslağı hazırlanırken, yukarda belirtilen mülga MÖHUK'daki sözleşmelere uygulanacak hukuka dair hükümlere ilişkin öğretideki eleştiriler dikkate alınarak taraf menfaatini esas alan bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre *“ taraflar hukuk seçimini yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle 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 ”* şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi inşaatı meydana getirmek ve teslim etmektir, iş sahibinin edimi ise bunun karşılığında ücret ödemektir. Bu bağlamda, ekonomik faaliyet nedeniyle mesleği icra eden, ticarî faaliyeti gerçekleştiren ve paranın karşılığında yerine getirilen karakteristik edimin yüklenicinin edimi olduğu öğretide kabul edilmiştir¹²⁶. Fakat belirtilmelidir ki, her ne kadar iş sahibinin edimi yüklenicinin yaptığı iş karşılığı ona belirli bir bedelin ödenmesi olsa da milletlerarası ticarî uygulamalarda,

¹²⁴ Akıncı, İnşaat, ss. 80-81; Karaca, s. 1514.

¹²⁵ Karaca, s. 1514.

¹²⁶ Nomer, s. 318; Çelikel ve Erdem, s. 361; Karaca, s. 1512; Demirkol, s. 352.

inşaat sözleşmelerinin içeriği incelendiğinde bu tür sözleşmenin çok daha karmaşık bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Zira bu tür ilişkide iş sahibi, yalnızca yükleniciye bir miktar parayı ödemekle sınırlı kalmamakta, bunun yanı sıra işin projelendirilmesi, hakkeşlerin verilmesi esnasında işin denetlenerek sözleşmeye uygun evrakın düzenlenmesi, bazen birkaç kredi kuruluşu ile ilişkiye girerek işin finanse edilmesinin sağlanması gibi işin yapılabilmesi için gerekli ve son derecede karmaşık bir edimi yerine getirmek durumundadır¹²⁷. Bu durumda yüklenicinin ediminin, net bir şekilde karakteristik edim olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu tereddütlere yol açan bir diğer neden inşaat sözleşmelerinin işleyiş şekline baktığımızda, işin tamamlanabilmesi için yüklenici ile iş sahibinin yoğun bir işbirliği içerisinde olduğunu görebiliriz. Şöyle ki, yüklenici sözleşme gereği üstlendiği edimi ifa ederken, sürekli olarak iş sahibi ile veya iş sahibine yardımcı olan müşavir şirket ile danışmak, yardım veya bilgi almak amacıyla müracaat etmekte, bu durum yüklenici ile iş sahibinin işin ifası sürecindeki işbirliği ve her iki tarafın edimlerinin birbirine mündemiç hale geldiğini açıkça ortaya çıkarmaktadır¹²⁸. Bununla birlikte her ne kadar yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ile yüklenicinin edimleri arasındaki çizgi, diğer iş görme sözleşmelerinden daha belirsiz halde olsa dahi, yükleniciye gittikçe teminat ve sigorta gibi daha karmaşık ve artan sorumluluklar yüklendiği dikkate alınarak, yüklenicinin ediminin karakteristik edim olarak esas alınmasının daha hakkaniyetli olacağı ifade edilmektedir¹²⁹.

Diğer taraftan yüklenicinin edimini karakteristik edim yapan hususun karşı tarafın edimlerinin ağırlığı değil, sözleşmenin kurulma amacı olduğu belirtilmektedir¹³⁰. Bu çerçeveden bakıldığında, iş sahibinin kredi bulmak, danışmanlık yapmak gibi edimlerinin sözleşmenin ana amacına hizmet ettiği, fakat sözleşmenin ana amacını oluşturan husus olmadığı açıktır. Bu nedenle, karakteristik edim borçlusunun yüklenicinin edimi olduğu yönünde tereddüt oluşmaması gerektiği ifade edilmektedir¹³¹.

Objektif bağlama kuralındaki karine esas alındığında, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken, karakteristik edim borçlusu olan

¹²⁷ Akıncı, İnşaat, s. 89.

¹²⁸ Akıncı, İnşaat, ss. 89 – 90.

¹²⁹ Akıncı, İnşaat, s. 90.

¹³⁰ Demirkol, s. 352, dñn. 1200.

¹³¹ Demirkol, s. 352, dñn. 1200.

yüklenicinin “işyeri”, işyeri bulunmuyorsa “yerleşim yeri” hukuku dikkate alınacağı söylenebilir¹³². Bu durumda değerlendirilmesi gereken husus md. 24/4’de bağlama noktası olarak alınan *mutad mesken/işyeri/yerleşim yeri* kavramlarından ne anlaşılması gerektiğidir. “Yerleşim yeri” kavramlarının tanımı 2001 tarih ve 4721 sayılı Tük Medenî Kanununda [TMK] verilmiştir. Bu bağlamda TMK md. 51 gereği “tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir”. Diğer bir ifadeyle, kuruluş belgesinde aksi öngörülmedikçe yüklenicinin işlerini yönettiği yer onun işyeridir¹³³. “Mutad mesken” kavramı Türk hukukuna Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler aracılığıyla, belirtmek gerekirse 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesiyle girmiştir¹³⁴. Mülga 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı MÖHUK’un çeşitli maddelerinde bağlama noktası olarak kullanılan mutad mesken, 2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK’da çeşitli maddelerde yer almaya devam etmiştir. 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun [HMK] kabul edilmesiyle mutad mesken kavramı medenî usûl hukukuna da girmiş bulunmaktadır. HMK’nun 84. maddesinin gerekçesinde, “mutad mesken” kavramı “kişinin tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafyada yoğunlaşması” şeklinde açıklanmıştır. Türk milletlerarası özel hukuk öğretisinde, *mutad mesken* kavramının gerçek ve fiili durumu yansıtan kavram olduğu, bu bağlamda kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi, fiilen oturulan yer ve kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer olarak ifade edilmiştir¹³⁵. Öğretide tüzel kişiler açısından MÖHUK md. 9/4’deki idare merkezi kriterinin esas alınması gerektiği; bu maddenin md. 24/4’de tekrarlanmasından, tereddütlere yol açabileceği gerekçesiyle kaçındığı; gerçek kişi için mutad mesken neyi ifade ediyorsa, tüzel kişiler için MÖHUK md. 9/4’deki idare merkezinin aynı şeyi ifade ettiği belirtilmektedir¹³⁶. Kanun gerekçesinde de belirtilen ifadeler dikkate alındığında, tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması gerektiği sonucunun ortaya

¹³² Çelikel ve Erdem, s. 361; Demirkol, s. 278;

¹³³ Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 35.

¹³⁴ Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 37.

¹³⁵ Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 39.

¹³⁶ Tekinalp ve Uyanık- Çavuşoğlu, s. 350, dpn. 8; Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk s. 57; Can ve Toker, ss. 452- 453.

çıkacağına da dikkat çekilmektedir¹³⁷. Hatta tüzel kişiler açısından, meslekî veya ticarî faaliyet gereği kurulup kurulmadığına bakılmaksızın idare merkezi kriterinin esas alınmasının daha uygun olacağını belirtilmektedir¹³⁸.

Türk hukukunda “işyeri” kavramı ise farklı hukuk dallarında farklı anlamlara gelebilecek şekilde kullanılmaktadır. Bunlardan biri iş hukukudur. Fakat buradaki anlam işverenin işçisine karşı yükümlülüğünü uygulama alanını belirlemek için kullanıldığından, geniş anlaşıldığı, md. 24/4 kapsamında ise “işyeri” kavramının bu kadar geniş algılanmaması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir¹³⁹. Bunun dışında Türk hukukunda “işyeri” kavramı vergi hukukunda ve Türk Ticaret Kanunu’nda [TTK] (TTK md. 11) kullanılmıştır. Bu hukuk alanlarındaki tanımlarda, süreklilik unsuru ön plana çıkmıştır¹⁴⁰.

Bunun dışında “işyeri” kavramının tanımı, Uluslararası Satımlara İlişkin Viyana Sözleşmesi, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü gibi uluslararası kaynaklarda da yer almıştır. Bu kaynakları da inceleyen bazı yazarlar ticarî ve sınaî bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin (fabrika, depo, satış ofisi, merkez, şube gibi) işyeri olarak kabul edilmesinin uygun olacağını ifade etmektedirler¹⁴¹.

Roma I Tüzüğü kanunlar ihtilâfı metni olduğundan “işyeri” kavramının tanımı yapılırken bu kaynaktaki açıklamanın dikkate alınması doğru olacaktır¹⁴². Bu bağlamda, Roma I Tüzüğü md. 19/2 gereği sözleşme bir bayi, acente veya başka bir işyeri tarafından ifa edilecekse, uygulanacak hukuk tespit edilirken bu yer dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda meselâ, Türkiye’deki alt yüklenici, Rusya’da merkezi bulunan asıl yüklenicinin Rusya’da yapılmakta olan inşaat işine kendisinin Kazakistan’daki temsilciliğini dâhil ederse ve ödemeler alt yüklenicinin Kazakistan’daki temsilciliğine yapılırsa, karakteristik edim borçlusunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri Kazakistan’daki temsilciliği olacak ve sözleşmeye Kazakistan hukuku uygulanacaktır.

¹³⁷ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 57.

¹³⁸ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 57.

¹³⁹ Demirkol, ss. 283-284.

¹⁴⁰ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 57-58; Demirkol, s. 285.

¹⁴¹ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, ss. 58-59.

¹⁴² Demirkol, s. 285.

MÖHUK md. 24/4, Konvansiyon ve Tüzük'ten biraz farklı olarak “*söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri*” ifadesini kullanmak suretiyle hâkime çok daha geniş takdir yetkisi vermiştir. Öğretide bu durumun kanunlar ihtilâfı kuralları ile istenen sonuca ulaşılmaması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir¹⁴³. Zira hâkime takdir yetkisini kullanma imkânı verildiği hallerde hâkimler genellikle *lex fori*’yi uygulama eğilimindedirler.

Sözleşme akdedildiği andan ifasına kadar birçok işlem hep aynı işyeri tarafından yapılırsa, Türk hukuku açısından en sıkı ilişkili işyeri hukukunu belirlemek kolay olur. Buna karşılık aynı işletmenin merkezi ile bu merkeze bağlı işyerleri oldukça koordineli bir biçimde çalışıyorlarsa, sözleşmenin diğer tarafı her iki işyeri ile muhatap oluyorsa, bu durumda hangi hukukun uygulanacağı Türk hukuku açısından belirsizlik yaratacaktır. Oysa Konvansiyon ve Tüzük sisteminde, edimi ifa eden işyerinin hukukunun uygulanacağı açıkça belirtilmiştir¹⁴⁴.

MÖHUK md. 24/4’de düzenlenen ve değerlendirilmesi gereken hususlardan bir başkası karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yerinin hangi ana göre dikkate alınacağıdır. Madde 24/4’de yer alan hükme baktığımızda “...*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...*” ifadesine yer verildiğini görebiliriz. Bu hükümden, “*sözleşmenin kuruluşu sırasındaki*” vurgusunun sadece mutad meskenin belirlenmesinde rol oynayacağı; işyeri ve yerleşim yeri için ise bir etkisinin olmayacağı anlaşılabılır. Öğretide, hükmün yanlış anlaşılmaya mahal vermemesi adına, ya “*karakteristik edim borçlusunun*” unsurunun iki kere tekrarlandığı gibi “*sözleşmenin kuruluşu sırasındaki*” unsurunun da iki kere tekrarlanması gerektiği ya da her ikisinin de tekrarından kaçınılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ya “...*karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku...*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği; ya da her ikisinin de tekrarından kaçınarak, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad

¹⁴³ Demirkol, s. 286.

¹⁴⁴ Demirkol, s. 287.

meskeni/işyeri/yerleşim yerinin dikkate alınacağını bağımsız bir cümle ile belirtilmesi önerilmektedir¹⁴⁵.

Kanun koyucunun, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulması anındaki mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukukunun en sıkı ilişkili olarak uygulanacağı; sonradan meydana gelecek bir değişikliğin uygulanacak hukuka etki etmeyeceğine dair düzenleme öngörülebilirliğin sağlanması için düzenlediği düşünülebilir. Fakat inşaat sözleşmeleri gibi ifası uzun süren yani ifası uzun bir zaman diliminde gerçekleşen ve sözleşmelerin ifası sürecinde ilişkilerin geliştiği ve daha karmaşık hale geldiği sözleşmelerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun, karakteristik edim borçlusunun eski mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yerine göre belirlenmesi eleştiriye yol açabilir¹⁴⁶. Şöyle ki, örneğin Türk yüklenici ile Alman iş sahibi arasında akdedilen sözleşmede md. 24/4 gereği en sıkı ilişkili hukuk olarak sözleşmenin kuruluşu sırasındaki yüklenicinin işyeri veya yerleşim yeri hukukunun uygulanacağı sonucuna varılırsa, sözleşmenin ifası aşamasına gelene kadar yüklenicinin işyeri veya yerleşim yeri değişirse o hukukun sözleşme ile hiçbir bağlantısı kalmayabilir. Gerçekten de yüklenicinin mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yerinin zaman içinde değişmesi durumunda, eski mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku ile sözleşmenin sosyal-ekonomik unsurları arasındaki bağ; belirlenen bu hukukun nasıl en sıkı ilişkili olacağı hususu sorgulanabilir hale gelir. Fakat, bu tür sorun yalnızca sözleşmenin kuruluşu ile ifa anı arasında uzun zaman geçen inşaat sözleşmeleri gibi sözleşmelerde mümkün olduğundan, bu durumlarda MÖHUK md. 24/4'deki istisna kural yani *“daha sıkı ilişkili hukuk”* devreye girebileceğinden, somut olayın şartlarına göre, sözleşmenin bir başka hukukla daha sıkı ilişkide olduğu kabul edilebilir¹⁴⁷. Bu nedenle bu tür eleştiri yerinde olmayacaktır.

¹⁴⁵ Demirkol, s. 287.

¹⁴⁶ Özel'e göre sözleşme kurulduktan sonra karakteristik edim borçlusu başka bir devlete taşınır ve karakteristik edimini orada ifa ederse, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu anındaki mutad meskeni hukuku olacaktır. Bu da en sıkı ilişkili hukuku göstermekten uzaktır. Detaylı bilgi için bkz.: Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 592, (Objektif Bağlama).

¹⁴⁷ Demirkol, ss. 288 - 289.

(3) İstisna Kuralı Gereği Uygulanacak Hukukun Tespiti

(i) Daha Sıkı İlişkili Hukuk

Yeni MÖHUK md. 24/4'ün son cümlesinde halin bütün şartlarına göre sözleşme ile karinede belirtilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda o hukukun uygulanacağını belirten bir istisna kuralına yer verilmiştir. Md. 24/4'deki istisna kuralı uyarınca, halin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle karinelerde belirtilen hukuktan “*daha sıkı ilişkili*” bir hukuk varsa bu hukuk uygulanacaktır.

Milletlerarası özel hukuk öğretisinde karma nitelikli (*sui generis*) sözleşmelerde bu hükmün doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. *Nomer*, karakteristik edimin tespit edilemediği karma nitelikli sözleşmelerde de istisna kurala başvurulması gerektiğini belirtilmektedir¹⁴⁸. Buna karşılık *Özdemir Kocasakal*, karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmelerde md. 24/4 birinci cümlesinde yer alan sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerektiğini; istisna kuralının ise yalnızca karakteristik edimin tespit edildiği sözleşmelerde fakat bu edime dayanarak tespit edilen hukukun sözleşme ile sıkı ilişkili olmadığı hallerde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁹.

İstisna kuralının uygulanmasının ön şartı sözleşmenin objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuktan başka bir devletin hukukuyla daha sıkı ilişkili olmasıdır. Sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğunun tespitinde, sözleşmenin dili, kuruluş yeri, ifa yeri, tarafların mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin bulunduğu yer, yetki sözleşmesinin varlığı gibi kriterlerin dikkate alınabileceği öğretide kabul edilmiştir¹⁵⁰. Bu kriterlerden hiçbirisi tek başına daha sıkı ilişkili hukuku tespit etmek için kullanılamaz; yalnızca birden fazlası aynı hukuku gösteriyorsa böyle bir sonuca ulaşılabilir¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Nomer*, s. 322

¹⁴⁹ *Özdemir Kocasakal*, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 60; *Fatma Aslı Bayata Canyaş*, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Adalet Yayınları, Ankara, 2012-02, s. 162; *Karaca* s. 1515.

¹⁵⁰ *Tekinalp ve Uyanık-Çavuşoğlu*, ss. 288-289; *Özdemir Kocasakal*, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 60; *Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe*, ss. 296 - 297.

¹⁵¹ *Özdemir Kocasakal*, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, ss. 60 – 61.

Öğretide MÖHUK md. 24/4'deki en sıkı ilişkili hukukun tespiti için düzenlenen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yerinin “*güçlü karine*” olması gerektiği ve bu karineden sapmanın bir tek yolunun md. 24/4 son cümlesindeki istisna kuralın olduğu belirtilmektedir¹⁵². Belirtilmelidir ki, bu kuralın uygulanabilmesi için, öncelikle md. 24/4 gereği karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri tespit edilmek suretiyle en sıkı ilişkili hukuk tespit edilmiş olması gerekir. Yalnızca en sıkı ilişkili hukuk tespit edildikten sonra hâkim “*halin bütün şartlarından*” yani somut olayın özelliklerine göre net bir şekilde başka bir devletin hukukunun daha ilişkili olduğunu görebiliyorsa bu hüküm uygulama alanı bulur. Bu durumda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi için en sıkı ilişkili hukuka karine teşkil eden karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri bağlama noktasının, daha sıkı ilişkili hukukun varlığı ile bertaraf edilmiş olması gerekir¹⁵³. Bu da en sıkı ilişkili hukuka dair kanunda yer alan karine ile belirlenecek hukuktan başka bir hukukun sözleşme ile daha sıkı ilişkili olması demektir, somut olayda, bu hukukun en sıkı ilişkili hukuka faraziye oluşturması anlamına gelir. Bundan hareketle, daha sıkı ilişkili hukuk araştırmasının özde en sıkı ilişkili hukukun araştırılması olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Kanun koyucu istisna hükmü düzenlerken, uygulanacak hukukun tespitinin “*halin bütün şartlarına göre*” yapılacağını kabul etmiştir. Bu ifadeden, somut olayın şartlarına atıf yapıldığı ve daha sıkı ilişkili hukukun, ancak somut olayın özelliklerinden anlaşılıyorsa uygulanacağı sonucuna varılmaktadır¹⁵⁵. Fakat zikredilen hükümde somut olayın şartlarına göre sözleşmenin daha sıkı ilişkili olarak kabul edileceği hukukun nasıl belirleneceği düzenlenmemiştir. Bu hususla ilgili öğretide, ya sayısal irtibat noktalarının toplandığı yer ya da nitelik olarak daha önemli menfaatleri temsil eden irtibatların toplandığı yer hukukunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁶. Akıncı, daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken, hangi esasların dikkate alınacağı meselesinin içtihat yoluyla

¹⁵² Güngör, ss. 235 – 236.

¹⁵³ Bayata Canyaş, s. 177; Karaca, s. 1516; Demirkol, md. 24/4 c. 3'deki hükmün bir karinenin aksinin ispatlanması değil, bir kuralın istisnası niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Demirkol, ss. 289-290.

¹⁵⁴ Güngör, s. 237; Karaca, ss. 1515 – 1516.

¹⁵⁵ Demirkol, s. 303.

¹⁵⁶ Akıncı, İnşaat, ss. 86 vd.

belirlenebileceğini dile getirmektedir¹⁵⁷. *Demirkol* ise, sözleşmenin hangi hukukla daha sıkı ilişkide olacağının yalnızca somut olayın test edilmesi neticesinde belli olacağı ve önceden belirlenen ilkelere göre yürütülmesinin pek doğru bir sonuç vermeyeceği kanaatindedir. Zira bu kural somut olayın verilerine dayanan bir istisna öngörmektedir¹⁵⁸.

Karakteristik edimin veya mutad mesken/işyeri/yerleşim yerlerinin belirlenemediği hallerde ise, somut olayın özelliklerine göre sayısal ve niteliksel irtibatların toplandığı noktaların dikkate alınması gerektiği ve buna göre md. 24/4 gereği en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde *ad hoc* teknikle tayin yoluna gidilebileceği de ifade edilmektedir¹⁵⁹.

(ii) Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerinde İstisna Kuralın Uygulanması

Tezimizin konusunu oluşturan yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri bakımından önem arz eden husus, inşaat sözleşmesinin teknik yapısı nedeniyle, *a priori* inşaatın yapıldığı yerle daha sıkı ilişkili olduğu, dolayısıyla bu sözleşmeye kural olarak yüklenicinin işyeri hukukunun değil, inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanmasının gerekip gerekmeyeceği meselesidir. Öğretide, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde bağlanma noktası tespit edilirken, işlem menfaatinden ziyade, taraf menfaatine önem verilmesi gerektiği, bu bağlamda inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde her ne kadar karakteristik edim, yüklenicinin edimi olsa dahi, “*ifa yeri*” hukuku esas alındığında yüklenicinin değil, inşaatın yapıldığı yer olarak sözleşmenin karşı tarafı olan iş sahibinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durum yükleniciye, ona yakın olan hukuku değil, iş sahibinin hukukunun uygulanmasına neden olur. Bu nedenle, ifa yeri hukukunun bağlanma noktası olarak esas alınması eleştirilmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Akıncı, İnşaat, s. 87.

¹⁵⁸ Demirkol, ss. 305 - 306.

¹⁵⁹ Güngör, s. 235.

¹⁶⁰ Akıncı, İnşaat, s. 90.

Son zamanlarda inşaat sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerinin bağlama noktası olarak esas alınması ve bunun sonucunda yüklenicinin yerleşim yerinin bulunduğu devletin hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukuk adaletine ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinden eleştirilmektedir. Bu durum, inşaatın yapıldığı yer hukukunun esas alınmasının milletlerarası özel hukuk adaletine uygun olacağını savunan görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁶¹. Bu görüşü savunanlar, kendi görüşlerinin şu şekilde ifade etmektedirler: *“Gerçekten de bu sözleşmelere, müteahhidin hukuku değil, inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilebilir. Aksi bir uygulamanın çeşitli sorunlar çıkartabileceği, kimi haksızlıklara neden olabileceği ve milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı olabileceği savunulabilir”*¹⁶². Bunun nedeni olarak, inşaat sözleşmelerinin genellikle inşaatın yapıldığı yer ile en sıkı ilişki içinde olduğu belirtilmektedir. Şöyle ki, inşaat, yapıldığı yerde bir katma değer yaratmakta; bu yerde olacak kullanıcılara açılmakta ve inşaat sürecinde kullanılan malzeme ve emeğin kaynağı yine bu yer olmaktadır¹⁶³. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin birçok sosyal-ekonomik sonuçları inşaatın yapıldığı yerde oluşmaktadır. Ayrıca inşaatın yapımı için alınması gereken izinler ve inşaatla ilgili sınırlamalar da inşaatın yapıldığı yerin hukukuna bağlıdır. Bu nedenle milletlerarası özel hukuk adaletine göre inşaatın yapıldığı yer hukukunun sözleşmeye uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁴. Bu bağlamda örneğin, bir Türk şirketinin Rusya’da alışveriş merkezinin inşaatını yapmasını öngören inşaat sözleşmesine Rus hukukunun uygulanmasının ya da yabancıların Türkiye’de yapacağı bir baraj inşaatında Türk hukukunun uygulanmasının milletlerarası özel hukuk adaletine daha uygun bir sonuç vereceği belirtilmektedir. Bağlama noktası olarak *“ifa yeri”* hukukunun uygulanması gerektiğini ileri süren Demirkol, bir Japon mühendislik şirketi ile Türkiye’de gökdelenin inşaatına dair yapılan sözleşmede, objektif bağlama kuralına göre Japon hukukunun uygulanmasının birçok zorluğa neden olabileceğini; Türkiye’deki inşaatın gecikmesi durumunda, iş sahibinin ne gibi haklara sahip olduğunun, iş sahibinin inşaatın tamamlanması için başka bir yüklenici şirketle alt yüklenicilik

¹⁶¹ Demirkol, s. 354, dpn. 1206; Karaca, s. 1514.

¹⁶² Demirkol, s. 354.

¹⁶³ Demirkol, s. 354.

¹⁶⁴ Demirkol, s. 354.

sözleşmesini yapıp yapamayacağını Japon hukukuna göre belirleneceğini; sözleşmenin ifasının olağanüstü durumlardan dolayı gecikmesi durumunda da bu olağanüstü durumların hukukî sonuçlarının Japon hukukuna göre tayin edileceğini; bu belirtilen tüm durumların ise inşaatın yapıldığı yer hukukuyla çok daha sıkı ilişki içinde olduğuna dikkat çekmektedir¹⁶⁵.

İnşaatın yapıldığı yer hukukunun inşaat sözleşmelerinde uygulanmasının milletlerarası özel hukuk adaletine uygun sonuç doğuracağını savunan bir diğer yazar, kendi görüşünü *Akıncı* tarafından sunulan ve yukarıda tezimizin “Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” ana başlık altında II. 2. b. (1) “Mülga 2675 sayılı MÖHUK’daki Düzenleme” başlıklı kısmında incelenen İsviçreli yüklenicinin Libya’da gerçekleştireceği inşaat projesinde Türk şirketiyle alt yüklenicilik sözleşmesi yapması örneği üzerinden açıklamıştır¹⁶⁶. Bu örnek üzerinden gidildiğinde, alt yüklenicilik sözleşmesi şeklinde akdedilen yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken, yüklenicinin işyerinin bulunduğu yerin bağlama noktası olarak kullanılması durumunda iş sahibi ile yüklenici arasındaki esas inşaat sözleşmesi yüklenicinin işyeri hukukuna yukarıdaki örnekte İsviçre hukukuna, yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşme ise alt yüklenicinin işyeri hukukuna yani Türk hukukuna tâbi olacaktır¹⁶⁷. Bu durum proje kapsamındaki sözleşmeler ve bu sözleşmelerdeki yer alan edimlerin hukukî rejiminin farklı hukuklara tâbi olmasına ve böylece projenin uyumunun bozulmasına neden olabilecektir. Bu nedenle öğretide, objektif kural gereği bağlama noktası olarak mutad mesken bağlama noktasının doğrudan uygulanması yerine, her bir somut olay bakımından olayın bütün özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılması ve istisna kuralında belirtildiği üzere daha sıkı ilişkili hukukun tespitini sağlayacak bir bağlama noktası varsa, (meselâ ifa yeri) onun kullanılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir¹⁶⁸.

Demirkol, inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanabilmesi için iki yöntem önermektedir. Bunlardan birincisi: inşaatın yapıldığı yer hukukunu sözleşmenin *proper law*’su (uygun hukuku) şeklinde

¹⁶⁵ Demirkol, s. 310, dpn. 1049.

¹⁶⁶ Örnek için bkz. Birinci bölüm, II. A. 2. b. (1).

¹⁶⁷ Akıncı, İnşaat, s. 79.

¹⁶⁸ Karaca, s. 1514.

uygulamak. Yani inşaatın yapıldığı yerdeki yükleniciye ait şantiyeyi yüklenicinin işyeri olarak kabul etmek. Zira gerçekten de yüklenici, ifayı, kurduğu şantiye sayesinde yerine getirir. Şantiye yüklenicinin işyeri olarak kabul edilirse, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri olma ihtimali bulunduğundan, inşaat sözleşmesiyle, daha sıkı ilişkideki işyeri tespit edilmesi gerekecektir. Bu işyerinin de şantiye olduğu konusunda tereddüt oluşmaz. Bu durumda inşaat sözleşmesine şantiyenin bulunduğu yani inşaatın yapıldığı yer hukuku uygulanacaktır. Fakat böyle bir yorum yapılabilmesi için “işyeri” tanımına şantiyenin de girmesi gerekecektir. İşyeri tanımında hem faaliyetin yapıldığı hem de bu yerde yapılan faaliyetle ilgili bir süreklilik aranırsa, şantiyenin bir işyeri olarak kabul edilmesi mümkün olamayacağından, “işyeri” kavramının tanımı yapılırken Roma I Tüzüğü md. 19/2’deki gibi daha yumuşak bir işyeri tanımının benimsenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁹. Önerilen ikinci yol ise, MÖHUK md. 24/4 ikinci cümlesinin uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirtmek¹⁷⁰; bu şekilde ortaya çıkan “örtülü kanun boşluğunu”, TMK md. 1/2 gereği, mahkemeye inşaat sözleşmesine uygulanacak hukuk ile ilgili bir kanunlar ihtilâfı kuralı koyma yetkisini vermek; mahkemenin bu yetkiye dayanarak inşaat sözleşmesinde inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmasıdır¹⁷¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanmasının nedeni daha sıkı ilişkili hukuk olması değildir. Md. 24/2’deki güçlü karinenin somut olaya uygulanmasının milletlerarası özel hukuk adaletine ve dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğurmasıdır. Bunun sonucunda “örtülü kanun boşluğunun” ortaya çıkmasıdır¹⁷².

¹⁶⁹ Demirkol, s. 355.

¹⁷⁰ MÖHUK md.24/4 son cümlesinin incelenmesi sonucunda, istisna kuralın sözleşmenin hukukî niteliğinden dolayı uygulanmasının mümkün olmadığı, somut olayın şartlarına göre daha sıkı ilişkili hukuk varsa o hukukun uygulanacağı tespit edilmiştir. Bu durum inşaat sözleşmelerinde inşaatın yapıldığı yer hukukunun sözleşmenin hukukî niteliğinden dolayı, daha sıkı ilişkili hukuka dayanarak uygulanamayacağını gösterir. MÖHUK md.24/4 ikinci cümlesi gereği tespit edilen yüklenicinin hukuku ise, sözleşme ile hiç de sıkı ilişki içinde olmayabilir. Bu durum milletlerarası özel hukuk adaletini incitecektir. Hatta hukuk seçimi yapılmayan bir sözleşmede, hukukî ilişkili ile son derece gevşek bir bağı olan hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmek dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda hâkim MÖHUK md.24/4 ikinci cümlesinin uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağına karar verirse, örtülü bir kanun boşluğu saptanmış olur. Detaylı bilgi için bkz. Demirkol, s. 311.

¹⁷¹ Demirkol, s. 311.

¹⁷² Demirkol, s. 311.

İstisna kural gereği, (1) objektif kuralın somut olayda sözleşmenin diğer irtibat noktalarına göre sözleşmeden izole edilmiş olması, (2) bu irtibat noktalarının çoğunluğunun bir devleti işaret etmesi ve (3) objektif kuralın karinede yer almaktan başka sözleşme ile bir irtibatının bulunmaması durumunda irtibatların yoğunlaştığı devletin hukuku uygulanacaktır. İrtibat noktasının yer ve zaman itibarıyla sözleşmeden izole edilmiş olmasına verilen örneklerden biri ifası uzun zaman gerektiren inşaat sözleşmeleridir¹⁷³. Bu bağlamda ifası uzun zaman gerektiren sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan vakıalar da dikkate alınması gerekir¹⁷⁴. Bu bağlamda örneğin, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmenin kurulması anındaki mutad meskeni/işyeri/yerleşim yeri uyuşmazlığın doğmasından çok önce değişmişse ve somut olayın sözleşmenin kurulması anındaki mutad meskeni/işyeri/yerleşim yeri ile başka ilişkisi kalmamışsa daha sıkı ilişkili hukukun araştırılması mümkündür¹⁷⁵.

Sözleşmenin ifa yeri ile iş sahibinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu devlet genellikle aynıdır. Her ne kadar sözleşmenin kuruluş yeri ile sözleşmenin ifa yeri ve iş sahibinin mutad meskeninin/yerleşim yerinin bulunduğu yer örtüşmese dahi istisna kuralının uygulanması mümkündür. İstisna kuralı uygulama alanını bulduğunda, yine daha sıkı ilişkili hukuk olarak ifa yeri devletin hukukunun uygulanmasının haklı sonuç verebileceği belirtilmektedir¹⁷⁶. İstisna kuralın uygulama alanı bulabileceği bir diğer hal, yetkili mahkeme ile ifa yerinin örtüşmesi durumudur. Bu durumda da objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun daha sıkı ilişkili hukuk ile bertaraf edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁷.

Fiili ifa yeri ile yüklenicinin mutad meskeni/işyerinin/yerleşim yerinin ayrıştığı durumlarda, istisna hükmüne dayanarak işin fiilen ifa edildiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinin bütün sosyal – ekonomik çevresinin inşaatın yapıldığı yerle bağlantılı olduğunu¹⁷⁸; sözleşme ile ifa yeri hukuku arasındaki bağlantının, özellikle ifa yeri devletinde sözleşmenin icrası ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların varlığı

¹⁷³ Karaca, s. 1517.

¹⁷⁴ Güngör, s. 128; Karaca, s. 1517; Demirkol, ss. 287-288.

¹⁷⁵ Güngör, s. 239.

¹⁷⁶ Karaca, s. 1517.

¹⁷⁷ Karaca, s. 1517.

¹⁷⁸ Karaca, ss. 1519-1520.

halinde, hukukî anlamda ortaya çıkacağını¹⁷⁹; yüklenicinin sözleşme hükümleri gereği borçlarını yerine getirirken işin ifa edildiği yer hukukunu da dikkate aldığını; işin ifa edildiği yerin, sözleşmeyle tesadüfî bağlantısı olan bir hukuk olmadığını belirtmektedirler¹⁸⁰.

Kanaatimizce ifası uzun zaman gerektiren inşaat sözleşmeleri bakımından “ifa yeri” hukukunun uygulanması daha doğru bir sonuç verebilir. Zira “ifa yeri” hukuku işlem menfaatinin gerçekleştirilmeyi amaçlayan ve her iki tarafa eşit mesafede olan bir huktur. Bilindiği üzere, tarafların eşit değerde menfaati olan ilişkilerde, her iki taraf için objektif olan ve eşitlik esasına dayalı kuralların kabulü milletlerarası özel hukukta adaletin sağlanması için gereklidir¹⁸¹.

Mülga kanundaki hükmün eleştirilmesinin asıl nedeni hükümde karakteristik edim borçlusu olarak yüklenicinin esas alınmasına rağmen, yetkili hukuk olarak ona yakın olan hukukun değil, ifa yeri hukukunun yani iş sahibinin hukukunun esas alınmasıdır¹⁸². Bu çelişkiyi gidermek için inşaat sözleşmeleri açısından Rus hukukunda düzenlenen sözleşme ile öngörülen sonuçların ortaya çıktığı devletin hukukunun uygulanacağına dair hükmün, Türk hukukunda da kabul edilmesi önerilebilir. Bunun yanında, somut olayın özelliklerinden sözleşme ile “*en sıkı ilişkili hukuk*” tespit edildiği takdirde o hukukunun uygulanacağına dair ek bağlama kuralı da düzenlenebilir¹⁸³.

(4) Alt Yüklenicilik Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme

İnşaat sözleşmeleri kapsamına giren alt yüklenicilik sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edilirken ifa yeri hukukunun esas alınmasının milletlerarası özel hukuk adaletine ve dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı konusunda da görüş farklılığının mevcut olduğunu görmek mümkündür. Şöyle ki, alt yüklenicilik sözleşmesinde de ifa yerinin taşınmazın bulunduğu yer olması durumunda sözleşmenin aslında bu yerle daha sıkı ilişkide bulunup bulunmadığı hususunun

¹⁷⁹ Sargın, Karakteristik Edim, s. 75.

¹⁸⁰ Özel, Objektif Bağlama, s. 602.

¹⁸¹ Çelikel ve Erdem, s. 35.

¹⁸² Akıncı, inşaat, s. 91.

¹⁸³ Rus Hukukunda düzenlenen inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tespiti konusunda esas alınan kural için çalışmamızın İkinci bölümünün, II.2.(b).2. kısmına bkz.

tartışılabilirliğine dikkat çekilmektedir¹⁸⁴. Bu sıkı ilişkinin, çoğu zaman iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmedeki kadar aşikâr olmadığı ileri sürülebileceği; inşaat sözleşmesi inşaat yeri ile ilgili bir menfaati olan iş sahibi ile yüklenici arasındayken, alt yüklenicilik sözleşmesinin inşaat yeri ile ilgili herhangi bir menfaati bulunmayan ve orada sadece geçici olarak iş yapan bir yüklenici ile, yine bu yerle ilgili olmayan alt yüklenici arasında akdedildiği; üstelik bazı durumlarda, alt yüklenicinin, ifasını inşaat yeri dışında bir yerde gerçekleştirebileceği belirtilmektedir¹⁸⁵.

Bilindiği üzere alt yüklenici inşaat yerinde bir şantiye kurmaz, çoğu zaman asıl yüklenicinin kurduğu şantiyeden yararlanır. Bu nedenle, şantiye, alt yüklenicinin işyeri olarak nitelendirilemez. Bu durumda dikkate alınacak işyeri, alt yüklenicinin asıl işyeri olması gerektiği; bu nedenle alt yüklenicilik sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun (alt yüklenicinin) işyeri hukukunun uygulanmasının kabul edilebilir bir sonuç olduğu ve bu sonucun milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı bir sonucu doğurmayacağı ifade edilmektedir¹⁸⁶.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı ve sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tespitinde ifa yeri hukukunun esas alınması gerektiğini savunan bir diğer yazar ise, alt yüklenicilik sözleşmesi ile ilgili, yabancı yüklenici şirket tarafından yapılan inşaat projesinde asıl yüklenicinin yapacağı inşaat işinin yapıldığı yer kurallarına uygun olması ve zaman ve para tasarrufu amacıyla, inşaatın yapıldığı devlette bulunmayan makinelerin, ekipmanların kullanılmasına dair özel ihtiyaç duyulmadıkça o devlette faaliyette bulunan şirketleri alt yüklenici olarak projeye dâhil edeceğini; aynı şekilde, araç gereç ve malzeme sağlanması için yapılan satış sözleşmelerinde de satıcıların inşaatın yapıldığı devletten olduğunu; bu durumda, esas inşaat sözleşmesine yüklenicinin işyeri hukuku uygulanırken, alt yüklenicilik sözleşmelerine md. 24/4 ikinci cümlesi gereği alt yüklenicinin işyeri hukukunun uygulanacağını belirtmektedir¹⁸⁷. Bu bağlamda alt yüklenici inşaatın yapıldığı yerde faaliyette bulunan şirket ise, bu hukukun aynı zamanda inşaatın yapıldığı yer hukuku olduğuna, bu durumda irtibatlar inşaatın ifa edildiği yer hukuku yönünde

¹⁸⁴ Demirkol, s. 355.

¹⁸⁵ Demirkol, ss. 355-356.

¹⁸⁶ Demirkol, s. 356.

¹⁸⁷ Karaca, s. 1518.

yoğunlaşacağından, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde, ifa yeri hukukunun uygulanmasının, projenin somut şartlarına bağlı olarak, hukukî bütünlüğün sağlanması açısından daha yerinde olacağına dikkat çekmektedir¹⁸⁸.

(5) Atipik İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme

İnşaat sözleşmeleri kapsamı dâhilinde değerlendirilen bir diğer sözleşme türü kat karşılığı inşaat sözleşmesidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici inşaatı gerçekleştirme borcu altına girerken, iş sahibi de bu edimin karşılığında yükleniciye kat (daire) vermeyi taahhüt eder. Bu sözleşmede aslında her iki tarafın da edimi para değildir; fakat iş sahibinin edimi ödeme işlevi görür. Öğretide, bu sözleşmeye uygulanacak hukukun md. 24 yoluyla değil, MÖHUK md. 25 gereği tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁹. Şöyle ki, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde edimlerden biri taşınmaz üzerindeki bir hakkın devridir; md. 25'te ise taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka dair özel nitelikli kural düzenlenmektedir. İş sahibinin edimi md. 25'de özel olarak düzenlendiğinden, bu hükmün uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹⁹⁰. Burada incelenmesi gereken sorun md. 25'in sadece taşınmaz üzerindeki hakkın devrine mi yoksa tüm sözleşmeye mi uygulanacağıdır. Öğretide ileri sürülen görüşlerden biri, md. 24/4 sistemi her ne kadar parçalanmayı yani sözleşmenin bir kısmına farklı bir devletin hukukunun uygulanabileceğini düzenlese de kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina yapımı ve daire payı verilmesi birbirinin karşılığını teşkil eden edimler olduğundan, bu edimlere farklı hukukların uygulanması yönünde bir parçalanmayı kabul etmenin doğru olmayacağı yönündedir. Bu nedenle, ya MÖHUK md. 24 ya da md. 25 göre tespit edilecek tek bir hukukun uygulanması gerektiği; bu sözleşme, hukukî işlemin taşınmaz üzerindeki bir hakkın devrini öngördüğünden md. 25'in uygulama alanına gireceği ve uygulanacak hukukun bu hüküm üzerinden saptanacağı ifade edilmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Karaca, s. 1518.

¹⁸⁹ Demirkol, ss. 356-357.

¹⁹⁰ Demirkol, ss. 356-357.

¹⁹¹ Demirkol, ss. 356- 357.

Çınar, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin edimini ne zaman ifa edeceği sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi kararlaştırılmamış olabileceğine dikkat çekmektedir. Bu bağlamda eğer taraflar arsa paylarının devrine ilişkin sözleşmede tam günü belirtmişse, belirtilen tarihte arsa sahibi edimini ifa etmiş olacaktır. Buna karşılık, sözleşmede konuya dair hüküm bulunmamakta ise, TBK md. 479/1 kıyasen uygulanarak arsa sahibini edimini ifa edeceği zaman olarak, inşaatın tamamlandığı ve teslim edildiği anın esas alınması gerektiğini belirtilmektedir¹⁹². Eğer taraflar sözleşmenin kurulması sırasında mülkiyetin naklinin sağlanacağını kararlaştırmamışsa, ileride yapılacak bir aynî hakkın devrinden söz edilecektir. Bu durumda taşınmaz satışından ziyade taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden söz edilmelidir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin şekil şartları taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bir tutulmuştur. Yani kat karşılığı inşaat sözleşmesi taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gibi noterde düzenlenmeli ve gerektiğinde tapu siciline beş yıllığına şerh ettirilmelidir. Tapunun halen bu işlemde yetkisinin olduğunu savunan görüşler olmakla birlikte bazen sırf kolaylık olsun diye adî yazılı şekilde dahi yapılabilen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde mülkiyetin devri vaat edilmektedir¹⁹³.

Türk hukukundaki baskın görüşe göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir veya birden fazla tarafa, taşınmazın satış sözleşmesinin akdedilmesini sağlayan bir ön sözleşmedir. Eğer ön sözleşme alacaklısı bu hakkını kullandığı halde, satıcı taraf satış sözleşmesini imzalamaktan kaçınırsa, bu durum alıcıya mahkemeye başvurarak cibrî tescil isteme hakkını verir¹⁹⁴. *Çınar*, Yargıtay uygulaması uyarınca sözleşmeye dâvanın açılması suretiyle aynî hak tesis edilebileceğinden kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taşınmaza ilişkin bir sözleşme olarak nitelendirilebileceği ve MÖHUK md. 25'in uygulama alanı bulacağı kanaatindedir. Dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesine taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır. Bu bağlamda, taraflarca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk seçilmişse, yapılan hukuk seçimi geçersiz olacaktır¹⁹⁵.

¹⁹² *Çınar*, s. 153.

¹⁹³ *Çınar*, s. 153.

¹⁹⁴ *Çınar*, s. 131 dñn. 460. Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu Kararı, Esas No: 1996/14 Karar No: 1996/69.

¹⁹⁵ *Çınar*, ss. 153-154.

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri Türk hukukunda son dönemlerde yaygınlaşan sözleşmelerden biridir. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi ile yüklenici, yüklenici tarafından inşa edilecek bağımsız bölümlerin satılmasından elde edilecek geliri paylaşma konusunda anlaşılır. Bu sözleşmede tarafların arzu etikleri sonuç, salt iş sahibinin arsasında bir inşaatı (bağımsız bölümleri) meydana getirmek değil, meydana getirilen bağımsız bölümlerin satılması suretiyle gelir elde etmek ve bunu paylaşmaktır. Bu sonucun gerçekleşebilmesi için yüklenici, hem arsa sahibinin arsasında inşaatı yapar (bağımsız bölümler meydana getirir), hem de uygulamada görüldüğü şekliyle, arsa sahibinin verdiği yetkiye dayanarak bu bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere pazarlanması ve satılmasını gerçekleştirerek satışını sağlar. Yüklenici kendi ediminin karşılığında, bu satıştan elde edilecek gelirden payını alır¹⁹⁶. Bu uygulama, öğretide gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi yani yüklenicinin bağımsız bölümleri meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satışına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme¹⁹⁷ ve bu satıştan elde edilecek geliri yüklenici ile paylaşma borcu altına girdiği sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹⁸. Bu sözleşmede yüklenicinin edimi eseri meydana getirmek ve bunların satışını sağlamaktır; iş sahibinin edimi ise yükleniciye temsil yetkisi vermek ve geliri paylaşmaktır. Burada da her iki tarafın ediminin para olduğunu söylemek biraz güçtür. Zira bu tür sözleşmelerde taraflar, çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurları tek bir sözleşmede birleştirmişlerdir. Hukukî niteliği gereği bu sözleşme karma nitelikli *sui generis* sözleşmedir. Bu nedenle bu tür sözleşmelerde karakteristik edimi belirlemek kolay değildir. Öğretide bu tür sözleşmelerde uygulanacak hukukun

¹⁹⁶ Emrehan İnal, **Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 141.

¹⁹⁷ Bir kimsenin “*temsil yetkisi verme*” borcu altına girip giremeyeceği hususunda, temsil yetkisi temsilci yararına veya temsil edilenin borcunun ifası amacıyla verilmiş olduğu durumlarda temsil yetkisini geri alma hakkından feragat edilebileceğinden temsil yetkisinin bir borç olarak ta kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. İnal, s.161. Temsil yetkisinin verilmesi ile arsa sahibi çoğu zaman sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmekte olduğundan ve başkaca bir edimde bulunmadığından; gelirin elde edilmesi üzerine yüklenici de bu gelirden kendi payını aldığından; temsil yetkisi verme borcu asli borç olarak nitelendirilmektedir. İnal, s.162.

¹⁹⁸ İnal, s.149. Öğretide yapılan bir diğer tanıma göre gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi “*Yüklenicinin, sözleşmede belirlenen yapıyı inşa etme ve bağımsız bölümlerin satışına aracılık etme borçlarını yüklediği, buna karşılık arsa sahibinin arsası üzerinde inşa edilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmayı vaat ettiği ve inşa edilen bağımsız bölümlerin satılmasıyla elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşmayı borçlandığı sözleşmedir*”. Umut Yeniocak, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2013, s. 7 (İnşaat).

tespitinde taraflardan birinin edimini tercih etmek için herhangi bir nedenin kalmadığı, bu nedenle MÖHUK md. 24/4 gereği en sıkı ilişkili hukukun veya daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁹. Örneğin, taraflardan birinin ediminin ifa yeri ile sözleşmenin yapıldığı yer aynı hukuk içerisinde ise, bu bağlamda yüklenicinin ifa yeri ile sözleşmenin yapıldığı yer Türkiye ise, sözleşmenin bu hukukla (yani Türk hukuku ile) diğer tarafın yani iş sahibinin edimini ifa edeceği yer hukukuna nazaran daha sıkı ilişki içerisinde olduğu ifade edilmektedir²⁰⁰.

Demirkol, bu tür karma nitelikli sözleşmelerde, en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği kanaatindedir. Şöyle ki, yazar örneğin, adî ortaklık sözleşmesinde kural olarak karakteristik edimin bulunmadığını, buna rağmen, MÖHUK md. 24/4'deki genel kural olan en sıkı ilişkili hukukun doğrudan adî şirket sözleşmesine uygulanabileceğini ileri sürmektedir²⁰¹. Adî ortaklık sözleşmesini, diğer sözleşmelerden ayıran husus, tarafların borçlarının karşılıklı olmamasıdır, aksine tarafların aynı amaca yönelerek borçlarını ifa etmeleridir. Adî ortaklık sözleşmesinde tarafların edimleri arasındaki ilişki çok farklı şekillerde kararlaştırılabileceğinden, bu durum, edimlerden birinin öne çıkmasına neden olabilir. Böyle bir durumda bu edimin karakteristik edim olarak kabul edilebileceği ve uygulanacak hukukun da bu edime göre tespit edilebileceği belirtilmektedir²⁰². Meselâ, bir konsorsiyumu oluşturan tarafların asıl işin esaslı kısımlarını kendi aralarında bölüşmeleri (bir baraj yapımı için kurulan girişim ortaklığında, bir tarafın altyapı, diğer tarafın üst yapı, üçüncü bir tarafın ise, barajın elektrik donanımını üstlenmesi) durumunda, tarafların edimlerinin birbirine karşı bir üstünlüğü bulunmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin bu edimlerden özellikle biri için gerçekleştirildiği, diğer edimlerin ise bu ana edimin çerçevesinde bulunan yardımcı edimler olduğu söylenemez. Her ne kadar, bu durumda edimlerden herhangi birinin kurulan sözleşme ilişkisi açısından karakteristik bir önemi bulunmasa dahi, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkündür²⁰³. Bu hukuk somut olayın şartlarından anlaşılacak ise de yazar, böyle bir sözleşmede en sıkı ilişkili hukukun,

¹⁹⁹ Nomer, s. 320.

²⁰⁰ Nomer, ss. 320-321.

²⁰¹ Demirkol, s. 371.

²⁰² Demirkol, s. 371.

²⁰³ Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, **Joint Venture**, Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1989, s. 175; Öztürk Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, Beta, İstanbul, 2001, s. 154; Demirkol, s. 373.

yani ortak girişim sonucu yapılan işin bulunduğu yer hukuku olacağını ifade etmektedir²⁰⁴.

B. Uyuşmazlıkların Tahkimde Çözülmesi Durumunda İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar tahkimde çözüldüğü takdirde, farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, tezimizde, uygulanacak hukukun tespiti konusu uyuşmazlığa bakacak yetkili makama göre ayrılmıştır. Devlet yargısında, sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilirken, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağı ve buna göre yetkili hukukun tespit edileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, uyuşmazlık, tarafların yetkili kıldıkları tahkim kurumunda çözüldüğünde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde hangi hukuk kurallarının uygulanacağı meselesi araştırılmalıdır²⁰⁵.

Uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi durumunda, esasa uygulanacak hukukun tespitinde, Türk Milletlerarası Tahkim Kanununun [MTK] 12. maddesindeki hüküm önem taşır. Öncelikle, belirtilmelidir ki, MTK sadece, (a) yabancı unsur taşıyan; (b) tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya söz konusu kanun hükümlerinin taraflarca ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. MTK md. 12/C uyarınca, taraflar, tahkime konu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını serbestçe kararlaştırabilirler. Söz konusu hükümde, aksi taraflarca belirtilmedikçe, seçilen hukuk kurallarının, doğrudan doğruya maddî hukuk kuralları olduğu anlamına geleceği açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda, hakem/hakem kurulu uyuşmazlığa öncelikle, sözleşme hükümlerini, sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, taraflarca seçilen maddî hukuk kurallarını uygulayacaktır.

21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Hakemlik Sözleşmesinin, “*Tatbik Edilecek Hukuk*” başlıklı VII. maddesinde, tarafların, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulayacak hukuku tayin etmekte serbest oldukları; taraflar

²⁰⁴ Demirkol, s. 373. Yazar bu sonuca, bu şekilde kurulan joint venture sözleşmesinde, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk, organizasyonun olduğu yer hukukuna dair görüşe dayanarak ulaşmıştır. İlgili görüş için bkz. Tekinalp G. ve Tekinalp Ü., s. 175.

²⁰⁵ Akıncı, İnşaat, s. 93.

tatbik edilecek hukuku kararlaştırmadıkları takdirde, hakemlerin uyuşmazlığın niteliğine (*nev'ine*)göre uygun görecekları kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği kanunu uygulayacakları; her iki durumda da hakemlerin taraflar arasındaki ticarî sözleşme hükümlerini ve ticarî âdetleri dikkate alacakları düzenlenmiştir²⁰⁶.

1 Ocak 2012 tarihli Milletlerarası Ticaret Odası [MTO] Tahkim kurallarının, “*Uygulanacak Maddi Hukuk*” başlıklı 21. maddesi uyarınca, “*Taraflar, hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler. Bu hususta bir anlaşma yoksa hakem kurulu uygun gördüğü hukuku uygular. Hakem kurulu, taraflar arasında yapılmış esas sözleşme hükümlerini ve varsa ilgili ticarî örf ve âdetleri göz önünde bulundurur*”²⁰⁷.

UNCITRAL Tahkim kuralları md. 35/1’de “*Hakem heyeti uyuşmazlığın esasına taraflarca seçilen hukuku uygular. Tarafların böyle bir seçim yapmamış olmaları halinde, hakem heyeti uygun gördüğü hukuku uygular*”²⁰⁸ hükmüne yer verilmiştir.

Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmede de (ICSID) uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisi ilkesi tam anlamıyla kabul edilmiştir. Bu bağlamda, hakemler sözleşmeden doğan uyuşmazlığı tarafların seçtikleri hukuka göre çözecektir²⁰⁹.

Yukarıda yer verdiğimiz hükümlerden, tarafların, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri takdirde, hakemlerin sözleşmenin esasına taraflarca seçilen hukuku uygulaması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Burada belirtilmesi gereken husus, tahkim yargılamasında taraflarca seçilen hukukun, devlet mahkemeleri ile kıyaslandığında, daha çok önem taşıyacağıdır. Zira devlet mahkemelerinin aksine, hakemlerin, doğrudan uygulayabilecekleri maddî hukuk kurallarını da içeren bir *lex*

²⁰⁶ Rabi Koral, “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 tarihli Sözleşme (Avrupa Milletlerarası Ticarî Hakemlik Sözleşmesi), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 3, Sayı: 3-4, 1964, s. 776; Şanlı, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 253; Akıncı, İnşaat, ss. 94-95; Erdoğan Feyiz, **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 99, 351.

²⁰⁷ Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası resmî sitesi: <http://icc.tobb.org.tr/icc-tahkimkullari.php>, (20.12.2019).

²⁰⁸ Ercüment Erdem, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 630 (Milletlerarası Ticaret).

²⁰⁹ Neva Övünç Öztürk, **ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, ss. 21 – 22; Çelikel ve Erdem, s. 772; Erdoğan, s. 175.

fori'si bulunmamaktadır²¹⁰. Bunun nedeni, hakemlerin yetkisini, tarafların arasında kurulan bir sözleşmeden almaları ve herhangi bir devlete bağlı olmadıklarından, bir hukuk sistemine sahip olmamalarıdır²¹¹. *Şanlı*, tarafların açık hukuk seçimine yönelik hak ve yetkilerinin herhangi bir millî kanunlar ihtilâfî sisteminin otoritesine tâbi tutulmaksızın doğrudan kabul edileceğini belirtmektedir²¹².

Hakem/hakem kurulu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlerken, tarafların iradesine aykırı hareket etmesi durumunda, bunun kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine dair öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar²¹³, tarafların iradelerine aykırı olarak sözleşmeye farklı bir devletin hukukunun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık oluşturacağını belirtirken, diğerleri, böyle bir durumda, hakemlerin yetkisini aşmasının söz konusu olacağını ifade etmektedirler²¹⁴. *Akıncı*, hakemin/hakem kurulunun, tarafların iradesini göz ardı ederek, uyuşmazlığın esasına farklı devletin hukukunu uygulamaları durumunda, hakemlerin yetkilerini aşmış olacağını, bu durumun, söz konusu hakem kararının hem iptali aşamasında hem tenfizi aşamasında olumsuz sonuçlar doğuracağını belirtmektedir²¹⁵.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını seçmedikleri takdirde hakemlerin hangi hukuk kurallarını uygulayacakları MTK'da ve tahkim kurallarında farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Türk hukuku açısından inceleme yapıldığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır. MTK md. 12/C gereği taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında, hakem ve hakem kurulu uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili maddî hukuku tespit edecek ve uyuşmazlığı o hukuka göre çözecektir²¹⁶. Taraflar açıkça izin verdiği durumlarda, hakem ve hakem kurulu, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya "*dostane aracı*" olarak da karar verebilir.

Yukarıda görüldüğü üzere, MTK, taraflarca hukuk kurallarının seçimi yapılmadığı takdirde, hakemlere uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili maddî hukuk

²¹⁰ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, ss. 61, 123 (Milletlerarası Ticarî Tahkim).

²¹¹ Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkim*, s. 124.

²¹² Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkim*, s. 135.

²¹³ Pierre Lalive, Jean-François Poudret ve Claude Reymond, **Le Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse**, Payot S.A., Lausanne 1989, s. 425 aktaran Akıncı, *İnşaat*, s. 107.

²¹⁴ Akıncı, *İnşaat*, s. 107.

²¹⁵ Akıncı, *İnşaat*, s. 109.

²¹⁶ Özel, *Tahkim*, s. 375; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, ss. 232 - 233 (Milletlerarası Tahkim).

kurallarını tespit etme ve uygulama imkânını vermektedir. Yani kanun koyucu “*doğrudan maddî hukukun tespiti (voie directe)*” sistemini kabul etmiştir. Öğretide, belirtilen sistemin, “*sınırlı*” ve “*sınırsız*” tespit şeklinde ikiye ayrıldığı belirtilmektedir²¹⁷. Bu bağlamda, sınırlı doğrudan maddî hukukun tespiti sisteminde, hakemler, uyuşmazlıkla “*en sıkı ilişkili*” olan kuralları uygulamak zorunda iken, sınırsız doğrudan maddî hukukun tespiti sisteminde, hakemler, “*uygun gördükleri*” kuralları uygulamalıdır. MTK düzenlemesinde kanun koyucu “*sınırlı doğrudan maddî hukukun tespiti*” sistemini benimsemiştir. Bu bağlamda, hakemler, yalnızca, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan devletin maddî hukuk kurallarını uygulayabileceklerdir. Kanun koyucu hükümde “*devletin maddî hukuk kurallarından*” bahsettiğinden, hakemler, millî olmayan kuralları, *lex mercatoria*’yı, milletlerarası hukukun genel ilkelerini ve standartları, en yakın ilişkili hukuk kuralı olarak uygulayamazlar²¹⁸. Bu kurallar, yalnızca, taraflar seçmişler ise uygulanır²¹⁹. Bununla birlikte, MTK md. 12/C’de hükmün yorumunda ve tamamlanmasında, bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir. MTK’daki hüküm esas itibarıyla, UNCITRAL Model Kanununun md. 28/4’den alınsa dahi, söz konusu kanundan farklı yaklaşımı benimsemiş bulunmaktadır. Şöyle ki, (1) sözleşme hükümleri yalnızca uygulanacak maddî hukuk kapsamında etkili olacaktır; (2) ticarî örf ve âdet yalnızca sözleşme hükümlerinin yorumunda ve eksik kalan noktaların tamamlanmasında dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, hakemlerin, göz önünde bulundurmaları gereken örf âdet ve teamül, milletlerarası ticarî uygulama sonucunda oluşan örf âdet ve teamül kuralları değil, yalnızca sözleşmeye uygulanacak hukuk sistemi içinde yer alan ticarî örf âdet ve teamüllerdir²²⁰.

MTK md. 12/C son cümlesinde, hakemlerin hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Bu durum, yürürlükteki hukukta uyuşmazlığa uygulanacak kurallar bulunmasına rağmen hakemlerin, uyuşmazlığı

²¹⁷ Özdemir Köseoğlu, **Uluslararası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, 2015, s. 164; Özel, Tahkim, s. 374; Tuğçe Nimet Yaşar, “International Chamber of Commerce (ICC) Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 55, Mart ayı, 2011, s. 21.

²¹⁸ Özel, Tahkim, s. 375.

²¹⁹ Özel, Tahkim, s. 375.

²²⁰ Özel, Tahkim, s. 377; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 233.

kendi adalet ve nasafet ölçülerine göre çözmeleri gerektiğini ifade eder²²¹. Fakat, hakemlerin, maddî hukuk kurallarına bağlı kalmaksızın, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar verebilmeleri için, taraflar bu yetkiyi hakemlere “açıkça” vermiş olmalıdırlar. Diğer bir ifadeyle, taraflar arasında konuya dair açık hüküm içeren bir sözleşme bulunmadıkça, hakemler kendiliğinden hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar veremezler²²².

Taraflar, hakemlere “*dostane aracı*” olarak hareket etme yetkisini verebilirler. Hakemler, bu yetkiye dayanarak karar verirken, onlardan, hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmaları beklenmez, buna karşılık hakkaniyet ilkesinden hareket etmeleri, mümkün olduğunca esnek davranmaları beklenir. Bununla birlikte, hakemlere tanınan esneklik sınırsız olmadığından, taraflara eşit davranılması, savunma haklarına riayet edilmesi gibi temel haklar ihlal edilmemelidir²²³.

Hakemlere “*dostane aracı*” olarak hareket etme yetkisi, bir taraftan, uzun dönemli sözleşmelerde, teknoloji transferi, anahtar teslim sanayî tesisleri inşaatı gibi sözleşmelerde²²⁴, diğer taraftan, hukukçu yerine teknik uzmanların hakem olarak atandığı uyuşmazlıklarda²²⁵ daha çok tercih edilmektedir.

Taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralları seçilmediği takdirde hangi hukuk kurallarının uygulanacağı konusunda tahkim kurallarına baktığımızda şunu görebiliriz. MTO Tahkim kurallarının md. 21’deki başlık dikkate alındığında, MTO’nın “*kanunlar ihtilâfî sistemi aracılığıyla dolaylı olarak maddî hukuk tespiti*” sistemi yerine “*doğrudan maddî hukukun tespiti (voie directe)*” sistemini kabul ettiği görülmektedir²²⁶. Bu durum, hakemlerin, maddî hukuku tespit edebilmeleri için kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulama zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır²²⁷. Yukarıda, atıf yaptığımız hükümden de görüldüğü üzere, MTO tahkim kurallarında, sınırsız doğrudan maddî hukukun tespiti sistemi kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hakemler, uyuşmazlıkla sıkı ilişki içinde bulunmayan kuralları da maddî hukuk kuralları olarak uygulayabilirler²²⁸. Bu bağlamda,

²²¹ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, ss. 233 – 234.

²²² Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 234; Özel, Tahkim, s. 377.

²²³ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 235;

²²⁴ Özel, Tahkim, s. 378.

²²⁵ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 235; Özel, Tahkim, s. 378.

²²⁶ Köseoğlu, s. 164; Yaşar, s. 21.

²²⁷ Özel, Tahkim, s. 374.

²²⁸ Özel, Tahkim, s. 374; Yaşar, s. 21.

hakemler, millî hukukların yanında, hukukî ya da hukukî olmayan kuralları (*non legal rules*), standartları, uyuşmazlığın esasına “*uygun gördükleri hukuk*” olarak uygulayabilirler²²⁹.

MTO tahkim kurallarında, hakemlerin, karar verirken, sözleşme hükümlerini ve varsa milletlerarası ticarî uygulama sonucunda oluşan ticarî örf ve âdetleri dikkate almaları gerektiği düzenlenmiştir. Bazı durumlarda, sözleşme hükümleri, uyuşmazlığın çözümü için, açık hükümler içermeye bilir. Bu durumda, hakemler, genel âdetler, ticarî teamüller veya taraflar arası uygulamalar gibi sözleşme dışı yorum kaynaklarına da başvurabilirler²³⁰.

Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID) hükümleri uyarınca taraflar, hukuk seçimini yapmadıkları takdirde, uyuşmazlığa, sözleşmenin tarafı olan devletin, yani yatırıma ev sahipliği yapan devletin hukuku, bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ile birlikte uygulanacaktır. Hakem ve hakem kurulu, sözleşmeye taraf devletin hukukunun yanında, milletlerarası hukukun uygulanabilir kurallarına da başvurabilirler (ICSID md. 42)²³¹. ICSID md. 42/3’de hakeme/hakem kuruluna uyuşmazlığın çözümünde belirli bir hukuk sistemine bağlı kalmaksızın, hakkaniyet kuralları (*ex aequo et bono*) çerçevesinde karar verme yetkisi de tanınmıştır. Fakat hakemin/hakem kurulunun bu yetkiyi kullanabilmesi için, tarafların bu konuda mutabakata varmış olmaları gerekir²³².

Yukarıda belirtildiği üzere Avrupa Milletlerarası Ticarî Hakemlik Sözleşmesinin, “*Tatbik Edilecek Hukuk*” başlıklı VII. maddesinde, taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmadıkları takdirde, hakemlerin uyuşmazlığın niteliğine (*nev’ine*) göre uygun görecekları kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği kanunu uygulayacakları; hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit ederken taraflar arasındaki ticarî sözleşme hükümlerini ve ticarî âdetleri dikkate alacakları da düzenlenmiştir²³³.

²²⁹ Özel, Tahkim, s. 374; Yaşar, s. 21.

²³⁰ Özel, Tahkim, s. 376.

²³¹ N. Öztürk, s. 52, 55; Çelikel ve Erdem, s. 772; Erdoğan, s. 175.

²³² N. Öztürk, s. 65; Çelikel ve Erdem, s. 772; Erdoğan, s. 175.

²³³ Koral, s. 776; Şanlı, Milletlerarası Ticarî Tahkim, s. 253; Akıncı, İnşaat, ss. 94-95; Erdoğan, ss. 99, 351.

Bu kuralda verilen yetkinin nasıl kullanılması gerektiği konusunda, *Şanlı*, sözleşmenin esasına uygulanacak kanunlar ihtilâfî kuralları tespit edilirken, dâva konusu olayın veya uyuşmazlığın konusunu oluşturan meselenin özelliklerinden hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir²³⁴. Bu nedenle, hakemlere, milletlerarası (ya da en azından ulusal olmayan bir) kanunlar ihtilâfî kuralı veya sistemine bağlanmaları, diğer bir ifadeyle bu niteliğe sahip kanunlar ihtilâfî kurallarını veya sistemini uyuşmazlığın türü bakımından uygun addetmeleri önerilmektedir. Bununla birlikte, hakemler, sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilâfî kurallarını tercih ederken, o kuralların yalnızca, uyuşmazlığın mahiyetine uygun olup olmadığına bakmakla yetinmemesi gerektiği, aynı zamanda, bu kuralın ulaştığı maddî sonucun tahkimden beklenen amaca uygun olup olmadığına da dikkat etmeleri gerektiği ifade edilmektedir²³⁵. Dolayısıyla, hakemler, Avrupa Milletlerarası Ticarî Hakemlik Sözleşmesi hükümleri gereği dâvanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın mahiyetine uygun bir milletlerarası karakterli kanunlar ihtilâfî kuralını seçerken, daima bu kuralın tarafların tahkime gitmedeki genel amaç ve beklentilerini, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve uluslararası ticarî âdetleri etkin ve geçerli kılan bir kanunlar ihtilâfî kuralı olup olmadığına dikkat etmelidirler²³⁶.

İnşaat alanında, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından hazırlanan standart kurallarda, belirtmek gerekirse md. 28/II'de taraflar aksini kararlaştırmadıkça, sözleşmeye uygulanacak hukuk işin yapıldığı yer devleti izin verdiği nispette, yüklenicinin devletinin hukukudur²³⁷.

III. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN UYGULANMADIĞI HALLER

Daha önce tespit edildiği üzere para karşılığı yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk MÖHUK md. 24'e göre belirlenir. Bu bağlamda taraflar arasındaki sözleşmenin kuruluşu, içeriği, geçerliliği, süresi, hüküm ve sonuçları, ifası, sona ermesi gibi hususlarda sözleşme statüsü uygulanır²³⁸. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulması için

²³⁴ Şanlı, Milletlerarası Ticarî Tahkim, ss. 256 – 257.

²³⁵ Şanlı, Milletlerarası Ticarî Tahkim, ss. 256 -257; Erdoğan, s. 100.

²³⁶ Şanlı, Milletlerarası Ticarî Tahkim, ss. 256 -257; Erdoğan, s. 100.

²³⁷ ECE Form 188/A 574 A, madde 28/II aktaran Akıncı, İnşaat, s. 96.

²³⁸ Şanlı, Esen ve Ataman- Fıganmeşe, s. 310; Can ve Toker, s. 454; Demirkol, ss. 334 - 336.

aranan şartlar, sözleşmenin müzakerelerine girişilmesinden kaynaklanabilecek borçlar (*culpa in contrahendo*), yabancı para kayıtları, irade sakatlıkları, sözleşmenin kapsamı, sözleşmenin yorumlanması, sorumluluk, cezaî şart, hasar ve intikali, ifası, ifa engelleri, sözleşmenin sona ermesi, sözleşme hükümleri gibi konular sözleşmenin tâbi olduğu hukuka göre belirlenecektir²³⁹. Fakat bazı uyuşmazlıklar her ne kadar inşaat sözleşmeleri ile yakından ilişkili olsa dahi, sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukuka tâbi olmazlar. Diğer bir ifadeyle sözleşme statüsünün uygulama alanı dışında kalırlar. Bunlardan birincisi, yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinin taraflarının ehliyetleri ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardır. Bu tür uyuşmazlıklarda sözleşme statüsüne dair hükümler uygulanmaz. Burada genel nitelikteki ehliyeteye dair MÖHUK md. 9/1 göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Buna göre sözleşme yapma ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Fakat millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı devletin hukukuna göre ehilse, yaptığı hukukî işlemle bağlı tutulur. İşlem güvenliğinin korunması amacıyla kabul edilmiş bu kurala göre, kişi millî hukukuna göre ehliyetli olmasa dahi işlemin yapıldığı devletin hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlem ile bağlıdır²⁴⁰. Bu kuralın iyi niyetli muhatabı korumak için uygulanması gerektiği, bu ehliyetsizliği bilen ya da bilmesi gereken kişi için uygulanmaması gerektiğini savunan görüş mevcuttur²⁴¹.

İnşaat sözleşmelerinde taraflar genelde tüzel kişiler olduğundan, tüzel kişinin sözleşme yapma ehliyeti MÖHUK md. 9/4 uyarınca “*statülerindeki idare merkezi*” hukukuna tabidir. Kanunda hükmünde yer alan “*statü*” tabiri dernekler bakımından tüzük, vakıflar bakımından vakıf senedi, şirketler bakımından ise ana sözleşme gibi tüzel kişinin ana belgesini ifade etmektedir²⁴². Asıl kural bu olmakla birlikte md. 9/4 hükmünün ikinci cümlesinde tüzel kişinin fiili idare merkezinin Türkiye’de bulunması durumunda Türk hukukunun uygulanabileceği düzenlenmiştir. Öğretide bu konuda hâkime takdir yetkisinin verildiği belirtilmektedir²⁴³.

Sözleşme statüsünün uygulanmadığı ikinci hal, yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinin şekil bakımından geçerliliğine dair uyuşmazlıklardır. Bu tür

²³⁹ Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 311; Can ve Toker, s. 454; Demirkol, ss. 334 - 336.

²⁴⁰ Çelikel ve Erdem, s. 363.

²⁴¹ Çelikel ve Erdem, s. 363.

²⁴² Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 119; Çelikel ve Erdem, s. 211- 212.

²⁴³ Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, ss. 119 -120; Çelikel ve Erdem, s. 211-212.

uyuşmazlıklarda MÖHUK md. 7 uygulama alanı bulur. Buna göre, hukukî işlemin yapıldığı yer hukukunun (*locus regit actum*) veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*) maddî hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılan sözleşmeler geçerli sayılır. Bu durumda işlemin esasını yöneten sözleşme statüsünün öngördüğü şekil veya işlemin yapıldığı yer hukukunun maddî hükümlerinin şekil kuralları uygulanabilir²⁴⁴. MÖHUK md. 7’de hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukukta “*atıf*” uygulaması açıkça reddedilmiştir²⁴⁵.

Sözleşme statüsünün doğrudan uygulama alanını bulmayacağı hallerden üçüncüsü, zamanaşımıdır (MÖHUK md. 8). MÖHUK md. 8 gereği zamanaşımı, hukukî işlem veya ilişkinin esasına uygulanan hukuka (*lex causae*) tâbidir. Bu bağlamda inşaat sözleşmesinden kaynaklanan talep hakkının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı inşaat sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenir.

MÖHUK md. 33 gereği (a) ifanın gerçekleştirme biçimine, (b) ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına, (c) gözetim ve denetime ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı devletin hukuku dikkate alınır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ifanın gerçekleştirme biçiminin ve tedbirler konusunun, sözleşme statüsüne tabi tutulmaya devam edeceğidir. Bununla birlikte, kanun koyucunun hâkime, ifanın gerçekleştirildiği veya malların korunmasına ilişkin tedbirlerin alındığı devletin hukukunu da dikkate alma konusunda takdir yetkisini tanımış olmasıdır²⁴⁶. Bu bağlamda, madde hükmü gereği hâkim malın ölçülmesi ve tartılması, muayenesi ve ayıplı malın muhafazası gibi edimin ifası ile ilgili bazı işlemleri bu işlemlerin gerçekleştirildiği devletin hukukuna tâbi tutabilir²⁴⁷. Dolayısıyla hükümde ifanın fiilen gerçekleştirildiği devletin hukukunun uygulanması genel anlamda sözleşme statüsünü bertaraf eden bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir²⁴⁸.

²⁴⁴ Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 312; Çelikel ve Erdem, s. 363; Can ve Toker, s. 278.

²⁴⁵ Belirtilmelidir ki, Türk hukukunda “*iade atıf*” ve “*devam eden atıf*” sadece aile hukuku ve şahsın hukuku alanlarında kabul edilmiştir (MÖHUK md. 2/3). Detaylı bilgi için Şanlı, Esen ve Ataman- Figanmeşe, s. 55; Çelikel ve Erdem, s. 124. Dolayısıyla atıf uygulaması sözleşmeler açısından da reddedilmiştir.

²⁴⁶ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 314.

²⁴⁷ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 314; Çelikel ve Erdem, ss. 364, 415; Can ve Toker, s. 455.

²⁴⁸ Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, s. 314; Çelikel ve Erdem, s. 415; Can ve Toker, s. 455.

IV. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUKUN TATBİKİNİ ENGELLEYEN DURUMLAR

A. Uluslararası Sözleşmeler

MÖHUK md. 1/2 gereği MÖHUK'daki düzenleme Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı düzenleyen bir uluslararası sözleşme varsa, bu sözleşme uygulama alanı bulacaktır ve söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlık bu uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözülecektir.

Uluslararası sözleşmelerin MÖHUK md. 24'ün uygulama alanını iki şekilde engellemesi mümkündür. Bunlardan biri, uluslararası sözleşmelerin yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinden doğan ilişkiye özgü kanunlar ihtilâfı kuralı öngörmesidir; bir diğeri, uluslararası sözleşmelerin inşaat sözleşmesine dair maddî kurallar getirmesidir.

Her ne kadar uluslararası sözleşmelerin kapsamına giren konuların MÖHUK md. 24'e göre idare edilmeyeceği belirtilse dahi, öğretide md. 24'ün inşaat sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiye hiç uygulanmayacağını söylemenin mümkün olmadığı belirtilmektedir²⁴⁹. Zira taraflar arasındaki hukukî ilişkinin ilgili uluslararası sözleşmenin kapsamına girmeyen kısımlarına uygulanacak hukuk yine MÖHUK md. 24'e göre tespit edilecektir.

Bazı uluslararası sözleşmelerde, bu tür sözleşmelerin uygulanmasını engelleyen hükmün kesin hükümsüz olacağı açıkça düzenlenir. Bu durum, bu tür anlaşmaların aksinin taraflarca yapılamayacağını gösterir²⁵⁰.

²⁴⁹ Demirkol, s. 398.

²⁵⁰ Demirkol, s. 400.

B. Doğrudan Uygulanan Kurallar

1. Doğrudan Uygulanan Kuralların Türleri

Bir devletin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uygulanması zorunlu olan kurallara doğrudan uygulanan kurallar denir²⁵¹. Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilâfî kurallarından, bu bağlamda MÖHUK md. 24'den bağımsız olarak uygulanır²⁵².

Doğrudan uygulanan kurallar, (1) mahkemenin hukukunun yani *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları; (2) uyuşmazlığa uygulanacak hukukun yani *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ve (3) üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak üçe ayrılır²⁵³.

MÖHUK'da doğrudan uygulanan kurallar md. 6'da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve md. 31'de üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları şeklinde iki farklı maddede düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Türk hukukunda, mahkemenin hukukunun (*lex fori*'nin) doğrudan uygulanan kuralları ile üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları hakkında düzenleme getirilmiştir. Uyuşmazlığa uygulanacak hukukun (*lex causae*'nin) doğrudan uygulanan kurallarına dair hüküm bulunmamaktadır.

Öğretide, kanunlar ihtilâfî kurallarının niteliği gereği, doğrudan uygulanan kuralların içinde, mahkemenin hukukuna yani *lex fori*'ye ilişkin doğrudan uygulanan kural ile uyuşmazlığın esasına yani *lex causae*'ye ilişkin doğrudan uygulanan kuralın uygulanması için kanuna hüküm koymanın gerekmediğini ileri süren görüş mevcuttur²⁵⁴. Yazar, kendi görüşünü, hâkimin, MÖHUK md. 2/1 gereği yabancı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuku resen uygulayacağına; uyuşmazlığa uygulanması gereken doğrudan uygulanan kurallar mevcut ise, hâkimin, o kuralı, doğrudan uygulanan kuralın hukukî

²⁵¹ Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 8 (DUK); Şanlı, Esen ve Ataman - Figanmeşe, ss. 7-8; Çelikel ve Erdem, s. 153, s. 318; Can ve Toker, s.131; Karaca, s. 1521.

²⁵² Özdemir Kocasakal, DUK, s. 27; Demirkol, s. 400.

²⁵³ Çelikel ve Erdem, s. 154; Mustafa Erkan, "MÖHUK md. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 2, 2011, s. 85.

²⁵⁴ Çelikel ve Erdem, ss. 155-156.

niteliği gereği uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmadığına bakmaksızın uygulayacağına dayandırmaktadır²⁵⁵.

Buna karşılık, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının hâkim tarafından uygulanabilmesi için kanunda düzenlenmesinin şart olduğuna dikkat çekilmektedir²⁵⁶.

Kanunda düzenlenen *lex fori*'nin ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükümlerin uygulama alanları farklıdır. Şöyle ki, MÖHUK md. 6'da düzenlenen doğrudan uygulanan kural kanunun genel düzenlemesinde yer aldığından her türlü ilişki açısından uygulama alanı bulurken, md. 31'de düzenlenen doğrudan uygulanan kural, sadece sözleşmeden doğan ilişkilerde uygulama alanı bulacaktır²⁵⁷.

2. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Bir devletin siyasî, ekonomik ve sosyal yapılanması ve kamu yararını koruma amacını güden kuralların uygulanması hukuk seçimi yapılarak veya başka bir kanunlar ihtilâfı kuralları ile bertaraf edilemez²⁵⁸. Diğer bir ifadeyle, kanunlar ihtilâfı kuralları, doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını bertaraf edemez, aksine doğrudan uygulanan kurallar kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını bertaraf eder.

MÖHUK md. 6 gereği “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır”. Bu bağlamda, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, kendi kapsamına giren bir konuda, uyuşmazlık konusu olaya MÖHUK md. 24 gereği yabancı hukukun uygulanmasına engel olacaktır. Fakat doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı bulabilmesi için somut olayla veya sözleşmeyle söz konusu kurallar arasında bir ilişki

²⁵⁵ Çelikel ve Erdem, ss. 155-156.

²⁵⁶ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 213; Çelikel ve Erdem, ss. 155- 156;

²⁵⁷ Demirkol, s. 401.

²⁵⁸ Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 11, (Uygulanacak Hukuk); Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 1995, s. 33, (Koruma); Demirkol, s. 402; Karaca, ss. 1521-1522.

bulunmalıdır²⁵⁹. Bu bağlamda, ilgili mesele hakkında hangi devletin hukuku uygulanacak olursa olsun, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının devreye girdiği hallerde, ilgili meselenin tabi olduğu hukuk uygulanmayacaktır. Burada yabancı hukukun uygulanmasına tümüyle engel olunmadığına ve yabancı hukukun sadece Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının devreye girdiği konularla sınırlı olarak uygulanmadığına dikkat çekilmektedir²⁶⁰.

İnşaat alanında geçerli md. 6 kapsamında değerlendirilen doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak, İmar Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu, Gecekondu Kanunu, İmar Affı Kanunu, Orman Kanunu gibi kanunlarda yer alan hükümler getirilebilir.

3. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları

MÖHUK md. 31’de düzenlenen hüküm net bir ifade taşımadığından, öğretide, hükmün uygulanmasına dair tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar, genel olarak, üç temel noktada toplanmaktadır. Bunlardan birincisi, bu tür kurallar kamu hukuku karakterini taşıdığından yabancı bir devletin kamu hukuku kurallarının başka bir devlet mahkemeleri tarafından uygulanmayacağı yönündedir²⁶¹. İkincisi, doğrudan uygulanan kurallar siyasî özellik taşıdığından yalnızca doğrudan uygulanan kuralların yürürlükte bulundukları devlet mahkemeleri tarafından uygulanabileceğidir²⁶². Üçüncüsü, yukarıda belirtilen iki eleştiriyi desteklemek amacıyla ortaya çıkan ülkesellik ilkesidir. Buna göre, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları hem kamu hukuk karakteri hem de siyasî özellikler taşıdığından, bu kuralların yürürlükte olduğu devlet mahkemelerinde uygulama alanı bulabileceğinden hareketle başka devlette uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir²⁶³.

²⁵⁹ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 33; Demirkol, s. 403.

²⁶⁰ Doğan, MÖH, s. 273; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe, ss. 10 - 11.

²⁶¹ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 36; Nomer, ss. 325-326; Erkan, s. 86.

²⁶² Özdemir Kocasakal, DUK, s. 36; Erkan, s. 87.

²⁶³ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 36; Erkan, s. 87.

Yabancı bir devletin kamu hukuku kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş²⁶⁴ hem öğretide hem de uygulamada destek bulmuştur. Bu bağlamda öğretide kabul edilen görüş, kanunlar ihtilâfı kurallarının sadece özel hukuk alanında geçerli olacağı ve kamu hukuku alanında uygulanmayacağı yönündedir. Zira her devlet kendi faaliyet alanını düzenleyen kamu hukuku kurallarını tek taraflı olarak kendisi belirler ve bu kuralların uygulama alanının belirlenmesinde yabancı bir hukuka etki tanınması devletin egemenliğine aykırılığı teşkil eder²⁶⁵. Her ne kadar bu görüş öğretide kabul edilen görüş olsa dahi, bu görüşün eksik olduğuna da dikkat çekilmektedir²⁶⁶. Türk öğretisinde, üçüncü görüş, yani doğrudan uygulanan kuralların hem özel hem de kamu hukuku karakterine sahip olduğu ve bu iki hukuk dalı arasında yer alan kurallar olduğu görüşü benimsenmiştir. Buna göre, özel hukuk etkilerine sahip, fakat devletin ve toplumun üstün menfaatlerinin korunmasını amaçlayan kurallar da doğrudan uygulanan kurallardır²⁶⁷.

MÖHUK md. 31 gereği, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Md. 31'deki hükme dikkatlice bakıldığında, kanun koyucunun üçüncü devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara “*etki tanınabileceğini*” düzenlediğini görebiliriz. Öğretide, bir hukuk kuralını “*uygulamak*” ile hukuk kuralına “*etki tanımak*” arasında farklılığın olduğu belirtilmektedir²⁶⁸. Bu bağlamda, bir hukuk kuralını uygulamak, o kuralı bütün sonuçları ve öngördüğü yaptırımları ile bir uyumsuzluğun çözümünde kullanmak anlamına gelirken, bir hukuk kuralına etki tanımak ise o kuralı, diğer hukuk kuralının uygulanması için gereken fiili unsurlardan birisi olarak kabul etmek anlamına gelir²⁶⁹. Bu durum, md. 31 gereği doğrudan uygulanan kurallara, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk (*lex contractus*) çerçevesinde etki

²⁶⁴ Nomer, s. 326; Monika Pauknerova, **Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law**, ERA Froum, 2010, s. 33 aktaran Erkan, s. 87.

²⁶⁵ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 37; Erkan, s. 87.

²⁶⁶ Erkan, ss. 88- 90.

²⁶⁷ Nomer, s. 183; Çelikel ve Erdem, s. 383; Özdemir Kocasakal, DUK, s. 39; Erkan, s. 91.

²⁶⁸ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 75; Demirkol, s. 406.

²⁶⁹ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 75; Demirkol, s. 406.

tanınması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır²⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, bu kurallar bir vakıa olarak dikkate alınacaktır²⁷¹.

Bir vakıanın dikkate alınacağının vurgulanmadan da dikkate alınmasının mümkün olduğuna dikkat çekilmektedir. Meselâ, sözleşmeye uygulanan hukuk böyle bir vakıanın dikkate alınmasına imkân tanımıyorsa, uyuşmazlığa bakan mahkemenin bu doğrudan uygulanan kuralı ayrıca dikkate alması veya bu kurala etki tanınmasının hiçbir somut sonucu olmayacaktır. Aksine, mücbir sebeplere etki tanıyan bir hukuk sisteminde olası bir ambargo mücbir sebep olarak değerlendirilerek dikkate alınabilir²⁷².

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar şunlardır: (1) doğrudan uygulanan kural, kanunlar ihtilâfından bağımsızdır. Bu bağlamda, doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukuku bertaraf etme özelliğine sahiptir; (2) doğrudan uygulanan kuralın ait olduğu (üçüncü) devletin hukuku ile sözleşme arasında sıkı ilişki bulunması gerekir. Fakat buradaki sıkı ilişki MÖHUK md. 24/4 c. 1 ve 3’de düzenlenen sıkı ilişkili hukuktan farklıdır. MÖHUK md. 31’deki sıkı ilişki şartı, bir başka devletin doğrudan uygulanan kuralları ile sözleşme arasında, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanacak hukuku bertaraf etmeyi haklı gösterecek önemde bir ilişkinin bulunması gerektiğini vurgulamaktadır²⁷³.

MÖHUK md. 31’deki hükmün uygulanmasında uyuşmazlığı çözen hâkimin değerlendirmesi ve takdiri önemlidir²⁷⁴.

²⁷⁰ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, s. 75.

²⁷¹ Demirkol, s. 406.

²⁷² Örneğin, bir kişi bir devletin uyguladığı ambargo nedeniyle edimini ifa edememiştir. Bu nedenle diğer taraf zarara uğramıştır. Böyle bir ambargonun uygulanması, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı niteliğindedir. Bu durumda, söz konusu ambargonun dikkate alınıp alınmayacağı, sözleşmeye uygulanacak hukukun yaklaşımına bağlıdır. Sözleşmeye uygulanan hukuk bu tür nedeni borcun sona ermesi olarak düzenleyebileceği gibi, böyle bir nedenin sorumluluk hukuku açısından herhangi bir etkisinin olmayacağını da belirtebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus uyuşmazlığa bakan mahkeme somut olay ile ilgili karar verirken ambargoyu dikkate almasının doğurduğu sonucun, *lex contractus*’un hukuk sistemine tâbi olmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, DUK, ss. 78, 82; Demirkol, ss. 406- 407.

²⁷³ Demirkol, s. 405.

²⁷⁴ Demirkol, s. 404.

C. Kamu Düzeni

Sözleşme statüsünün uygulama alanı bulmayacağı hallerden üçüncüsü, sözleşmenin tâbi olduğu yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak hükümlerinin, hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması durumudur. Kamu düzeninin, bütün özelliklerini ifade edebilecek tam tanımının yapılması kolay olmadığından öğretide, genel bir tanımla “*kamu düzeni kuralları, bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak – kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü*” şeklinde tanımlanmıştır²⁷⁵. Bu genel çerçevesi içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanmaktadır. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğu durumlarda da örneğin, ithalat-ihracat yasakları, döviz kısıtlamaları, kotalar sözleşme statüsü hükümleri uygulanmaz.

Kamu düzenine aykırılık, doğrudan uygulanan kurallara amaçsal açıdan benzer ve kamu düzenine aykırılık, doğrudan uygulanan kurallardan farklı olarak yalnızca yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk uygulandıktan sonra, elde edilen somut sonucun uyuşmazlığa bakan hâkimin hukuk düzeni içinde kabul edilmeyecek nitelikte olması durumunda gündeme gelir²⁷⁶. Bu bağlamda, kamu düzeni, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasına müdahale etmemekte; bu kuralların uygulanması sonucunda elde edilen çözümü “*kontrol*” etmektedir.²⁷⁷ Bunun sonucunda kamu düzeni, bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun öngördüğü çözümün hâkim tarafından benimsenmemesine neden olur²⁷⁸.

Bu müdahaleden sonra boşluğa hangi devletin hukukunun uygulanacağı öğretide tartışılmaktadır. Bazı yazarlar, böyle bir durumda, oluşan boşluğun kural olarak uygulanan yabancı hukukla doldurulacağını, bunun mümkün olmaması durumunda *lex fori* yani hâkimin hukukunun veya genel hukuk ilkelerinin

²⁷⁵ Çelikel ve Erdem, s. 139.

²⁷⁶ Demirkol, s. 410.

²⁷⁷ Bu kontrol, yabancı hukukun uygulanması üzerine elde edilen sonucun benimsenip benimsenmemesi açısından bir “*pasaport kontrolüne*” benzetilmiştir, Nomer, s. 166; Demirkol, ss. 410- 411.

²⁷⁸ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 6; Nomer, s. 164; Akıncı, Uygulanacak Hukuk, s. 55; Demirkol, s. 411.

uygulanmasını gerektiğini belirtmektedirler²⁷⁹. Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş, yukarıda belirtilen yaklaşımın gerçekçi olmadığını vurgulamakta; uyuşmazlığın bu sonuca ulaşılması için *lex causae*'den başka bir hukukun uygulama alanı bulması gerektiği ve bu hukukun, olaya özgü bir çözüm öngören bir hukukun yokluğunda bile, her zaman *lex fori* olacağı yönündedir²⁸⁰.



²⁷⁹ Nomer, s. 184; Demirkol, ss. 411 - 412.

²⁸⁰ Sakmar, Ata, “Le nouveau droit international privé turc”, **RCADI**, Cilt: 223 (1990 - IV), s. 333 aktaran Demirkol s. 412.

İKİNCİ BÖLÜM

KAZAK VE RUS HUKUKLARINDA YABANCI UNSURLU İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

I. KAZAK VE RUS HUKUKLARINDAKİ İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE DAİR HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Kazak Ve Rus Hukuklarında Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Kuralları

Kazakistan ve Rusya hukukunda yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunu düzenleyen Medenî Kanundaki hükümler bazı hususlarda birebir olmakla birlikte bazı hususlarda farklılıklar göstermektedirler. Çalışmamızda tekrar etmekten kaçınmak amacıyla Rus hukukunun yalnızca Kazak hukukundan farklı düzenleme getiren hükümleri incelenecektir.

Kazakistan'da milletlerarası özel hukuka dair hükümler Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanununun 7. bölümünde düzenlenirken, Rus hukukunda Rusya Federasyonu Medenî Kanununun 6. bölümünde düzenlenmiştir.

Eski Sovyet devletlerinde merkezî ekonomi esas iken, Sovyetler Birliğinin dağılması ile bağımsızlığını ilân eden yeni devletlerde serbest ekonomiye geçiş süreci başlatılmıştır. Bu durum, mevcut olan kanunların değiştirilmesi ihtiyacını ortaya koymuştur. Böylece 1990'lı yıllarda, eski Sovyet devletlerinde, hukuk sistemlerinin Sosyalist Hukuk Sisteminden Kıta Avrupa Hukuk Sistemine değiştirme süreci başlatılmıştır. Bu bağlamda, Bağımsız Devletler Topluluğuna [BDT] üye devletlerin parlamentolararası meclisi tarafından BDT'na üye devletler açısından bağlayıcı olmayan ve öneri niteliğinde Model Medenî Kanun hazırlanmıştır. Söz konusu Model Medenî Kanunun hazırlanması, BDT'na üye birçok devletin medenî kanunlarının benzer hükümler içermesine neden olmuştur. Zira, BDT'na üye devletlerin hazırladıkları kendi Medenî Kanunları kaynağını Model Medenî Kanundan almıştır.

Model Medenî kanun parça parça hazırlandığından kanunun kabul edilmesi farklı dönemlerde gerçekleşmiştir. Bu bağlamda, Model Medenî Kanunun 1. bölümü²⁸¹ BDT üye devletlerin parlamentolararası meclisi tarafından 29.10.1994 tarihinde, 2. bölümü²⁸² 13.05.1995 tarihinde, 3. bölüm²⁸³ 17.02.1996 tarihinde kabul edilmiştir. 16.06.2003 tarihinde, Model Medenî Kanunun üçüncü bölümünün “*Fikrî Mülkiyet*” hükmüne dair V. kısmı değişikliklere uğramıştır²⁸⁴. Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin hükümler Model Medenî Kanunun 3. bölümünde düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda, Model Medenî Kanundaki hükümler incelenmeyecektir. Yalnızca Kazakistan’ın ve BDT’na üye Rusya’nın iç hukukundaki inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair hükümlerini kıyaslamak amacıyla başvurulması mümkündür.

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden doğan hukukî ilişkilere Kazakistan hukuku uygulanacaksa, bu ilişkiler öncelikle Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası ile, Kazakistan’ın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile, Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanunu²⁸⁵, Ticaret Kanunu, Kazakistan Cumhuriyeti’nde mimarî, kentsel planlama ve inşaat faaliyetleri hakkında Kanun ve diğer kanunî düzenlemelerle idare edilir. Fakat, belirtilmelidir ki, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan borçlar, sözleşmesel nitelikte olduğundan ve tarafların iradelerine dayandığından, iş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişkiyi düzenleyecek önemli belgelerden biri tarafların imzaladığı inşaat sözleşmesidir.

Rus hukukunda ise inşaat alanına dair kanunî düzenlemelere, başta Rusya Federasyonu Anayasası olmakla birlikte, Rusya’nın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, Rus Medenî Kanunu, Arsa Kanunu, Şehir Planlama Kanunu, Rusya

²⁸¹ 29.10.1994 tarihli Model Medenî Kanunun birinci bölümü, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30073642#pos=0;0, (20.12.2019).

²⁸² 13.05.1995 tarihli Model Medenî Kanunun ikinci bölümü, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30076084#pos=1;-69, (20.12.2019).

²⁸³ 17.02.1996 tarihli Model Medenî Kanunun üçüncü bölümü, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30075662#pos=0;0, (20.12.2019).

²⁸⁴ 16 Haziran 2003 tarihli ve 21-7 sayılı Kararname ile Model Medenî Kanunun üçüncü bölümünün V. kısmına yapılan değişiklikler, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30159938#pos=1;-55, (20.12.2019).

²⁸⁵ Kazakistan’ın ilk Medenî Kanunu (Genel Hükümler) 27.12.1994 tarihinde Kabul edilirken, Medenî Kanun (Özel hükümler) 01.07.1999 tarihinde kabul edilmiştir. 27.12.1994 tarihli Medenî Kanun, Genel Hükümler (01.07.2019 tarihli değişiklikler ve ilaveler dâhildir), RG, Kazakistan Cumhuriyeti Meclis Bülteni, 1996, Sayı: 2, md. 187; 1 Temmuz 1999 tarihli ve 409-I sayılı Medenî Kanun, Özel Hükümler (24.04.2019 tarihli değişiklikler ve ilaveler dâhildir), RG, Kazakhstanskaya Pravda 17.07.99 tarih ve Sayı: 172-173 (22889-22890).

Federasyonu'nda Yatırım Faaliyeti Hakkında Kanun, Mimarî Faaliyet Hakkında Kanun girer. Rusya'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelere örnek olarak 1973 tarihli Karşılıklı Ekonomik Yardımlaşma Konseyine üye devletlerde kurulan Şirketler Arasında Makinelerin Ve Ekipmanların Temin Edilmesi Nedeniyle Montaj Ve Teknik Bakımın Genel Şartlarına Dair Sözleşme gösterilebilir. *Dmitriyeva*, Konsey'in 1991 yılında dağıtılmasına rağmen, bu Sözleşmenin Rusya, Vietnam, Moğolistan ve Küba'da kurulan şirketler bakımından halen uygulanmakta olduğunu, diğer yabancı kişiler bakımından ise söz konusu Sözleşmenin, inşaat sözleşmesinde ona atıf yapıldığı takdirde uygulanacağını belirtmektedir²⁸⁶. *Boguslavsky*, ise belirtilen Sözleşmenin, Konsey tarafından hazırlanan diğer Sözleşmeler gibi ciddi bir anlamda hukukî niteliğini kaybetmiş olduğunu ve yalnızca inşaat sözleşmesinde bu sözleşmeye atıf yapıldığı takdirde uygulanacağını ifade etmektedir²⁸⁷. Sözleşme, montaj ve diğer çalışmalarda hazırlık aşamasına dair tarafların yükümlüklerini, bu işlerin yapılma usûlünü, garanti süresinin belirlenmesinde aylık hesaplamayı ve işin ayıplı olması durumunda ayıbın giderilmesi talebinde bulunma süresini düzenlemektedir. Sözleşme inşaat işleri dışında, uzman, yüklenici ve iş sahibi arasındaki iş ilişkilerini de düzenlemektedir²⁸⁸.

Öğretide de belirtildiği üzere, inşaat faaliyetine ve inşaat sözleşmelerine dair hukuk kurallarının en önemli özelliği, bu kuralların hem hukuk kurallarından hem de teknik kurallardan/düzenleyici belgelerden oluşmasıdır²⁸⁹. Kazakistan'ın millî hukuk kurallarına göre teknik kurallar/düzenleyici belgeler konusuna ve uygulanacağı bölgeye bağlı olarak: (a) devlet kurallarından, (meselâ: SNİP (İnşaat düzenlemeleri ve kuralları), İnşaat sektöründe devletin uyguladığı standartlar, projelendirme ve inşaat faaliyetine dair kurallar dizini, RDS (Sistemin Düzenleyici Belgeleri), bölgesel inşaat kuralları) ve (b) endüstriyel – sektörel düzenleyici belgelerden (standartlardan) oluşur²⁹⁰. Bunlardan bazıları, emredici nitelikte iken meselâ SNİP, diğerleri ya emredici ya da öneri niteliğindeki belgelerdir. Meselâ, Kazakistan Cumhuriyeti

²⁸⁶ Галина К. Дмитриева., **Международное Частное Право**, четвертое издание, Проспект, Москва, 2017, стр. 341 – 342 (Galina K. Dmitriyeva, **Milletlerarası Özel Hukuk**, dördüncü baskı, Prospekt, Moskova, 2017, ss. 341-342).

²⁸⁷ Марк М. Богуславский, **Международное Частное Право**, 7-ое издание, Норма Инфра – М, Москва, 2018, стр. 320 (Mark M. Boguslavsky, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Baskı, Norma İNFRA - M, Moskova, 2018, s. 320).

²⁸⁸ Kazbekova, s. 106.

²⁸⁹ Kazbekova, s. 107.

²⁹⁰ Kazbekova, s. 107.

devlet standartları, RDS (Sistemin Düzenleyici Belgeleri) ve sonuncusu ise projelendirme ve inşaat faaliyetine dair kurallar dizini öneri niteliğindeki belgelerdir²⁹¹. Bunların dışında kentsel planlama çalışmaları alanında, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinin tarafları açısından emredici nitelikteki kentsel planlama normları ve kuralları da mevcuttur. Ayrıca inşaat sözleşmesinin tarafları inşaat işinin yapılması sırasında ifa yeri devletin sıhhi epidemiyolojik düzenlemelerine, yangın güvenlik kurallarına, arsa kanunlarına uymaları gerekmektedir.

Dolayısıyla, kanun koyucu her ne kadar yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda taraflara irade serbestisini tanısa dahi (KC MK md. 1112, RF MK md. 1210), sözleşmenin tarafları, yüklenicinin sözleşme şartlarını ifa ettiği devletin öngördüğü teknik kurallar/düzenleyici belgeler ile sınırlıdır²⁹². Diğer bir ifadeyle, yüklenici yabancı bir devlette inşaat işini yapıyorsa ve bu devlette imar izni, güvenlikle ilgili tedbirlere ilişkin düzenlemeler, inşaatta kullanılacak alet ve malzemenin tâbi olacağı ithalat rejimi gibi konuları düzenleyen teknik kurallar/düzenleyici belgeler mevcut ise, bu durumda, yüklenici, sözleşmeye statüsü içerisinde kalarak, inşaat yapıldığı devletin hukukundaki bu tür kurallara riayet etmesi gerekir²⁹³.

B. Kazak ve Rus Hukuklarında Kullanılan Ve Kullanımdan Kaldırılan Kavramlar

Kazak hukukundaki yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair kanun hükümleri incelenmeden önce Rus hukukunda kaldırılan, fakat Kazak hukukunda halen kullanılan kavramlara ilişkin bazı açıklamalara yer verilmesi gerektiğini doğru buluyoruz. Zira hem Kazakistan hukukunda hem öğretisinde sözleşmeden doğan ilişkilerin tanımı için “*muamele*” ve “*sözleşme*” kavramları kullanılmaktadır.

²⁹¹ Kazbekova, s. 108.

²⁹² Kazbekova, s. 108.

²⁹³ Akıncı, İnşaat, s. 72.

Gerçek ve tüzel kişilerin haklarının ve yükümlüklerinin kazanılmasına, değiştirilmesine ve kaybına yönelik eylemlere “*muamele*” denir²⁹⁴. Muameleler tek taraflı, iki ve çok taraflı olarak üçe ayrılır. İki ve çok taraflı muameleler “*sözleşme*” olarak adlandırılır²⁹⁵. Kazak ve Rus öğretisinde, kanun koyucular tarafından “*muamele*” kavramının iki durumda kullanıldığı belirtilmektedir²⁹⁶. Bunlardan birincisi “*sözleşmeler*” dâhil tüm “*muameleler*”den bahsedilirken, ikincisi “*tek taraflı muameleler*”den söz edilirken kullanılmasıdır. Dolayısıyla, kanun koyucular “*muamele*” ve “*sözleşme*” kavramlarını eşdeğer kavramlar olarak değerlendirmektedirler²⁹⁷.

Bununla birlikte, Kazak kanununda “*dış ticarete yönelik muamele*” ve “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramları mevcuttur. Belirtmek gerekirse, 11.06.1964 tarihli Kazak Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Medenî Kanununda “*dış ticarete yönelik muamele*” kavramı kullanılırken, 31.05.1991 tarihli Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Medenî Kanunu Temelinde²⁹⁸ daha geniş anlamda kullanılan “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramı kullanılmaya başlamıştır²⁹⁹. Fakat ne belirttiğimiz kanunda ne de diğer hukukî düzenlemelerde “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramının tanımı verilmiştir. Bu durum, “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramının tanımına dair öğretide birkaç görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur³⁰⁰. Zikin’e göre “*dış ekonomiye yönelik muamele*” (esas faaliyet alanı) farklı devletlerde bulunan kişiler ile ticarî şirketler arasında onların ticarî faaliyetleri sırasında akdedilen sözleşmeler girer³⁰¹.

“*Dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramı, ticarete yönelik hukukî ilişkileri kapsamakla birlikte dış ekonomik faaliyet alanındaki bütün sözleşmeden doğan

²⁹⁴ Dmitriyeva, ss. 284 – 285; Boguslavsky, s. 279.

²⁹⁵ Dmitriyeva, s. 285.

²⁹⁶ Dmitriyeva, s. 285.

²⁹⁷ Dmitriyeva, s. 285.

²⁹⁸ 31.05.1991 tarihli ve 2211-1 sayılı Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği Medenî Kanunu Temelleri, Kazakistan’da 1993 yılında yürürlüğe girmiştir ve Bağımsız Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanunu yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁹⁹ Майдан Кунтуарович Сулейменов, «Правовое Регулирование Внешнеэкономических Сделок в Казахстане», **Університетські наукові записки**, 2007, №2(22), стр. 69-70 (Maydan K. Suleymenov, Kazakistan’da Dış Ekonomiye Yönelik Muamelelere Dair Hukukî Düzenleme, **Üniversite Bilimsel Notları**, Cilt: 2, Sayı: 22, 2007, ss. 69 - 70) (Muamele).

³⁰⁰ Иван С. Зыкин, **Договор Во Внешнеэкономической Деятельности**, Международные отношения, Москва, 1990, стр. 8-11 (İvan S. Zikin, **Dış Ekonomi Faaliyetlerine Dair Sözleşmeler**, Uluslararası İlişkiler, Moskova, 1990, ss. 8 - 11).

³⁰¹ Zikin, s. 72.

ilişkileri de kapsar. Bu nedenle öğretide söz konusu kavramın, “*dış ticarete yönelik muamele*” kavramından daha geniş olduğu belirtilmektedir³⁰².

Kazakistan hukukunda yürürlükteki mevzuatta “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramı iki yerde düzenlenmiştir. Bunlardan biri, MK md. 153/3’de “*Yazılı şekle uyulmadan hazırlanan dış ekonomiye yönelik muamele geçersizdir*” ve diğeri md. 1104/2’de “*Taraflarından en azından birinin Kazakistan Cumhuriyeti tüzel kişi veya Kazakistan Cumhuriyeti vatandaşı olduğu muamelelerde, muamelenin nerede gerçekleştiğine bakılmaksızın, o dış ekonomiye yönelik muamele yazılı şekle tâbidir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Rus Medenî Kanununda da “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramı iki yerde, biri muamelenin şekline dair hükümde (md. 1209/2) ve diğeri basit yazılı şekle uyulmadan hazırlanan muamelelerin akibetine dair hükümde (md. 162/3) yer almakta idi³⁰³. 2013 yılında Rus Medenî Kanununa yapılan değişikliklerle³⁰⁴, “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramı Medenî Kanundan tamamen kaldırılmıştır. Günümüzde yürürlükte olan Rus hukukuna göre iki tür muamele mevcuttur. Bunlardan biri, *yabancı unsurlu muamele*, diğeri bir ifadeyle “*milletlerarası*” muameleler ve ötekisi *yabancı unsur içermeyen muamele* yani “*iç*” muameleler³⁰⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere öğretide, “*muamele*” kavramı ile hem “*sözleşmeler*” yani satım, eser sözleşmeleri hem de “*tek taraflı muameleler*” yani vekâletnamenin düzenlenmesi, borcun kabulü gibi muameleler açıklanır. Fakat, belirtilmelidir ki, her ne kadar hukukî düzenlemelerde ve öğretide dış ekonomiye yönelik “*muamele*” kavramı kullanılsa dahi, burada aslında genel “*muameleden*” ziyade “*sözleşmeden*” söz edilmektedir. Zira Zikin’in de belirttiği üzere, “*muamele*” kavramı, “*dış ekonomiye yönelik*” ilişkilerde “*sözleşme*” olarak nitelendirilir³⁰⁶.

Kazak hukukundaki düzenleme de bu yöndedir. Şöyle ki, belirttiğimiz üzere “*dış ekonomiye yönelik muamele*” kavramı Kazak Medenî Kanununda yalnızca iki

³⁰² Suleymenov, Muamele, ss. 69-70.

³⁰³ Dmitriyeva, s. 202.

³⁰⁴ 07.05.2013 tarihli ve 100-FK sayılı RF MK’nun 1. bölümün, 1’ci başlığının 4 ve 5’ci altbaşlıklarına ve 3’cü bölümün 1153. maddesine değişikliklerin yapılmasına dair Federal Kanun (kanun 01.09.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir); 30.09.2013 tarih ve 260 – FK sayılı RF MK 3’cü bölümüne değişikliklerin yapılmasına dair Federal Kanun (kanun 01.11.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir), Rusya Federasyonu kanunlarının derlendiği, “Konsultant Plus” şirketinin resmî sitesi, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/, (20.12.2019).

³⁰⁵ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 17.

³⁰⁶ Zikin, s. 29.

yerde düzenlenmiştir. Kanunlar ihtilâfı kurallarını düzenleyen genel nitelikteki hükümlerde ise “sözleşme” veya “sözleşmeden doğan borçlar” kavramı kullanılmaktadır³⁰⁷. Bu durum, kanun koyucunun “sözleşme” kavramını, md. 1084’de düzenlenen “yabancı unsurlu sözleşme” ve md. 153/3’de yer alan “dış ekonomiye yönelik muamele” kavramlarını kapsayacak şekilde düzenlediğini göstermektedir³⁰⁸.

Bu çalışmada, konunun incelenmesi sırasında “sözleşme” kavramı kullanılacaktır. “Dış ekonomiye yönelik muamele” kavramına, hükümde kullanıldığı durumlarda “sözleşme” kavramının eş anlamı olarak ve yalnızca kanun hükümlerinden ve öğretideki görüşlerden alıntı alınırken başvurulacaktır. Çalışmada söz konusu kavrama yer vermemizin amacı çalışmanın okuyucu açısından daha anlaşılır olmasıdır.

C. Kazak Ve Rus Hukuklarında Yabancı Unsur

Kazak ve Rus hukukunda hem genel nitelik taşıyan eser sözleşmesine dair hükümler, hem eser sözleşmesinin alt türü kabul edilen inşaat sözleşmesine dair özel hükümler mevcuttur. Bu bağlamda, inşaat sözleşmelerine dair hükümlerde boşluk söz konusu olduğu takdirde, bu boşluk genel nitelikteki hükümlerle doldurulur. Kazakistan Medenî Kanununda inşaat sözleşmeleri, iş sahibinin talimatı üzerine yüklenicinin belirli bir nesneyi/projeyi inşa etme veya farklı bir inşaat işini yapma borcuna girdiği, iş sahibinin ise işin yapılabilmesi için gereken şartları sağlama, işin sonucunda yapılan işi teslim alma ve karşılığında ödeme yapma borcuna girdiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır (KC MK, md. 651).

Rus Medenî Kanununda ise, inşaat sözleşmesi, iş sahibinin talimatı üzerine yüklenicinin belirli bir süre içerisinde belirli bir nesneyi/projeyi inşa etme veya farklı bir inşaat işini yapma borcuna girdiği, iş sahibinin ise yüklenicinin işi yapabilmesi için gereken şartları sağlama, iş tamamlandığında yapılan işi teslim alma ve karşılığında tarafların kararlaştırdıkları ödemeyi yapma borcuna girdiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır (RF MK md. 740/1).

³⁰⁷ Suleymenov, Muamele, s. 72.

³⁰⁸ Suleymenov, Muamele, s. 72.

Kazak ve Rus öğretisinde, yabancı unsurun üç durumda ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir³⁰⁹. Bunlar: (1) hukukî ilişkinin tarafları (süjesi). Sözleşmenin tarafları farklı devlette kurulan tüzel kişiler ise, meselâ, iş sahibi Kazakistan hukukuna göre kurulan ve ikametgâhı³¹⁰ Kazakistan’da bulunan tüzel kişi iken, yüklenici Türkiye’de kayıtlı ve faaliyette bulunan tüzel kişi ise o inşaat sözleşmesi yabancı unsurlu sayılır. (2) Hukukî ilişkinin konusu (objesi). Sözleşmenin yabancı unsurlu kabul edilebilmesi için sözleşmenin konusunun farklı bir devlette bulunması gerekir. İnşaat sözleşmelerinde, inşaatı yapılacak binanın, köprünün, yolun, barajın farklı bir devlette olması. Örneğin, Kazakistan’da kurulan ve faaliyette bulunmakta olan tüzel kişilerin, Almanya’da inşa edilecek binanın yapımına dair inşaat sözleşmesini akdetmeleri. (3) Hukukî vakıa. Sözleşme ilişkisinin kurulmasına, değiştirilmesine ve sona ermesine neden olan hukukî vakıa farklı bir devlette gerçekleşmişse o sözleşme yabancı unsurlu sayılır³¹¹. Bu bağlamda, sözleşmenin Kazakistan sınırları dışında farklı bir devlette imzalanması veya sözleşme şartlarının tümünün veya bir kısmının farklı bir devlette ifa edilmesi ona yabancı unsur

³⁰⁹ Владимир Канашевский, «Договоры Международного Подряда в Коммерческой Практике», **Журнал Российское Право**, № 7, 2010, стр. 85 (Vladimir A. Kanashovsky, “Ticarî Uygulamada Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri”, **Rusya Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, 2010, s. 85) (İnşaat Sözleşmeleri); Владислав Д. Толстых, **Международное Частное Право: Коллизионное Регулирование**, Издательство Асланова «Юридический Центр Пресс», Санкт Петербург, 2004, стр. 120-121 (Vladislav L. Tolstikh, **Milletlerarası Özel Hukuk: Kanunlar İhtilafı**, Aslanov Basım Evi “Yuridichesky Center Press”, St. Petersburg, 2004, ss. 120-121); Suleymenov, Muamele, s. 73.

³¹⁰ Kazakistan hukukunda, “*ikâmetgah*” kavramı, gerçek ve tüzel kişiler açısından farklı kavramlarla ifade edilir. Şöyle ki, gerçek kişinin “*ikâmetgâhı*” için Rus dilinde “*mesto zhitelstvo*” Türkçe karşılığı “*oturduğu yer*” kavramı kullanılırken, tüzel kişi açısından “*mesto nakhozhdeniye*” Türkçe karşılığı “*bulunduğu yer*” kavramı kullanılır. Medenî Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrası gereği gerçek kişinin “*ikâmetgahı*”, yani Rusça dilindeki “*mesto zhitelstvo*”su onun sürekli yaşadığı veya esas oturduğu yerdir. 04.04.2002 tarih ve YD-2-1-13/3147 sayılı Devlet Gelir Bakanlığının “Vergi Beyanının Sunulmasına Dair Sorular” mektubuna göre kişinin 3 (üç) aydan fazla yaşadığı mekân onun esas oturduğu yer sayılır. Medenî Kanunun 39. maddesinin birinci fıkrası gereği tüzel kişinin “*ikâmetgahı*” yani Rusça dilindeki “*mesto nakhozhdeniye*”sı tüzel kişinin daimî organının bulunduğu yerdir. Tüzel kişinin “*ikâmetgahı*” veya “*yerleşim yeri*” tam posta adresi gösterilmek suretiyle tüzel kişinin kurucu belgelerinde belirtilir (md. 39/2).

³¹¹ Boguslavsky, s. 18; Kanashovsky, Milletlerarası Muameleler, s. 19; К.К. Гасанов, В.Н. Шмаков, А.В. Стерлигов и Д. И. Ивашин, **Международное Частное Право Курс Лекций**, Юнити Дана, Москва, 2014, стр. 13 (K.K. Gasanov, V.N. Shmakov, A.V. Sterligov ve D.I. Ivashin, **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Uniti - Dana, Moskova, 2014, s. 13); Траян Бендевский, **Международное Частное Право**, пер. Клейн С.Ю. Москва, Статут, 2005, стр. 188 (Trajan Bendevsky, **Milletlerarası Özel Hukuk**, çev. Klein, S. Y., Statut, Moskova, 2005, s. 188); Виктория Захарова, «Понятие Иностранного Элемента в Российской Федерации и Республике Казахстан», **International Journal of Humanities and Natural Sciences**, № 4-3, стр. 223 (Viktoria Zakharova, “Rusya Federasyonu’nda ve Kazakistan Cumhuriyetinde Yabancı Unsur Kavramının Tanımı”, **International Journal of Humanities and Natiral Sciences**, Sayı: 4 - 3, s. 223).

kazandırır³¹². Örneğin, Kazakistan’da kayıtlı tüzel kişilerin Kazakistan’da inşa edilecek hastanenin yapımına dair inşaat sözleşmesini Almanya’da imzalamaları. Bu durumda, sözleşmenin akdedildiği yer Kazakistan sınırları dışında olduğundan o sözleşme yabancı unsurlu sayılır. Öğretide, bazı yazarlar, sözleşmenin farklı bir devlette imzalanmış olmasının o sözleşmeye yabancı unsuru kazandırmaması gerektiğini savunmaktadırlar³¹³. Zira bu durumda yabancı unsur ya tesadüfidir ya da yetersizdir. Bu görüşü savunanlar, hukukî ilişki net bir şekilde bir hukuk düzeni ile bağlı iken, yalnızca sözleşmenin farklı bir devlette akdedilmesi nedeniyle onun yabancı unsurlu olduğunun kabul edilmesinin, bunun sonucunda taraflara hukuk seçimi yapma imkânının tanınmasının, kanuna karşı hile için uygun zemin oluşturacağını belirtmektedirler³¹⁴. Zira, örneğin iki Kazak şirketi, sadece aralarında çıkabilecek uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilmek için farklı bir devlete gidip sözleşmeyi imzalamış olabilirler. Her ne kadar durum böyle olsa bile, öğretide bu tür suiistimallere karşı hukukumuzda herhangi bir tedbirin alınmadığına da dikkat çekilmektedir³¹⁵. Buna karşılık, bazı yazarlar, KC MK md. 1084’de³¹⁶ yer alan düzenlemeden hareketle, iki Kazakistanlı tüzel kişinin sözleşmeyi farklı bir devlette imzalamaları durumunda, bu ilişkinin md. 1084 anlamında “*karmaşık farklı bir yabancı unsur olarak*” nitelendirilmesi gerektiğini, dolayısıyla bu sözleşmenin milletlerarası nitelikli olduğunu ve taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânının tanınması gerektiğini savunmaktadırlar³¹⁷.

Hem Rus öğretisinde hem de Kazak öğretisinde yabancı unsurun üç şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmesine rağmen Rus Medenî Kanununun 1186. maddesinde sadece iki unsurdan bahsedilmektedir. Bunlar sözleşmenin tarafları ve sözleşmenin konusudur. Fakat öğretide kanunda öngörülen yabancı unsurun,

³¹² Boguslavsky, s. 18; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 19; Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 13; Bendeovsky, s. 188.

³¹³ Tolstikh, s. 121.

³¹⁴ Tolstikh, s. 121.

³¹⁵ Tolstikh, s. 121.

³¹⁶ KC MK md. 1084 gereği “*yabancı gerçek kişilerin veya yabancı tüzel kişilerin taraf olduğu ya da karmaşık başka bir yabancı unsur içeren hukukî ilişkilere uygulanacak hukuk işbu Kanuna, diğer hukukî düzenlemelere, Kazakistan tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelere ve kabul edilen milletlerarası örf – âdet kurallarına göre tespit edilir*”. Rus Medenî Kanununda md. 1186/1, “*karmaşık başka bir yabancı unsur içeren*” ifadesinden sonra “*hak konusunu oluşturan nesne yurtdışında olduğu durumlar dâhil*” ifadesi ilave edilmiştir. Dolayısıyla, Rus hukuku ilaveten, hak konusu nesnenin yurtdışında bulunması durumunda da o hukukî ilişkinin yabancı unsur kazanacağını kabul etmektedir.

³¹⁷ Suleymenov, Muamele s. 74.

zikredilen iki unsur ile sınırlanmadığı belirtilmektedir³¹⁸. Bu nedenle, sözleşmenin yabancı unsurlu olup olmadığının belirlenmesinde, malların devlet sınırını aşması, ödeme borcunun ifası sırasında yabancı para biriminin kullanılması, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm özellikleri gibi hususların da önem taşıyacağı ifade edilmektedir³¹⁹.

Yabancı hukuk öğretisinde, “*milletlerarası nitelikli sözleşme*” veya “*yabancı unsurlu sözleşme*” kavramının genel kabul görmüş tanımının olmadığı, hangi unsurların sözleşmeye “*milletlerarası*” nitelik kazandıracağının tartışmalı olduğu belirtilmektedir³²⁰. Bu bağlamda, bazı yazarlar, sözleşmenin milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde, tarafların ticarî faaliyetinin yürütüldüğü yerin farklı devletlerde bulunması, sözleşmenin ifa yeri gibi unsurları, önemli unsurlar olarak kabul ederken, kişilerin vatandaşlıklarının farklı olması, ikametgâhlarının ve mutad meskenlerinin farklı devlette bulunması, sözleşmenin yabancı bir devlette kurulması gibi unsurları önemli unsur olarak kabul etmemektedirler³²¹.

Bununla birlikte, her yabancı unsur ile bağlantılı olan sözleşmenin, yabancı unsurlu sözleşme olarak kabul edilmesinin doğru olmayacağına da dikkat çekilmektedir. Avrupa hukukunda bu mesele 1980 tarihli Roma Sözleşmesinin md. 3/3'deki hükmün incelenmesi sırasında gündeme gelmiştir. Hükmü inceleyen yazarlar, sözleşmenin yabancı devlet ile bağlantısının tesadüfi değil, önemli/nitelikli olması gerektiği sonucuna varmışlardır. Sözleşme ile devlet arasındaki önemli bağlantıya örnek olabilecek hususlar olarak, sözleşmenin yabancı bir devlette ifası, taraflardan birinin ikametgâhının veya esas faaliyetinin farklı bir devlette olması ifade edilmiştir³²².

19 Mart 2015 tarihli Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair La Haye İlkelerinin gerekçesinde, sözleşmenin “*milletlerarası*” niteliğinin somut olay üzerinde (*case – by – case analysis*) araştırılması gerektiği belirtilmiştir³²³. Meselâ, (A) devletin hukukuna göre kurulan ve faaliyette bulunan ticarî kuruluşların, (B) devletinde bulunan bir arsanın satışına dair sözleşme

³¹⁸ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 19; Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 13; Zakharova, s. 224.

³¹⁹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 19; Zakharova, s. 224.

³²⁰ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 19, 24.

³²¹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 19; Nygh, Autonomy, s. 50.

³²² Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 24.

³²³ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 24 - 25.

imzalamaları durumunda, bu tür sözleşme milletlerarası nitelikli sayılır. Buna karşılık, (A) devletin hukukuna göre kurulan ve faaliyette bulunan ticarî kuruluşlar, (B) devletinde veya farklı bir devlette üretilen, fakat (A) devletinde bulunan taşınır malların satışına dair sözleşmeyi (A) devletinde imzaladıklarında, bu tür sözleşme milletlerarası nitelik taşımaz ve devlet içi (*domestic sale*) satış sözleşmesi olarak nitelendirilir. Zira sözleşme ile ilgili ana unsurlar (A) devleti ile bağlantılıdır³²⁴. Bu bağlamda, bir sözleşmenin milletlerarası nitelikli kabul edilebilmesi için sözleşme şartlarının farklı bir devlette müzakere edilmesinin, sözleşmenin belirli bir dilde hazırlanmasının yeterli olmadığı, sözleşmenin farklı bir devlette imzalanması/akdedilmesi veya sözleşme şartlarının farklı bir devlette ifasının gerçekleşmesi ya da sözleşme taraflarının vatandaşlıklarının, ikametgâhının, tüzel kişinin ise kurulduğu yerin, faaliyette bulunduğu yerin farklı bir devlette bulunması gerektiği belirtilmektedir³²⁵.

Yabancı öğretilerde sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde yabancı devlet mahkemesinin veya tahkim mahkemesinin yetkili kılınmasının, objektif anlamda yabancı unsur içermeyen sözleşmelere, yabancı unsuru kazandırıp kazandırmayacağı konusu tartışılmıştır. Avrupa öğretisi, günümüzde objektif anlamda yabancı unsur içermeyen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların yabancı devlet veya hakem mahkemesinde bakılacağı düzenlenmesinin, o hukukî ilişkiye yabancı unsur kazandırmayacağı yönündedir³²⁶. Konuya dair Rus hukuku açısından bir inceleme yapılabilmesi için, öncelikle Rus Medeni Kanunundaki md. 1210'daki hükme yer verilmelidir. Bu bağlamda, Rus Medenî Kanununun 1210. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca “ *taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken hukukî ilişkinin bütün unsurları (vakıaları) sadece bir devlet ile sıkı ilişkili ise, tarafların farklı devletin hukukunu seçmeleri, hukukî ilişkinin bütün unsurlarının (vakıalarının) sıkı ilişkili olduğu devletin emredici kurallarına etki edemez*”³²⁷.

³²⁴ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 24 - 25.

³²⁵ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 25. La Haye İlkeleri, md. 1.18, 1.19.

³²⁶ Александр Й. Белоглазев, **Европейское Международное Частное Право-Договорные Связи и Обязательства**, Том 1, Киев, Таксон, 2010, стр. 175-177 (Aleksandr İ. Beloglavek, **Avrupa Milletlerarası Özel Hukuku: Sözleşme İlişkisi Ve Borçları**, Cilt: 1, Takson, Kiev, 2010, ss. 175-177); Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 26.

³²⁷ Asıl metne sadık kalmak amacıyla “*emredici kurallar*” ifadesi kullanılmıştır. Aslında kanun koyucu doğrudan uygulanacak kurallardan bahsetmektedir.

Belirtmek isteriz ki, söz konusu hükmün kaynağı Avrupa'nın Roma Sözleşmesidir. Roma Sözleşmesinin 3. maddesinin üçüncü fıkrasında objektif anlamda yabancı unsur içermeyen hukukî ilişkilerde taraflar yabancı bir devletin hukukunu seçtiklerinde, o hukukî ilişkinin yabancı unsurlu olarak nitelendirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca hukuk seçiminin yapıldığı anda, asıl sözleşmenin yabancı hukukun seçiminden başka yabancı unsur taşıması durumunda, asıl sözleşmenin diğer unsurları itibarıyla irtibatlı bulunduğu hukukun emredici hukuk kurallarının seçilen hukukun uygulama alanını sınırlandıracağı da hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, kanun koyucu, objektif anlamda yabancı unsur içermeyen sözleşmeye hem yabancı hukuku seçme ve bu şekilde yabancı unsur kazanma imkânını sunmakta, hem de herhangi bir yabancı devletin hukuk düzeni ile bağlantılı olmayan sözleşmeye yabancı devletin hukuku seçildiğinde, o hukukun uygulama alanını hukukî ilişki ile gerçek anlamda bağlantılı olan devletin hukukunun emredici hukuk kuralları ile sınırlamaktadır. Roma Sözleşmesinin hazırlanması sırasında, Almanya'dan gelen heyet, objektif anlamda yabancı unsur içermeyen sözleşmenin taraflarına hukuk seçimi yapma imkânının tanınmaması gerektiğini savunmakta idiler. Buna karşılık, İngiltere'den gelen heyet ise aksi görüşü savunmuştur. Md. 3/3'deki hüküm, iki farklı görüşü savunanlar arasındaki uzlaşmanın sonucu olarak tanımlanmaktadır³²⁸.

Rus öğretisinde *Bendevsky*, tarafların aralarında çıkabilecek uyuşmazlığın çözümünde yabancı devletin mahkemesini veya tahkim mahkemesini yetkili kılmalarını veya sözleşmeye yabancı devletin hukukunun uygulanacağını belirtmelerinin, o sözleşmeye yabancı unsuru kazandırmayacağını ifade etmektedir³²⁹. Bununla birlikte, Rus uygulamasında iki Rus şirketi arasında çıkan uyuşmazlığın çözümünde yabancı tahkim mahkemesinin yetkili kılınmayacağı yönünde içtihat oluşmuştur³³⁰.

³²⁸ Kanashevsky, *Milletlerarası Muameleler*, s. 126.

³²⁹ Bendevsky s. 316; Kanashevsky, *Milletlerarası Muameleler*, s. 26.

³³⁰ RF Yüksek Tahkim Mahkemesinin 22.03.2010 tarih ve BAC – 3174/10 sayılı kararı. Kararda, “*Milletlerarası Tahkim Mahkemesi ... milletlerarası ticarî ilişkilerde yani milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuka dayanan ilişkilerde uygulanır. İşbu uyuşmazlıkta milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuk çatışması yoktur. Zira ilişkiler milletlerarası nitelikli değildir. Sözleşmenin tarafları Rus tüzel kişilerdir, sözleşmenin konusunu oluşturan hizmet Rusya Federasyonu sınırlarında verilmelidir*”.

Objektif anlamda hiç yabancı unsur içermeyen sözleşmede tarafların yabancı devletin hukukunu seçmeleri, o sözleşmeye yabancı unsur kazandırıp kazandırmayacağı konusunda Rus öğretisinde, hukuk seçiminin yapılmasının yalnızca sözleşmenin yabancı unsurlu olması nedeniyle mümkün olduğu, gerçek anlamda yabancı unsur içermeyen sözleşmeler bakımından yabancı hukukun seçilmesine imkân verilmemesi gerektiği belirtilmektedir³³¹. Zira, sözleşmenin “*yabancı unsur*” içermesi bir neden iken, taraflarca hukuk seçiminin yapılması, bu nedenin bir sonucudur³³².

Yukarıda, incelediğimiz üzere ne Rus hukuku ne de Rus öğretisi, yabancı hukukun taraflarca seçilmesini, hukukî ilişkinin yabancı unsurlu olarak nitelendirilebilmesi için yeterli görmektedir. Bu durumda, RF MK md. 1210/5’deki hükmün hangi durumlarda uygulanacağı tespit edilmelidir. Konuya dair tespitlerimize tezin ikinci bölümünün “Uyuşmazlığın Devlet Mahkemesinde Çözülmesi Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk” başlıklı kısmın “A.1. Sözleşmeye Uygulanacak Yetkili Hukukun Taraflarca Seçilmesi”, alt başlığının (b) (2) “Rus hukuku” başlığını taşıyan kısımda yer verilecektir.

II. UYUŞMAZLIĞIN DEVLET MAHKEMESİNDE ÇÖZÜLMESİ DURUMUNDA SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK

A. Kazak Ve Rus Medenî Kanunlarına Göre Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

1. Sözleşmeye Uygulanacak Yetkili Hukukun Taraflarca Seçilmesi

a. “İrade Muhtariyeti” İlkesi

Daha önce belirtildiği üzere yabancı unsur içermeyen sözleşmelere karşılık, yabancı unsurlu sözleşmeler en az iki devletin hukuk düzeniyle bağlantılıdır. Bu durumda doğal olarak bu tür sözleşmenin hangi devletin hukuk düzenine tâbi tutulması gerektiği sorusu ortaya çıkar. Esas kanunlar ihtilâfî kurallarını düzenleme

³³¹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 20.

³³² Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 20.

yöntemindeki dayanak, kanunlar ihtilâfî kuralları gereği uygulanacak millî hukuku belirlemektir. Diğer bir ifadeyle uygulanacak millî hukuku gösteren hukuku tespit etmek. Kanunlar ihtilâfî kuralları iç hukukta yer alabileceği gibi milletlerarası sözleşmelerde de yer alabilir.

Yabancı unsurlu hukukî ilişkilere uygulanacak hukuk Kazakistan'ın taraf olduğu iki ve çok taraflı sözleşmelerle, diğer kanunlarla ve Kazakistan'da kabul edilen örf âdet kuralları ile belirlenir. Birçok devletin kanunlar ihtilâfî kuralları, “*irade muhtariyeti*” ilkesi gereği taraflara akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânını tanımaktadır³³³.

Bu ilke Bağımsız Devletler Topluluğuna üye devletlerin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir. Belirtmek gerekirse, 07.10.2002 tarihli Hukukî, Aile ve Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma ve Hukukî İlişkiler Hakkında Konvansiyon (Kişinev Konvansiyonu)³³⁴, 22.01.1993 tarihinde Minsk'te imzalanan Hukukî, Aile ve Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma ve Hukukî İlişkiler Hakkında Konvansiyon (Minsk Konvansiyonu)³³⁵, 20.03.1992 tarihinde imzalanan İktisadî Faaliyetin Gerçekleşmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü Anlaşması (Kiev Anlaşması)³³⁶.

b. Hukuk Seçimi

(1) Kazak Hukuku

İrade muhtariyeti ilkesini içeren hüküm Kazakistan hukukunda da kabul edilmiştir. Bu bağlamda KC MK'un 1112. maddesinin birinci fıkrası gereği, “*aksi*

³³³ Dmitriyeva, s. 210.

³³⁴ “Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам - Konvensiya o pravovoi pomoshi i pravovih otnosheniyah po grazhdanskim i ugolovnim delam”. Orijinal metindeki “Konvansiyon” ifadesi kullanılmıştır. RG, Kazhastanskaya Pravda 13.03.2004, Sayı: 51.

³³⁵ “Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам - Konvensiya o pravovoi pomoshi i pravovih otnosheniyah po grazhdanskim i ugolovnim delam”. Orijinal metindeki “Konvansiyon” ifadesi kullanılmıştır. KC Uluslararası Anlaşmalar Bülteni, 2003, Sayı: 3, s.19.

³³⁶ “Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности – Soglasheniye o poryadke razresheniya sporov svyazannih s osushestvleniyem hozyastvennoi deyatelnosti”. Orijinal metindeki “Anlaşma” ifadesi kullanılmıştır.

Kazakistan mevzuatında öngörülmedikçe, sözleşmeye tarafların seçtikleri hukuk uygulanır”.

Kazakistan hukukundaki “aksi Kazakistan mevzuatında öngörülmedikçe” ifadesinden, hukuk seçiminin yapılamayacağı durumların mevcut olduğu ortaya çıkmaktadır. Öğretide, bu duruma, örnek olarak KC MK md. 1114’deki hüküm gösterilmektedir³³⁷. Buna göre, kurucusu yabancı olan tüzel kişinin kurulmasına dair sözleşmeye tüzel kişinin kurulacağı veya kurulduğu devletin hukuku uygulanır. Burada kanun koyucu, kurucusu yabancı gerçek veya tüzel kişi olan Kazakistan’da kurulacak tüzel kişinin (ticarî işletmenin) kurulmasına dair sözleşmeye Kazakistan hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla, taraflar (kurucular) yabancı olsa dahi, md. 1112 dayanarak aralarındaki sözleşmeye farklı bir devletin hukukunun uygulanacağını kararlaştıramazlar.

Madde 1112’de dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, kanun koyucunun sözleşmeye tarafların seçtikleri “hukukun” uygulanacağını düzenlemiş olmasıdır. Burada “hukuk” kavramı, belirli bir devletin yürürlükteki hukuku olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, tarafların mevcut olmayan bir devletin hukukuna (meselâ, Çarlık Rusya’nın hukukuna) yaptıkları atıf, hukuk seçimi olarak nitelendirilmeyecektir³³⁸. Bu bağlamda, devletin taraf olduğu veya olmadığı yürürlükteki ve yürürlükten kaldırılan uluslararası sözleşmelerine, standart sözleşmelere, model kanunlara, hukukun genel ilkelerine yapılan atıflar da millî mahkemelerce hukuk seçimi olarak nitelendirilmeyecektir. Bu belgeleri, hâkimler yalnızca sözleşmede açıkça düzenlendiği takdirde sözleşme şartları olarak dikkate alırlar³³⁹.

Öğretide, md.1112’deki hükümden, uygulanacak hukuk hakkında sözleşmenin, asıl sözleşmeden yani inşaat sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir³⁴⁰. Bunun sonucunda asıl sözleşme yani inşaat sözleşmesi

³³⁷ Suleymenov, Muamele s. 76.

³³⁸ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 113.

³³⁹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 113.

³⁴⁰ Владимир А. Канашевский, **Международное Частное Право**, Международные отношения, Москва, 2006, стр. 266-267 (Vladimir A. Kanashevsky, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Uluslararası ilişkiler, Moskova, 2006, ss. 266-267) (Milletlerarası Özel Hukuk).

herhangi bir nedenlerle geçersiz veya akdedilmemiş sayılsa bile, hukuk seçimine dair sözleşme geçerliliğini koruyacaktır³⁴¹.

Burada önem arz eden husus, hukuk seçimine dair sözleşmenin şekli geçerliliğidir. Rus öğretisinde bazı yazarlar, hukuk seçimine dair sözleşmeyi, “*dış ekonomiye yönelik muamele*” olarak nitelendirmektedirler³⁴². Bu durum, o sözleşmeye KC MK md. 1104’deki hükmün uygulanmasını ve bunun sonucunda sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını gerektirir. Aksi takdirde, KC MK md. 153/3 gereği sözleşme yazılı şekle uyulmadığından geçersiz sayılır. Bu görüşü savunan *Tolstikh*, kendi görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: “*dış ekonomiye yönelik muameleler kurumuna ilişkin talepler yüksek iken, belirtmek gerekirse, bu tür muamelenin yazılı şekle tâbi tutulması gerektiğinin düzenlenmesi, hukuk seçimine dair sözleşmenin yazılı şekle tâbi tutulmasına gerek olmadığına dair görüşün kabul edilmesi doğru olmaz. Genel açıdan bakıldığında hukuk seçimine dair sözleşme dış ekonomiye yönelik muamelenin biçimsel belirtilerine benzer. Bu konu her ne kadar tartışmalı olsa dahi, sonuç olarak bakıldığında bu sözleşme mahkeme ile taraf arasındaki ilişkiyi düzenler. Bunlardan biri yabancı unsurludur ya taraf ya da mahkeme. Bu nedenle hukuk seçimine dair sözleşmeye RF MK md. 162’deki³⁴³ genel kural uygulanır. Bunun yanı sıra 1993 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında Kanunun 7. maddesi gereği tahkim sözleşmesi yazılı şekle tâbidir. Hukuk seçimine dair sözleşmenin ve tahkim sözleşmesinin birçok ortak noktası mevcuttur. Onların rejimleri benzer. Bu nedenle, kanunların kıyas yoluyla uygulanmasına dayanılarak hukuk seçimine dair sözleşmenin de yazılı şekle tâbi tutulması gerektiği ispatlanabilir³⁴⁴”.*

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş, kanunda hukuk seçimine dair sözleşmenin şekli ile ilgili özel hükümler bulunmadığından sözleşmenin sözlü olarak da yapılabileceği yönündedir³⁴⁵. Konuya dair *Zikin*, kendi görüşünü şu şekilde açıklamıştır: “*kanunda hukuk seçimine dair sözleşmenin şekline ilişkin talepleri içeren hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu tür sözleşme sözlü de yapılabilir. Dolayısıyla bu tür sözleşmenin şekli Rus hukukuna göre belirlenirken, md.*

³⁴¹ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, ss. 266- 267.

³⁴² Tolstikh, ss. 143, 144, 266.

³⁴³ RF MK md. 162 yürürlükten kalkmıştır.

³⁴⁴ Tolstikh, ss. 143, 144.

³⁴⁵ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 266.

162/3'deki dış ekonomiye yönelik muamele yazılı şekilde yapılmadığı takdirde geçersizdir hükmü, bu tür seçim dış ekonomiye dair muameleye ilişkin olsa dahi hukuk seçimine dair sözleşmeye uygulanmaz”³⁴⁶.

Rus öğretisinde hukuk seçimine dair sözleşmeye, sözleşme “*dış ekonomiye yönelik bir sözleşme*” olsa dahi RF MK mülga md. 162/3 hükmünün uygulanmayacağını destekleyen *Kanashevsky* gibi diğer yazarlar da mevcuttur³⁴⁷. Söz konusu yazarlar, hukuk seçimine dair sözleşmenin şekline genel nitelikteki sözleşmenin şekline ilişkin hükmün uygulanacağını, bu nedenle sözlü şekilde yapılan hukuk seçimine dair sözleşmenin geçerli olacağını ifade etmektedirler³⁴⁸.

Hukuk seçimine dair sözleşmenin şekline ilişkin tartışmalardan yola çıkarak, öğretide bu sözleşmenin şu şekillerde yapılabileceği kabul edilmektedir:

(1) asıl sözleşmede uygulanacak hukuka dair madde/şart öngörülmesi şeklinde;

(2) hukuk seçimine dair ayrı bir sözleşmenin akdedilmesi şeklinde;

(3) uygulanacak hukuka ilişkin hükmü içeren genel nitelikteki bir sözleşmeye/belgeye atıf yapılmak suretiyle; Bu durumda hukuk seçimi sadece bir sözleşme için geçerli olabileceği gibi, tarafların akdettikleri veya akdedecekleri birkaç sözleşme açısından da geçerli olabilir. Bu bağlamda örneğin, iş sahibi ve yüklenici arasında birkaç inşaat projesi ile ilgili inşaat sözleşmesi ve/veya farklı nitelikteki sözleşmeler akdedilecek ise, taraflar, uygulanacak hukuka dair genel nitelikteki sözleşmenin/belgenin diğer sözleşmeler açısından da geçerli olabileceğini asıl sözleşmede öngörebilirler³⁴⁹.

(4) Dâva dilekçesinde, itirazlarda, karşı dâva dilekçelerinde aynı devletin hukukuna yapılan atıf tahkim yargılaması sırasına yapılan hukuk seçimi niteliğini taşır. Bu bağlamda, taraflar sözleşmede öngörmek suretiyle açıkça hukuk seçimi yapmamalarına rağmen, davacı dâva dilekçesinde, belirli bir devletin hukukuna atıf yaparak iddia ve savunmasını yapmışsa, davalı da itiraz dilekçesinde, uygulanacak hukuka dair herhangi bir açıklamada bulunmadan, yalnızca atıf yapılan devletin

³⁴⁶ Александр Л. Маковский и Евгений А. Суханов, **Постатейный Комментарий К Части Третьей ГК РФ**, Юрист, Москва, 2002, стр. 424 (Aleksandr L. Makovsky ve Evgeny Sukhanov A., **Rusya Federasyonu Medenî Kanununun Maddelerinin Üçüncü bölümün Açıklaması**, Yurist, Moskova, 2002, s. 424).

³⁴⁷ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 266; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 112.

³⁴⁸ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 266; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 112.

³⁴⁹ Dmitriyeva, s. 212.

belirli hukuk kuralının uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağı konusunda itirazda bulunmuşsa, hukuk seçimi yapılmış sayılır. Örneğin, davacı inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta Kazakistan hukukunun ayıba dair hükümlerine dayanarak talebini oluşturmuş, davalı da itirazında uyuşmazlığa Kazakistan hukukunun ayıba ilişkin hükümlerinin değil, sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmuş ise, mahkeme uyuşmazlığa Kazakistan hukukunun uygulanacağı konusunda karar verebilir³⁵⁰.

Öğretide, hukuk seçimine dair sözleşmenin hangi hukuka göre idare edileceğinin de belirtilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda, md. 1112'e "*hukuk seçimine dair sözleşme, sözleşmelere uygulanacak hukuka (sözleşme statüsüne) veya mahkemenin hukukuna tâbi olur*" şeklinde hükmün eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁵¹. İrade muhtariyeti, bağlama kuralı olmasına rağmen, mahkeme ile taraf arasındaki ilişkiyi düzenler. Bu tür ilişkiler hukukî niteliği gereği usûl ilişkilerine girer. Bu nedenle, hukuk seçimine dair sözleşme mahkemenin hukuku ile idare edilmesi gerekir. Bu bağlamda, Rus öğretisinde, hukuk seçimini düzenleyen sözleşmenin hukukî sonuçlarına dair kısmın mahkemenin hukukuna, sözleşmenin şekli ve geçerliliği konularının ise esasa uygulanacak hukuka tâbi tutulması gerektiği ileri sürülmektedir³⁵². Mayer'e göre, taraflar hukuk seçimini yaparken, sözleşmenin seçilen hukuka göre yalnızca geçerli olmasını istemezler, aynı zamanda seçilen hukukun sözleşmenin geçerliliğinin şartlarını da belirlemesini isterler³⁵³. Diğer bir ifadeyle taraflarca seçilen hukuk yalnızca hukuk seçimine dair sözleşmenin geçerli olduğunu düzenlemez, ayrıca geçerliliğinin şartlarını da düzenler³⁵⁴.

Konuya dair görüşümüz tezin, "*Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*" başlığı kapsamında bildirilmiştir. Bu bağlamda, hukuk seçimine dair sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde,

³⁵⁰ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 264.

³⁵¹ Tolstikh, ss. 144 - 145; ГульнарБахитовна Испаева, **Договор в Международном Частном Право: Коллизионные Проблемы**, автореферат диссертации на соискание учебной степени доктор юридических наук, Астана 2010, стр. 11 -12 (Gulnar B. İspayeva, **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmeler: Kanunlar İhtilafı Sorunu**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Yayınlanan Doktora Tez Özeti, M. Narikbayev Kazguu Üniversitesi, Astana, 2010, ss. 11-12) (Kanunlar İhtilafı).

³⁵² Tolstikh, s. 145.

³⁵³ P.Mayer and V. Heuzé, **Droit International Privé**, 7th ed., Paris (Montchrestien) 2001, sayı 547'dan aktaran Tolstikh, s. 145.

³⁵⁴ Tolstikh, ss. 144 – 145.

sözleşmenin *proper law*'sunun (uygun hukukun) uygulanması gerektiği kanaatindeyiz³⁵⁵.

MK md. 1112/2'de hukuk seçiminin açık olması gerektiği veya bütünüyle düşünüldüğünde sözleşme şartlarından ve durumun özelliklerinden o devletin hukukunun seçildiğine dair bir sonucun net bir şekilde anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Kanunda kullanılan "*net bir şekilde anlaşılması gerektiği*" ifadesinden, irade açıklamasının zımnî bir şekilde yapılabileceğinin kabulü için, tarafların iradesinde şüphe oluşmadığı takdirde mümkün olduğu belirtilmektedir³⁵⁶. Diğer bir ifadeyle, zımnî iradede bahsedebilmek için iradenin varlığından şüphe edilmemesi gerekir. Bu bağlamda, örneğin, sözleşme Moskova'da imzalanmış ise, fakat sözleşme metninde sözleşmenin akdedildiği yer olarak Almatı belirtilmişse, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Almatı'da çözüleceği, sözleşmenin bazı maddelerinde Kazakistan hukukuna atıf yapılmışsa, sözleşmeye eklenen ve ayrılmaz parçası sayılan belgeler Kazakistan hukukuna uygun olarak hazırlanmışsa, bütün bu hususlar tarafların iradelerinin aralarındaki sözleşmeye Kazakistan hukukunun uygulanması yönünde olduğunu göstermektedir³⁵⁷.

Öğretide bazı yazarlar, somut olayın/durumun bütün şartlarından, tarafların hukukî ilişkilerini belirli bir devletin hukuk sistemine tâbi tutmaları yönünde sabitleşen uygulamanın da zımnî hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler³⁵⁸. Bu bağlamda, Kabatova'ya göre "*tarafların yaptıkları bir başka sözleşmede hukuk seçimine dair hüküm bulunmadığı takdirde, mahkeme/hakem mahkemesi için tarafların aralarında daha önce akdedilen sözleşmelerdeki hukuk seçimine dair hüküm, o sözleşmeye kıyasen uygulanması için ciddi bir neden olabilir*³⁵⁹".

Bununla birlikte, "*bütünüyle düşünüldüğünde*" ifadesinden, zımnî hukuk seçiminin kanun koyucu tarafından sınırlandığı, bu tür sınırlamanın, doğru olmadığı, hem sözleşmenin şartlarından hem somut olayın/durumun özelliklerinden net bir

³⁵⁵ Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci bölüm, II. A. 1. c.

³⁵⁶ Dmitriyeva, s. 213; Boguslavsky, s. 295.

³⁵⁷ Dmitriyeva, s. 213; Boguslavsky, s. 295.

³⁵⁸ Елена В. Кабатова, "Новый Этап Развития Российского Международного Частного Права", **Российский Ежегодник Международного Права**, Том 2003, Санкт Петербург, 2003, стр. 124 (Elena V. Kabatova, "Rus Milletlerarası Özel Hukukunun Yeni Gelişme Aşaması", **Rus Uluslararası Hukuk Yıllık Bülteni**, Cilt: 2003, Sankt Petersburg, 2003, s. 124).

³⁵⁹ Kabatova, s. 124.

şekilde anlaşılması durumunda hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varılması gerektiği de savunulmaktadır³⁶⁰. Bu bağlamda, md. 1112/2'deki hükmün “*hukuk seçimine dair sözleşme, açık veya sözleşmenin şartlarından ya da durumun özelliklerinden net bir şekilde anlaşılması gerekir*” şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir³⁶¹.

Bazı devletlerde, *irade muhtariyeti ilkesinin* mekân (devlet) bakımından sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflara, herhangi bir devletin hukukunu seçme imkânı verilmemektedir. Bu bağlamda meselâ, Amerika Birleşik Devletlerinin [ABD] 1990 tarihli *Uniform Commercial Code* adlı Ticaret Kanunu Kuralları gereği, “*muamele, bu veya başka bir eyalet veya devlet ile makul bir şekilde bağlantılı olduğunda, taraflar, hak ve yükümlüklerinin o veya başka bir eyaletin veya devletin hukukuna göre belirleneceği konusunda rıza gösterebilirler. Böyle rıza bulunmadığı takdirde, bu kanun o eyalet ile uygun bağlantısı olan muameleye uygulanır*”³⁶².

Buna karşılık bazı devletlerde herhangi bir devletin hukukunun seçilmesine dair sınırlandırma getirilmemektedir. Örneğin, Venezuela'nın 1998 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanununun md. 29 gereği “*sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların belirttikleri hukuka tâbidir*”³⁶³, 1989 tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 116 gereği “*Sözleşme, tarafların seçtiği hukuk tarafından idare edilir*”³⁶⁴. Bu düzenlemelerden, tarafların herhangi bir devletin hukukunu seçebilecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır. Kazakistan hukuku, irade muhtariyeti ilkesine mekân (devlet) bakımından herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Dolayısıyla taraflar, herhangi bir devletin hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçebilirler. Fakat, öğretilde, hukuk seçimine dair md. 1112'deki hükmün mekân bakımından sınırlandırılması gerektiğini savunan yazar da mevcuttur³⁶⁵. *Yeshniyazov*, görüşünü şu şekilde açıklamaktadır, “*iki Kazakistan'lı*

³⁶⁰ İspayeva, Kanunlar İhtilafı, s. 12.

³⁶¹ İspayeva, Kanunlar İhtilafı, s. 12.

³⁶² Boguslavsky, s. 292.

³⁶³ Dmitriyeva, s. 213.

³⁶⁴ Güngör, s. 166; Dmitriyeva, s. 213.

³⁶⁵ Нуржан С. Ешниязов, «Некоторые Замечания к Формулировке Принципа Наиболее Тесной Связи в Гражданском Кодексе Республики Казахстан», *Materialy XII Mezinarodni vedecko – prakticka Konferencie “Aktualni vedecke vymozenosti -2016”*, Publishing House “Educational and Science” s.r.o., Praha, 2016, p. 51 – 58 (Nurzhhan S. Yeshniyazov, Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanununda En Sıkı İlişkili Hukuk İlkesinin Kaleme Alındığına Dair Bazı Notlar, XII Uluslararası

gerçek veya tüzel kişiler aralarındaki sözleşmeye kanun hükmü gereği Kazak hukukunun uygulanacağına katlanmak zorunda iken, neden Kazak ile Rus arasında akdedilen sözleşmeye Kazak ve Rus hukuku dışında örneğin, İngiliz veya Alman hukukunun seçilmesine izin verilmelidir. ABD'deki kanunlar ihtilâfî kurallarında öngörüldüğü gibi Kazakistan hukukunda da sözleşme ile bağlantılı devletin hukukunun seçilebileceği hüküm altına alınmalıdır. Yabancı hukukun uygulanabilmesi için önemli olan yabancı unsur değil, bu unsurun o hukukî ilişkiye uygulanacak yabancı hukuk ile olan ilişkisidir³⁶⁶”.

Yeshniyazov'un md. 1112'deki hükmün mekân bakımından sınırlandırılması gerektiğine dair görüşüne katılmıyoruz. Zira md. 1112'deki hükmün amacı tarafların sözleşmenin ilgili olduğu hukuklardan birini seçebilmesini sağlamak değil, aksine, taraflarca yapılan hukuk seçimine sonuç tanımak ve tarafların kendi aralarında sözleşme hükümleri ve uygulanacak hukukun belirlenmesi ile kurdukları dengeyi bozmamaktır. Diğer bir ifadeyle, hukuk seçimi imkânı taraflara en yakın hukukun bulunmasını değil, kendi aralarındaki sözleşmesel ilişki için kendilerine göre en uygun olacak hukuku belirlemek için verilmiştir³⁶⁷. Öğretide, sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukukun daha uygun olabilmesi durumunun iki şekilde karşımıza çıkabileceği belirtilmektedir³⁶⁸. Bunlardan biri, tarafların bağımsız³⁶⁹ olarak gördükleri bir hukuku seçmeleri; diğeri ise tarafların yaptıkları sözleşme açısından devletin millî hukukunun daha gelişmiş olması ve daha kapsamlı çözümler barındırmasıdır³⁷⁰. Konuya bu açıdan bakıldığında, kanun koyucunun taraflara sözleşme ile bağlantısı olmayan hukuku seçme imkânını vererek, daha iyi çözüm öneren devletin hukukunu seçme veya her iki taraf açısından “bağımsız” olarak değerlendirilebilen hukuku seçme imkânını verdiğini görebiliriz.

MK md. 1112/3 gereği taraflar, seçilen hukukun aralarında akdedilen sözleşmenin tamamına uygulanacağını kararlaştırabilecekleri gibi yalnızca bir kısmına uygulanacağını da kararlaştırabilirler. Bu durum, Kazakistan mevzuatının

Hukuk ve Uygulama Konferansının Belgeleri, Publishing House “Educational and Science” s.r.o., Praga, 2016, ss. 51-58).

³⁶⁶ Yeshniyazov, ss. 51-58.

³⁶⁷ Akıncı, Uygulanacak Hukuk, s. 12; Sargın, Lisans, s. 202; Demirkol, ss. 125 - 126.

³⁶⁸ Demirkol, s. 126.

³⁶⁹ Burada “bağımsız” kelimesi tarafsız anlamında değil, her iki taraf ile ilgisi olmayan anlamında kullanılmaktadır.

³⁷⁰ Nomer, s. 312; Sargın, Lisans, s. 48; Demirkol, s. 126.

tarafra kısmî hukuk seçimi yapma imkânını tanıdığını gösterir. Bu bağlamda, örneğin, tarafların hak ve yükümlükleri Kazakistan hukukuna tâbi iken, sözleşme şartlarının yerine getirilmemesinin sonuçlarının İngiliz hukukuna tâbi tutulacağı kararlaştırılabilir. Bir diğer örnek olarak inşaatı farklı devletlerde yapılacak tûnel veya yol inşaatı sözleşmesi verilebilir. Bu durumda taraflar inşaatın her bölümünü farklı hukuk düzenlerine tâbi tutabilirler³⁷¹.

Öğretide, kısmî hukuk seçimi yapılırken tarafların, sözleşmenin hangi kısmına hangi devletin hukukunun uygulanacağını net bir şekilde belirtmeleri gerektiği ifade edilmektedir³⁷². Zira taraflar genel olarak sözleşmeye birkaç devletin hukukunun uygulanacağını belirttikleri takdirde, mahkeme hangi devletin hukukunun sözleşmenin hangi kısmına uygulanacağını kendisi tespit etmesi gerekir. Bu durum o hukukî ilişkiye tarafların seçtikleri hukuku değil, mahkemenin objektif bağlama kuralına göre tespit ettiği hukuku uygulamasına neden olabilir. Meselâ, mahkemenin baktığı dâvaya konu olan bir olayda, taraflar sözleşmeye Rusya ve Beyaz Rusya hukukunun uygulanacağını genel bir şekilde düzenlemişler. Taraflar, hangi hukukî ilişkinin Rus hukukuna, hangi hukukî ilişkinin ise Beyaz Rusya hukukuna tâbi olacağını belirtmemişler. Mahkeme tarafların hangi devletin hukukunu seçtiklerini net bir şekilde tespit edemediğinden, sözleşmeye uygulanacak hukuku objektif bağlama kurallarına göre tespit etmiştir³⁷³. Kısmî hukuk seçimine dair dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, sözleşmenin bir kısmına uygulanacak hukuk net bir şekilde belirtilse dahi, bu tür seçim mantıksal olarak gerekçeli olması gerekir. *Zıkin*'in haklı olarak belirttiği üzere, bir sözleşmeye aynı zamanda birkaç devletin hukukunun uygulanacağını düzenlemesi, farklı hukuk kurallarının birbirine benzememesi nedeniyle hukukî ilişkilerin düzenlenmesine dair çelişkilerin ortaya çıkması riskini beraberinde getirir. Bu durum yapılan hukuk seçiminin kısmen veya tamamen geçersiz sayılmasına neden olabilir. Roma Sözleşmesinde de kabul edildiği üzere, kısmî hukuk seçiminin yapılabilmesi için seçilen hukuk mantıksal olarak uyumlu olmakla birlikte, farklı hukukun uygulanacağı belirtilen sözleşme hükmü diğer hükümlerden ayrılabilir olması gerekir. Eğer sözleşme hükmü ayrılabilir

³⁷¹ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 270.

³⁷² Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 271.

³⁷³ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 271, bkz. RF Yüksek Tahkim Mahkemesi Başkanlığının 16 Şubat 1998 tarihli ve 29 sayılı bilgi mektubu md. 10.

değilse veya seçilen devletin hukukları mantıksal anlamda uyumlu değilse, bu tür hukuk seçimi mahkemece geçersiz sayılır³⁷⁴.

MK md. 1112/4 gereği hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir. Sözleşmenin imzalanması aşamasında yapılabileceği gibi sonradan da yapılabilir. Taraflar uygulanacak hukuku her zaman değiştirebilirler. “*Sonradan*” ifadesinin, uyuşmazlığın çıkması halinde mahkemeye başvurulduğu an dâhil sözleşme akdedildikten sonraki herhangi bir zaman şeklinde anlaşılması gerektiği öğretide belirtilmektedir³⁷⁵. Diğer taraftan kanun, hukuk seçiminin hangi ana kadar yapılabileceğini net bir şekilde düzenlemediğinden, öğretide, hukuk seçiminin yapılabileceği ana ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan biri, hukuk seçiminin mahkeme kararı verilene kadar yapabileceğini savunurken³⁷⁶, diğeri, hukuk seçiminin uyuşmazlığın esasına dair ilk dilekçelerin taraflarca mahkemeye sunulduğu ana kadar yapılabileceğini savunmaktadır³⁷⁷. İkinci görüşü savunanlar, bunun asıl nedeni olarak, dâva dilekçesinin hukuk kurallarına dayanması gerektiğini ve yargılama sırasında sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilebileceği Kabul edilirse bu durumun, usûl ekonomisi ilkesine aykırı olacağını haklı olarak belirtmektedirler³⁷⁸.

Hukuk seçimi sonradan yapıldığı takdirde, tarafların iradelerinin geriye etkisine dair sorun ortaya çıkmaktadır. Sözleşme akdedildikten sonra hukuk seçimi zaman ile sınırlanmadığından ve bu süreç uzun olabileceğinden, bu süre içerisinde bazı işlemler yapılmış olabilir. İlgili taraf, sözleşme gereği yükümlüklerini yerine getirebilmek için üçüncü kişileri dâhil etmiş olabilir, bu durumda bu tür hukuk seçiminin geriye etkili olup olmayacağı sorusu önem taşır. Öğretide, kanundaki düzenlemeye dayanarak söz konusu hukuk seçiminin geriye etkili olacağı ve sözleşmenin akdedildiği andan itibaren geçerli sayılacağı kabul edilmektedir³⁷⁹. Bununla birlikte bu durumda hukuk seçiminin üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına

³⁷⁴ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 272.

³⁷⁵ Dmitriyeva, s. 214; Рашад Курбанов и Алла Лалетина, **Международное Частное Право**, Проспект, Москва, 2016, стр. 91 (Rashad Kurbanov ve Alla Laletina, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Prospekt, Moskova, 2016, s. 91).

³⁷⁶ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 263.

³⁷⁷ Tolstikh, s. 125.

³⁷⁸ Tolstikh, s. 125.

³⁷⁹ Tolstikh, s. 125; Dmitriyeva, s. 214; Kurbanov ve Laletina, s. 91.

halel getirmemesi gerektiğine de dikkat çekmektedir³⁸⁰. Üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına saygı ilkesinin, md. 1112/4’de “*üçüncü kişilerin menfaatlerine zarar vermediği takdirde*” hükmü eklenmek suretiyle düzenlenmesi gerektiği de belirtilmektedir³⁸¹.

(2) Rus Hukuku

Rus hukukunda, hukuk seçiminin açıkça yapılması gerektiği düzenlenmekle birlikte, zımnî hukuk seçiminin ya sözleşmenin şartlarından ya da durumun bütününden net bir şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Yani Rus hukuku zımnî hukuk seçiminin yapıldığının sadece sözleşmenin şartlarından ya da sadece durumun bütününden anlaşılmasının yeterli olacağını kabul etmektedir. Bu bağlamda, zımnî hukuk seçiminin yapıldığının sözleşmenin şartlarından anlaşılmasının kriterleri olarak, sözleşmede kullanılan dil, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın bakılacağı yer, ödeme aracı olarak belirtilen para birimi, sözleşmede belirli bir devletin hukuk sistemine yapılan atıf, belirli bir hukuk sistemi ile idare edilen tip sözleşme formlarının kullanılması (meselâ, sözleşmede Lloyd sigorta poliçesinin belirtilmiş olması, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçtikleri anlamına gelir) gibi hususların dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Sözleşme ile bağlantılı başka bir muamelede seçilen hukuk, belirlenen düzen, sözleşme taraflarının bir devlete ait olmaları, sözleşmenin konusunu oluşturan nesnenin belirli bir devlette bulunması gibi hususlar sözleşmeye uygulanacak hukukun, durumun bütününden anlaşıldığını göstermektedir.

Yukarıda incelediğimiz üzere Kazak hukuku hem sözleşmenin şartlarından hem durumun özelliklerinden belirli bir devletin hukukunun seçildiğinin net bir şekilde anlaşılması gerektiğini öngörmektedir. Bu durum, Rus hukukunda düzenlenen zımnî hukuk seçiminin kapsamının daha geniş olduğunu ortaya koymaktadır.

Bazı durumlarda, sözleşme içeriğinden sözleşmeye uygulanacak hukuka dair birbiriyle çelişen seçim söz konusu olabilir. Bu durumda, sözleşmenin diğer şartları

³⁸⁰ Dmitriyeva, s. 214; Kurbanov ve Laletina, s. 91.

³⁸¹ İspayeva, Kanunlar İhtilafı, s. 12.

da değerlendirilerek, tarafların gerçek iradesine öncelik verilmelidir³⁸². Bu bağlamda, sözleşmede yer alan uygulanacak hukuka dair hüküm, tip (standart) sözleşmede yer alan sözleşmeye uygulanacak hukuka dair hükümden önceliklidir. Meselâ, taraflar sözleşmede bir devletin hukukunun uygulanacağını belirtmekle birlikte, o sözleşmeye standart kuralların uygulanacağını da belirtmiş olmaları, söz konusu standart kuralların sözleşmenin belirli hükümleri ile çelişmesi durumunda, mahkeme, sözleşmede belirtilen devletin hukukuna öncelik tanır ve ona göre çelişkiyi ortadan kaldırır³⁸³.

Bazen taraflar, sözleşmeye “*davacının hukuku*” veya “*davacının başvurduğu mahkemenin hukuku*” uygulanır şeklinde hüküm koymaktadırlar. Yabancı öğretide, gelecekte dâva açıldıktan sonra gerçekleşecek ve belli şartlara bağlı hukuk seçimine “*floating choice*” denir ve böyle bir hukuk seçimi geçerli kabul edilir³⁸⁴. Bu hükmün zayıf tarafı, davacının kim olacağını yalnızca dâva açıldıktan sonra bilineceğidir. Bu durum, taraflar mahkemeye veya tahkim mahkemesine başvurmadıkları sürece, sözleşmenin herhangi bir devletin hukuku ile idare edilmeyeceği anlamına gelir. Ayrıca, karşı dâva açıldığında, davacı sıfatını her iki taraf da kazanmış olabilir. Buna karşılık, RF MK md. 1210’daki hüküm belirli bir devletin hukukunun net bir şekilde belirtilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, hukuk seçimine ilişkin belli bir yöntem veya hukuk seçiminin yapılmış olduğunun belirlenmesinde belli koşulların konulması, hukuk seçiminin yapıldığının kabulü için yeterli değildir³⁸⁵. Buna rağmen, Rus mahkemeleri şartlı hukuk seçimini geçerli kabul etmektedirler. Bu bağlamda, mahkemelere göre uyuşmazlığın çözümü için şartlı hukuk seçimi yeterli kabul edilmekte, dâva dilekçesi ile mahkemeye başvurulana kadar tarafların sözleşmelerinin herhangi bir hukuka tâbi tutulmaması ise tarafların sorunu olarak

³⁸² Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 109.

³⁸³ Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin (MTTM) 40/2005 dosya numarası ile ilgili verilen 24.07.2006 tarihli Kararı. Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 109; Михаил Г. Розенберг, **Практика Международного Коммерческого Арбитражного Суда При ТПП РФ за 2006 год**, Статут, Москва, 2008, стр. 221- 222 (Mikhail G. Rozenberg, **Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin 2006 yılı Kararları**, Statut, Moskova, 2008, ss. 221 – 222) (2006 Yılı Kararları).

³⁸⁴ Marielle Koppenol-Laforce, **International Contracts Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law**, Swett&Maxwell, London, 1996, s. 146 aktaran Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 109.

³⁸⁵ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 110.

görülmektedir³⁸⁶. Her şeye rağmen, şartlı hukuk seçiminin yapılması taraflara tavsiye edilmemektedir. Zira, hukukî kesinlik bulunmamaktadır ve taraflar uğradığı zararın hesaplanmasına dair mahkeme öncesi karşılıklı taleplerde bulunurken ve bu taleplere cevap verirken veya karşı dâva açtıklarında, hangi devletin hukukuna dayanmaları gerektiği meselesi ile karşı karşıya kalabilirler³⁸⁷. Ayrıca, sözleşmeye davacının hukuku uygulanacağı belirtildiğinde, bu hukuk onun için ve taleplerinin kabulü için dezavantajlı olabilir. Bu durum ise, dâvanın açılmasını uzatabilir ve hatta, mahkemeye başvurarak, hakkının korunmasından vazgeçmesine neden olabilir³⁸⁸.

Md. 1210/3'de sözleşme akdedildikten sonra yapılan hukuk seçiminin, geriye dönük etkili olacağının, üçüncü kişilerin haklarına hâle getirmeyecek şekilde ve sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren sözleşmenin şekli geçerliliğine dair talep bakımından geçerli sayılacağının düzenlenmesi, hem üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına riayet ilkesi hem de sözleşmenin ileride şekli geçerliliğini koruması bakımından isabetli olmuştur. Kazak hukukunda buna benzer hükmün kanunda düzenlenmesi önerilmektedir³⁸⁹.

İrade muhtariyeti ilkesinin uygulama alanı bazı durumlarda sınırlandırılabilir. Bunlardan biri kanuna karşı hile durumunda ortaya çıkar. Şöyle ki, taraflar hukukî ilişki ile gerçek anlamda sıkı ilişki içinde bulunan ve/veya mahkemenin kanunlar ihtilâfı kuralları gereği uygulanması mümkün olan hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engellemek için, bilinçli/kasıtlı olarak farklı devletin hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçebilirler³⁹⁰. Mahkeme, kanuna karşı hile nedeniyle taraflarca seçilen hukukun uygulanmayacağı sonucuna varabilmesi için hukuk seçiminin bilinçli/kasıtlı yapılması ve tarafların uygulanmasından kaçınmak istedikleri devletin hukukunun doğrudan uygulanan

³⁸⁶ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 110. “*Dâva dilekçesi ile mahkemeye başvurulana kadar uygulanacak hukukun belli olmaması, ayrıca taraflardan hangisinin davacı veya davalı olacağı riski, uygulanacak hukuka dair sözleşmeyi akdeden taraflara aittir*”. 159 sayılı ve 09.07.2013 tarihli Yüksek Tahkim Mahkemesinin Başkanlığının Bilgi Mektubu, md. 15; A.C. Лапшина, «К Вопросу О Праве Применимом Международным Коммерческим Арбитражем», **Сибирский Юридический Вестник**, №1 (52), 2011, стр. 144 – 145 (A.S. Lapshina, “Milletlerarası Tahkim Mahkemesinde Uygulanacak Hukuk Meselesi Hakkında”, **Sibirya Hukuk Bülteni**, Cilt: 1, Sayı: 52, 2011, ss. 144 – 145).

³⁸⁷ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 110; Lapshina, s. 145.

³⁸⁸ Lapshina, s. 145.

³⁸⁹ İspayeva, Kanunlar İhtilafı, ss. 11-12.

³⁹⁰ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 125-126; Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 53.

kurallarının mevcudiyeti arasında bağıllık olması gerekir³⁹¹. Bu kuramdan esinlenerek, Kazak hukukunda öngörülme, fakat Rusya Federasyonu MK md. 1210/5’de düzenlenen kural mevcuttur³⁹². Bu kurala göre, *taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken hukukî ilişkinin bütün unsurları (vakıaları) sadece bir devlet ile sıkı ilişkili ise, tarafların farklı devletin hukukunu seçmeleri, hukukî ilişkinin bütün unsurlarının (vakıalarının) sıkı ilişkili olduğu devletin emredici kurallarına*³⁹³ etki edemez. Diğer bir ifadeyle, taraflarca seçilen devletin hukuk kuralları, sözleşmeyle gerçek bağlantı içinde olan devletin doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olamaz. Meselâ, sözleşmenin bütün unsurları Kazak hukuku ile bağlantılıdır. Fakat taraflar, Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlardır. Bu durumda, Türk hukukunun sözleşmenin şekli geçerliliğine ilişkin kuralları, Kazak hukukunun sözleşmenin şekli geçerliliğine dair doğrudan uygulanan kuralına aykırı olamaz. Eğer böyle bir aykırılık söz konusu ise, Kazak hukukunun doğrudan uygulanan kuralları devreye girecektir. Dolayısıyla, sözleşme yazılı şekle tâbi tutulacaktır. Yazılı şekle uyulmadan akdedilen sözleşme geçersiz sayılacaktır³⁹⁴.

Konuya dair bir diğer örnek Rus yüklenici şirketin Birleşik Arap Emirlikleri’nde (BAE) orada kayıtlı bir şirketle, Birleşik Arap Emirlikleri’ndeki yolun yapımına dair inşaat sözleşmesini imzalamasına, inşaatın tamamlanmasından sonra ödemenin, Rus yüklenicinin BAE’deki hesabına Arap Dinari ile ödenmesine ilişkindir. Bu durumda sözleşme tamamıyla BAE ile sıkı ilişki içerisinde olmasına rağmen taraflar aralarında çıkabilecek uyuşmazlığa İsviçre hukukunun uygulanacağını belirtmişler. MK md. 1210/5 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle, taraflarca hukuk seçimi yapıldığı anda sözleşmenin taraflardan birinin

³⁹¹ Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 53.

³⁹² Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 53.

³⁹³ Asıl metne sadık kalmak amacıyla “*emredici kurallar*” ifadesi kullanılmıştır. Aslında kanun koyucu burada “*doğrudan uygulanan kurallardan*” bahsetmektedir. Zira Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kurulunun 9 Temmuz 2019 tarihli ve 24 sayılı Moskova ş. “*Rusya Federasyonu Mahkemeleri Tarafından Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Kararı*”nın 10. maddesinde RF MK md. 422 anlamında emredici kural olarak nitelendirilen her kuralın “*doğrudan uygulanan kural*” olmadığı belirtilmiştir. RF MK md. 1192/1 uyarınca “*Bu bölümdeki kurallar Rusya Federasyonu mevzuatındaki emredici hükümlerin kendisinde belirtilmesi veya hukukî ilişkilerin taraflarının hak ve menfaatlerinin korunması amacını güden kurallar dâhil özel önemi nedeniyle uygulanacak hukuka bakılmaksızın ilgili hukukî ilişkileri düzenleyen emredici nitelikteki hükümleri etkilemez (doğrudan uygulanan kurallar)*”.

³⁹⁴ Майра Абилова, **Определение Применимого Права: Вопросы Теории и Практики**, Диссертация на соискание ученой степени доктор философии PhD, Астана, 2015, стр. 135 (Mayra Abilova, **Uygulanacak Hukukun Tespiti: Kuram Ve Uygulama Sorunları**, (Yayınlanmamış doktora tezi), M. Narikbayev Kazguu Üniversitesi, Astana, 2015, s. 135).

hukuku ile sıkı ilişkili olduğu hususu belli olmalıdır. Söz konusu olayda taraflar İsviçre hukukunu seçerken, somut olayın bütün şartlarından görüldüğü üzere sözleşmenin BAE ile sıkı ilişkili olduğunun bilincinde idiler. Bu durum, tarafların seçtikleri hukukun yani İsviçre hukukunun, BAE'nin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının geçerliğine etki edemeyeceğini gösterir. Dolayısıyla, yolun yapımına dair inşaat sözleşmesi ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık çıktığında, BAE'nin doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulur³⁹⁵.

MK md. 1210/5 hükmünün uygulama alanı bulabileceği bir diğer örnekte, sözleşme Fransa'da akdedilmiştir, yüklenici Fransa'da kayıtlı bir şirkettir, sözleşmenin ifa edileceği yer Fransa, fakat taraflar aralarında akdedilen sözleşmeye İsviçre hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlar. Bu durumda taraflarca İsviçre hukukunun seçilmiş olması Fransa milletlerarası özel hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını etkilemez. Bu bağlamda İsviçre hukukunun doğrudan uygulanan kuralları taraflarca hukuk seçiminin yapılamayacağına dair hüküm getirse dahi bu hüküm uygulanmayacaktır. Zira Fransa'nın milletlerarası özel hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Konumuzun incelenmesi açısından şu örnek de önemlidir. İki Rus şirketi arasında imzalanan borç sözleşmesinde, borcun iadesini teminat altına almak amacıyla borçlunun yurtdışında bulunan mallarına (örn. borçluya ait yabancı şirketin hisselerine) rehin konulabilir. Bu durumda her ne kadar asıl borç sözleşmesi, rehin ilişkisi ile bu bağlamda yabancı devletin hukuku ile bağlantılı olsa dahi, mahkeme md. 1210/5'deki hükmün uygulanmasına karar verebilir. Zira bu durumda tarafların aralarındaki ilişkiye yabancı hukukun uygulanmasını seçmeleri için, rehin ilişkisinin yabancı devletin hukuku ile olan bağlantısı yetersizdir. Aynı durum iki Rus şirketi arasında imzalanan kredi sözleşmesi açısından da geçerlidir. Şöyle ki, kredi sözleşmesinde borçlunun, kefil olarak yabancı gerçek kişiyi belirtmesi, bu sözleşmeye yabancı hukukun uygulanacağı sonucunu doğurmaz³⁹⁶.

Md. 1210/5'deki hükmün uygulama alanını bulup bulamayacağı konusunda verebilecek bir başka örnek Rus hukukuna göre kurulan veya faaliyette bulunan iş sahibi ile yüklenicinin kendi temsilcileri aracılığıyla yabancı bir devlette meselâ Türkiye'de inşaat sözleşmesini imzalamış olmalarına dairdir. Öğretide tartışılan

³⁹⁵ Dmitriyeva, ss. 309 - 310.

³⁹⁶ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 25 - 26.

konu, sözleşmenin tarafların temsilcileri aracılığıyla yabancı bir devlette imzalanmış olmasının, bu sözleşmenin yabancı unsurlu kabul edilmesi için yeterli olup olmadığı yönündedir. Diğer bir ifadeyle taraflar, sözleşmenin yabancı bir devlette kendi temsilcileri aracılığıyla imzalandığına dayanarak yabancı bir devletin hukukunun sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırıp kararlaştıramayacaklarıdır. Öğretide sözleşmenin yalnızca temsilci aracılığıyla yabancı bir devlette imzalanmasının, o sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırması için yeterli olmadığı belirtilmektedir³⁹⁷. Bu durumda mahkemenin ya söz konusu sözleşmeyi iç hukuka ait sözleşme olarak değerlendireceği ya da md. 1210/5'deki hükmü uygulayacağı ifade edilmektedir³⁹⁸.

2. Taraflar Sözleşmeye Uygulanacak Hukuku Seçmedikleri Takdirde Uygulanacak Hukuk

a. Genel Kural Gereği Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kurallarına Göre Tespiti

(1) Kazak Hukuku

Yürürlükteki Kazak hukukunda, Sovyet döneminde geçerli olan 1991 tarihli Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Medenî Kanunu Temelinde “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesini düzenlemeyen hükümler muhafaza edilmiştir. Bu bağlamda, Kazak hukuku daha çok “*karakteristik edim*” (“*место характерного исполнения*”) kriterine önem vermiştir. Kaynağını İngiliz hukukundan alan “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin ise, yalnızca “*karakteristik edim*” bulunmadığı takdirde uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir³⁹⁹. Dolayısıyla, “*en sıkı ilişkili hukuk*” teorisi “*karakteristik edim*” teorisi ile kıyasla ikinci niteliktedir⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 25.

³⁹⁸ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 27.

³⁹⁹ Yeshniyazov, ss. 51-58.

⁴⁰⁰ Гульнар Бахитовна Испаева, «Особенности Коллизионного Регулирования Договорных Обязательств По Законодательству Российской Федерации и Республики Казахстан», **Журнал Российского Права**, №9, 2006, стр. 130 (Gulnar B. İspaeva, “Rusya Federasyonu’nun Ve Kazakistan Cumhuriyetinin Hukuk Kuralları Gereği Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinin Kanunlar

Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Medenî Kanun birkaç kural getirmiştir. Bunlardan birincisi ve genel nitelikte olan kural md. 1084'te düzenlenmiştir. Buna göre, “*yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taraf olduğu veya yabancı unsurlu hukuk ilişkilerine uygulanacak hukuk Medenî Kanuna, Kazakistan’ın diğer hukuk kurallarına, Kazakistan’ın taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve uluslararası kabul edilen örf âdet kurallarına göre tespit edilir*”. Md. 1084/2, gereği, “*işbu maddenin birinci fıkrasına göre uygulanacak hukuk tespit edilemediği takdirde, o hukukî ilişki ile en sıkı ilişkide bulunan devletin hukuku uygulanır*”. Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu kural genel nitelikte olduğundan, sözleşmelere uygulanacak hukuka dair özel nitelikteki kurala bakmak gerekir. Bu bağlamda, md. 1112’de taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verildiği, hukuk seçimi yapılmadığı takdirde ise, uygulanacak hukukun md. 1113’deki hükme göre tespit edileceği düzenlenmiştir.

MK md. 1113 hükmünün içeriğine bakıldığında, söz konusu maddenin altı fıkradan oluştuğu, maddenin birinci fıkrasında satıcının veya üreticinin devletin hukukunun uygulanacağına dair “*lex venditoris*” bağlama kuralının kabul edildiği görülmektedir. Zikrettiğimiz kural, ilk olarak uygulama alanını daha önce yürürlükte olan 1991 tarihli Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Medenî Kanunu Temelinde bulmuştur. Söz konusu kural *mülga kanunda* sözleşmenin içeriği bakımından önemli olan borcu yerine getiren tarafın kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu ve esas faaliyetini yürüttüğü yer hukukunun uygulanması şeklinde düzenlenmekte idi. Diğer bir ifadeyle, kural, belirli sözleşmenin esas içeriğini, özelliğini oluşturan yükümlülükleri/borçları yerine getiren tarafın devletin hukukunun uygulanacağını öngörmekte idi⁴⁰¹. “*Lex venditoris*” yani “*satıcının devletin hukuku*” kuralının asıl kaynağı Uluslararası Satımlara İlişkin Viyana Sözleşmesi’dir (CISG). Viyana Sözleşmesinde, “*lex venditoris*” kuralı dar anlamda yani satıcının devletin hukuku olarak kaleme alınmıştır⁴⁰². Söz konusu kural *mülga kanunda* ise hem dar hem de geniş anlamda (bütün sözleşme türlerine uygulanacak şekilde) düzenlenmiştir. Böylece, incelediğimiz kural borçları belirli bir sözleşmeye özgü olan tarafın veya

İhtilafî Kurallarına Göre İdare Edilmesinin Özellikleri”, **Rusya Hukuku Dergisi**, Sayı: 9, 2006, s. 130) (Rusya ve Kazakistan).

⁴⁰¹ Dmitriyeva, s. 218.

⁴⁰² Dmitriyeva, s. 218.

borçları belirli bir sözleşmeyi karakterize eden tarafın hukukunun uygulanması şeklinde anlaşılmaya başlamıştır⁴⁰³. “*Satıcının devletinin hukuku*” kuralı, tam bu anlamıyla, 1963 tarihli mülga Çekoslovakya Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanunda, 1965 tarihli mülga Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanunda, 1979 tarihli mülga Macar Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanunda ve birçok uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir⁴⁰⁴.

“*Lex venditoris*” bağlama kuralı Kazakistan Medenî Kanununun 1113. maddesinin birinci fıkrasında, on beş sözleşme tipi ile ilgili olarak, her sözleşme tipi için o hukukî ilişkiye taraflardan hangisinin devletinin hukukunun uygulanacağını tek tek belirtmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu bağlamda meselâ, genel nitelikteki eser sözleşmelerinde yüklenici tüzel kişi ise onun kurulduğu yer veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukuku uygulanacaktır. Yüklenici gerçek kişi, ise ikametgâhının bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır.

Md. 1113'teki hükmün içeriği incelendiğinde, *lex venditoris* bağlama kuralının yalnızca satış sözleşmesi veya birinci fıkra da yer verilen on beş tip sözleşme için düzenlenmediği, medenî hukuk kapsamında karşılaşılabileceğimiz bütün sözleşmeler bakımından uygulanacağı anlaşılmaktadır. MK md. 1113/4 gereği, *işbu maddenin 1-3 fıkralarında belirtilmeyen sözleşmelere, sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında sözleşme yapılmadığı takdirde, bu tür sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan şartı uygulayan tarafın kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetini yürüttüğü devletin hukuku uygulanır*. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, 1113. maddenin üçüncü fıkrasında, “*sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan şartı uygulayan tarafın*” esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Böylece mahkeme md. 1113/1'de düzenlenen sözleşme tipleri bakımından, maddede açıkça belirtilen tarafın kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetini yürüttüğü yer hukuku uygulama yetkisine sahip iken; hükümde yer almayan sözleşmeler bakımından ise mahkeme “*sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan şartı uygulayan tarafı*” tespit etme ve onun kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetini yürüttüğü devletin hukukunu uygulama yetkisine sahiptir⁴⁰⁵. Bu bağlamda, faktöring sözleşmelerinde, bu tarafın müşteri olduğu,

⁴⁰³ Dmitriyeva, s. 218.

⁴⁰⁴ Dmitriyeva, s. 218.

⁴⁰⁵ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, ss. 130, 132.

hizmet sözleşmelerinde ise hizmeti veren olduğu, banka mevduat sözleşmesinde hesap açtıran ve müşteri⁴⁰⁶ olduğu belirtilmektedir⁴⁰⁷. Banka mevduat sözleşmesinde sözleşmenin içeriği bakımından önemli borcu yerine getiren tarafın “banka” olduğu kanaatindeyiz. Zira bu sözleşmede riski taşıyan taraf bankadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin eser sözleşmesinde yüklenici tüzel kişi ise kurulduğu devlet veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devlet hukukunu neye dayanarak uygulaması gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme yüklenicinin hukukunu hangi kritere göre tespit etmesi gerektiği sorunudur. Şöyle ki, eser sözleşmelerinde, yüklenicinin kurulduğu devlet ile asıl faaliyetinin yürütüldüğü devlet farklı olabilir, bu durumda, hangi devletin hukukunun uygulanması gerektiği sorusu ortaya çıkar. Öğretide, konuya dair, mahkemeye keyfî bir seçim hakkının verilmediği, sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilirken, genel nitelikteki md. 1084/2’deki “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁸. Dolayısıyla, mahkeme eser sözleşmesine uygulanacak hukuku belirlerken (yüklenicinin kurulduğu yerin veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yerin hukukunun uygulanacağına karar verirken) sözleşme ile sıkı ilişkili olan devletin hukukunu tespit etmesi gerekir. Örneğin inşaatı Kazakistan’da yapılacak bir binaya dair eser sözleşmesi Kazakistanlı iş sahibi ile Türk yüklenici arasında Türkiye’de imzalanmıştır. Sözleşmede ödemenin Kazakistan’da Kazakistan para birimi ile yapılacağı kararlaştırılmıştır. Yüklenicinin Türkiye’de kurulmasına rağmen, asıl faaliyetinin yürütüldüğü devlet Kazakistan’dır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığından, mahkemenin yüklenicinin asıl faaliyetinin yürütüldüğü devlet hukukuna göre uyuşmazlığı çözmesi gerekir. Zira yüklenicinin kurulduğu devletten ziyade, sözleşme, yüklenicinin asıl faaliyetinin yürütüldüğü devlet yani Kazakistan ile en sıkı ilişki içindedir. Şöyle, inşaatın yapılacağı yer Kazakistan’dır, ödeme Kazakistan para birimi ile yapılacaktır, yüklenicinin asıl faaliyetinin yürütüldüğü devlet Kazakistan’dır.

⁴⁰⁶ Rus hukukunda banka mevduat sözleşmesinde sözleşmenin içeriği bakımından önemli borcu yerine getiren taraf olarak “banka” açıkça düzenlenmiştir. RF MK md. 1211/3.

⁴⁰⁷ Майдан Сулейменов и Юрий Басин, **Гражданское Право**, Том 3., НИИ Частного права КазГЮУ, Алматы, 2004, стр. 463 (Maydan K. Suleymenov ve Yury G. Basın, **Medenî Hukuk**, Cilt: 3, KAZGUU Özel Hukuk Bilimsel Araştırma Enstitüsü, Almatı, 2004, s. 463); İspaeva, Rusya ve Kazakistan, s. 132.

⁴⁰⁸ Yeshniyazov, ss. 51-58.

Karma nitelikli sözleşmelerde, “sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan şartı uygulayan tarafı” tespit etmek kolay değildir. Bu durumda, kanun koyucu, o hukukî ilişkiye sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan hukukun uygulanacağını düzenlemiştir.

Kazakistan Medenî Kanununda ayrıca bazı sözleşme tiplerine ilişkin özel bağlama kuralları getirilmiştir. Belirtmek gerekirse, md. 1113/2’de konusu taşınmaz olan sözleşmelerde ve malvarlıkların güvene dayalı yönetilmesi sözleşmesinde taşınmazın/malların bulunduğu devletin hukukunun uygulanacağı; Kazakistan Cumhuriyetinin Resmî Siciline⁴⁰⁹ kaydedilen taşınmazlar bakımından ise Kazakistan hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu burada “*lex rei sitae*” yani malın bulunduğu devletin hukuku bağlama kuralını esas almıştır⁴¹⁰. Bu bağlamda bir mal Kazakistan’da taşınmaz olarak Resmî Sicilde kaydedilmişse, o taşınmaza dair hukukî ilişkiye Kazakistan hukuku uygulanacaktır.

İncelediğimiz hüküm, md. 1113’de düzenlenen diğer fıkralardan farklı olarak “aksi taraflarca öngörülmedikçe” ifadesini içermediğinden Kazak öğretisinde, söz konusu hükmün yorumuna dair bazı tartışmalar mevcuttur. Belirtmek gerekirse, bazı yazarlar, söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğunu ve aksinin taraflarca kararlaştırılamayacağını savunurken, diğerleri incelediğimiz hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılabileceğini ileri sürmektedirler⁴¹¹. İkinci görüşü savunanlar, md. 1113/2’deki hükmün yalnızca aksi taraflarca sözleşme ile öngörülmediği takdirde uygulanacağını ifade etmektedirler. Bunun nedeni olarak, madde başlığının, “*Taraflar Hukuk Seçimine Dair Sözleşmeyi Akdetmedikleri Takdirde Uygulanacak Hukuk*” olduğu; md. 1113/2’deki hükmün ilk başta düzenlendiğinde, “aksi

⁴⁰⁹ 16 Temmuz 2001 tarihli ve 242 – II sayılı Kazakistan’da Mimarî, Kentsel Planlama ve İnşaat Faaliyetleri Hakkında Kanunun 68. maddesinin on dördüncü fıkrası gereği “... inşaatı tamamlanan nesne işbu Kanunun 11. bölümü gereği işletilebilmesi için işleme kabul edilmesi gerekir. Belirlenen şekle uygun olarak onaylanan inşaatı tamamlanan nesnenin işleme kabulüne dair tutanağı, binaların, yapıların ve (veya) yeni oluşturulan taşınmaz mallar üzerindeki parçaların tanımlarının ve teknik verilerinin yasal kadastro bilgi sistemine girilmesi ve taşınmaz mallara ilişkin hakların tescili için nedendir”. 16 Temmuz 2001 tarih ve 242 – II sayılı Kazakistan’da Mimarî, Kentsel Planlama ve İnşaat Faaliyetleri Hakkında Kanun, RG, Kazakhstanskaya Pravda 24 Temmuz 2001 tarih ve sayı 173-174 (23521-23522). 19.04.2019 tarihli ve 249-VI sayılı kanun ile değişiklikler ve ilaveler yapılmıştır. RG, Kazakhstanskaya Pravda 23 Nisan 2019 tarih ve sayı 77 (28954), 11.06.2019 tarihinde yayınlanmıştır. İlk yayınlandığı tarihten itibaren 10 takvim günü içerisinde yürürlüğe girmiştir.

⁴¹⁰ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, s. 131.

⁴¹¹ Майдан Сулейменов, Комментарий к Гражданскому Кодексу Особенная Часть, Жеты Жаргы, Алматы, 2003, стр. 803-804 (Maydan K. Suleymenov, Medenî Kanun Açıklaması Özel Hükümler, Zheti Zhargı, Almatı, 2003, ss. 803-804) (Medenî Kanun).

taraf larca ö ngör ü lmedikçe” ifadesini içeren üç ü ncü fı kranın bir parçası olarak kaleme alındığı, sonradan ayrı bir fı kra olarak düzenlendiğı; kanun koyucunun bu hü kmü ö ngörürken, söz konusu fı krayı 1113. maddenin iç erdiği anlamın dışına çıkartmayı amaçlamadığı; tarafların konusu taş ınmaz olan sözleşmeyi farklı bir devletin hukukuna tâ bi tutabileceklerini göz önünde bulundurdukları belirtilmektedir⁴¹².

Diğ er taraftan, varılan sonucun taş ınmazlara uygulanacak hukuka dair hü kû m içeren genel nitelikteki md. 1107 ile de ç elişmediğıne de dikkat çekilmektedir. Md. 1107 gereğı, taş ınır ve taş ınmaz mallara ilişkin mülkiyet hakkına ve diğ er aynı haklara Kazakistan Cumhuriyeti kanunî düzenlemelerinde aksi ö ngör ü lmedikçe malların bulunduğ u devletin hukuku uygulanır. Yani, taş ınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına uygulanacak hukuk md. 1107 gereğı tespit edilir. Bu bağ lamda taraflar konusu taş ınmaz olan sözleşmeye farklı bir devletin hukukunun uygulanmasını kararlaşt ırmış sa, sözleşme ile ilgili tarafların hak ve borç larına seç ilen devletin hukuku uygulanabilir⁴¹³. Meselâ, taş ınmaz Kazakistan’da bulunuyorsa, o taş ınmaza ilişkin mülkiyet hakkı ve mülkiyete ilişkin diğ er haklar Kazakistan hukukuna göre belirlenir. Fakat, taş ınmazın sahibi bu taş ınmazla ilgili Alman vatandaşı ile kira sözleşmesini imzalarsa, bu durumda kira sözleşmesine dair tarafların hak ve borç ları, taraflarca kararlaşt ırıldığı takdirde Alman hukukuna tâ bi tutulur⁴¹⁴.

Bir diğ er özel bağ lama kuralı md. 1113/3’de düzenlemiştir. Buna göre, KC MK 1113. maddenin üç ü ncü fı krasındaki hü kû m, birinci fı kraya bakılmaksızın, adı ortaklık sözleşmelerinde, inşaat sözleşmelerinde, ihale sonucunda akdedilen sözleşmelerde uygulama alanı bulur. Bu bağ lamda, adı ortaklık sözleşmelerine ortaklık faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukuku, inşaat sözleşmelerine ise sözleşmede ö ngör ü len sonuçların ortaya çıkacağı devletin hukuku uygulanır. İhale sonucunda veya borsada akdedilen sözleşmelere ise ihalenin düzenlendiğı veya borsanın bulunduğ u devletin hukuku uygulanır. Burada da kanun koyucu “*lex loci activitus*”, yani faaliyetin yürütüldüğü yer ve “*lex loci actus*” yani iş lemin yapıldığı yer bağ lama kurallarını ö ngö rmüştür. Ö ğ retide, md. 1113/3’deki özel bağ lama kuralının ne md. 1113/1’deki “*karakteristik edim*” teorisi kapsamına ne de “*en sıkı*

⁴¹² Suleymenov, Medenî Kanun, ss. 803 - 804.

⁴¹³ Suleymenov, Medenî Kanun.ss. 803 - 804.

⁴¹⁴ Suleymenov, Medenî Kanun, ss. 803 - 804.

ilişkili hukuk” teorisi kapsamına girdiği; söz konusu hükmün md. 1113/1’deki kuralın istisnasını oluşturduğu belirtilmektedir⁴¹⁵.

(2) Rus Hukuku

Rus Medenî Kanununun md. 1211’deki hükmün tercümesi çalışmamızın 2. no’lu ekinde verildiğinden, tekrar etmekten kaçınmak amacıyla burada kanun metnine yer verilmeyecektir. Sadece konuya ilişkin öğretilerde tartışılan hususlara ve vardığımız sonuçlara yer verilecektir. Rus hukukunda md. 1211 gereği sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin uygulanması konusunda farklı görüşler mevcuttur. Belirtmek gerekirse, öğretilerdeki hâkim görüş, Rus hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin esas alındığı yönündedir⁴¹⁶. Bu bağlamda MK md. 1211/1 incelendiğinde, en sıkı ilişkili hukukun tespitindeki esas kriter olarak, sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü/borcu yerine getiren tarafın ikametgâhının⁴¹⁷ veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devlet⁴¹⁸ belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Rus hukukunda en sıkı ilişkili hukuk ilkesi “*karakteristik edim*” şeklinde ortaya çıkmakta ve sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde esas ilke olarak kabul edilmektedir⁴¹⁹. Belirtilmelidir ki, ilgili taraf gerçek kişi ise ikametgâhı, tüzel kişi ise esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukuku uygulanır. Bu hukuk sözleşmenin imzalanacağı ana göre belirlenir⁴²⁰.

Buna karşılık *Kanashevsky*, Rus hukukunda karakteristik edim borçlusunun ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukunun, en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanmadığını, söz konusu bağlama kuralının en sıkı ilişkili hukuk

⁴¹⁵ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, s. 131.

⁴¹⁶ Boguslavsky, s. 296; Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 163; Kurbanov ve Laletina, s. 93.

⁴¹⁷ Rus hukukunda, gerçek kişinin (vatandaşın) ikametgâhı olarak kişinin daimî veya çoğunlukla yaşadığı yer kabul edilir. (RF MK md. 20)

⁴¹⁸ Kişinin esas faaliyetini yürüttüğü yeri belirlemek zordur. Zira Kanunda konuya dair düzenleme getirilmemiştir. Öğretilerde, ticarî işletme birkaç devlette faaliyette bulunmakta ise, onun esas faaliyetinin yürüttüğü yer olarak, onun faaliyetinin esas kısmının toplandığı yer sayılması gerektiği belirtilmektedir. Önemle belirtilmektedir ki, tüzel kişinin bulunduğu yer ile faaliyetini yürüttüğü yer farklı olabilir. Aynı yer olması gerektiğine dair bir zorunluluk getirilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Boguslavsky, s. 297.

⁴¹⁹ İspayeva, Rusya ve Kazakistan, s. 125; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 131.

⁴²⁰ Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 164; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 131.

bulunmadığı takdirde uygulanacağını savunmaktadır ⁴²¹ . Diğer bir ifadeyle, “*karakteristik edim borçlusunun ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukunun*”, aksi ispat edilebilir bir karine şeklinde düzenlenmediğini belirtmektedir ⁴²² . Bu bağlamda, mahkemenin öncelikle karakteristik edim borçlusunun ikametgâhını veya esas faaliyetinin yürüttüğü yer hukukunu tespit etmesi gerektiğini, somut olayın özelliklerinden en sıkı ilişkili hukuk tespit edilebildiği durumda, md. 1211/9 gereği en sıkı ilişkili hukuku uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir⁴²³.

Birinci görüşü savunan yazarlar, madde 1211’de “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin “*karakteristik edim*” şeklinde ortaya çıktığını belirtmekle birlikte, farklı on dokuz tip sözleşme ile ilgili karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğunun açıkça düzenlendiğini ifade etmektedirler. Meselâ, eser sözleşmesinde, yüklenicinin ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukuku en sıkı ilişkili hukuktur. Bu açıdan bakıldığında, md. 1211/1-2’deki hükümlerin genel nitelikte olduğuna ve bütün sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacağına dikkat çekilmektedir⁴²⁴.

Bununla birlikte, md. 1211/3-9’da farklı sözleşme tipleri için o sözleşme bakımından en sıkı ilişkili kabul edilen özel bağlama kuralları da getirilmiştir. Buna göre, inşaat sözleşmelerinde, sözleşme ile öngörülen sonuçların ortaya çıktığı devletin hukuku en sıkı ilişkili hukuktur. Dolayısıyla, Rus şirketleri yabancı şirketlerle inşaat sözleşmesini Rusya Federasyonu sınırları içinde akdettiklerinde, md. 1211/3 hükmü uygulama alanı bulur. Fakat belirtmelidir ki, bu hüküm tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir⁴²⁵. Zira md. 1210 gereği taraflar aksini kararlaştırabilirler veya md. 1211/9 gereği aksi kanun hükmünden, sözleşme şartlarından veya niteliğinden ya da mevcut durumun bütününden anlaşılabilir⁴²⁶. Aksi kanun hükmünden, sözleşme şartlarından veya niteliğinden ya da mevcut olayın/durumun bütününden anlaşıldığı takdirde md. 1211/9 gereği “*daha sıkı ilişkili*

⁴²¹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 136 – 137.

⁴²² Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 136 – 137.

⁴²³ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 131 – 137.

⁴²⁴ İspayeva, Rusya ve Kazakistan, s. 126.

⁴²⁵ Boguslavsky, s. 320.

⁴²⁶ Boguslavsky, s. 320.

hukuk” uygulanacaktır⁴²⁷. Burada kanun koyucunun kanunlar ihtilâfı kurallarını daha da esnekleştirdiğini görebiliriz. Zira kanun hükmünden, sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütününden sözleşmenin başka bir devletin hukuku ile “*daha sıkı ilişkili olduğu*” anlaşılmakta ise, mahkeme farklı bir devletin hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varabilir⁴²⁸. Bu nedenle, öğretide md. 1211/2’de her sözleşme türü için sıralanan kanunlar ihtilâfı kurallarının birer karine niteliğinde olduğu belirtilmektedir⁴²⁹. Şöyle ki, md. 1211/2-5 gereği taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, eser sözleşmesinde, içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü/borcu yerine getiren taraf olarak yüklenici belirtilmiştir. Fakat burada inşaat sözleşmesinden bahsedilmemektedir. Zira inşaat sözleşmesinde, sözleşme ile öngörülen sonuçların ortaya çıktığı devletin hukuku uygulanacaktır (md. 1211/3).

Rus hukukunda kanun koyucu, karma nitelikteki sözleşmeler bakımından da ayrı düzenleme getirmiştir. Buradaki amaç karma nitelikli sözleşmeye farklı devletlerin hukukunun uygulanmasını engellemektir. Bu bağlamda, md. 1211/10 gereği farklı sözleşmelerin unsurlarını içeren sözleşmeye, sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütünden bu tür sözleşmenin her unsuru için uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmıyorsa, tek bir sözleşme olarak değerlendirilen bu sözleşmeye “*daha sıkı ilişkili*” devletin hukuku uygulanacaktır⁴³⁰.

Kanashevsky, md. 1211/1 – 8’deki her sözleşme tipi için düzenlenen bağlama kurallarının esas alınacağını, md. 1211/1 – 8’de yer alan bağlama kurallarının aksinin kanundan, sözleşme şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütününden anlaşıldığı durumlarda, “*en sıkı ilişkili hukukun*” (sözleşme şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütününden sözleşmenin başka bir devletin hukuku ile sıkı ilişkili olduğu anlaşılmakta ise) uygulanacağını belirtmektedir⁴³¹. Bu bağlamda, md. 1211/10 gereği farklı sözleşmelerin unsurlarını içeren sözleşmeye, sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütünden bu tür sözleşmenin her unsuru için uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği

⁴²⁷ Boguslavsky, s. 299; Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 164.

⁴²⁸ Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 164.

⁴²⁹ Boguslavsky, s. 299.

⁴³⁰ Boguslavsky, ss. 299 - 300.

⁴³¹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 133 - 134.

sonucu ortaya çıkmıyorsa, tek bir sözleşme olarak değerlendirilen bu sözleşmeye “*en sıkı ilişkili*” devletin hukuku uygulanacaktır. Kanashevsky, “*en sıkı ilişkili hukukun*” sözleşmede karakteristik edim borçlusunun belirlenemediği isimsiz sözleşmelere uygulanacak hukuk tespit edilirken de uygulanması gerektiği kanaatindedir⁴³².

En sıkı ilişkili hukuk bağlama kuralı BDT’nun Model Medenî Kanununda da düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin karakteristik edim borçlusu tespit edilemediği takdirde, sözleşme ile sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanacaktır (Model MK md. 1225/3, son cümle).

Rus hukukunda, “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin hangi durumda uygulanacağını tespit edebilmek için MK’nun 23.07.2013 tarihine kadar yürürlükte olan md. 1211 hükmü ile şu an yürürlükte olan hükmünün kıyaslanması gerektiği kanaatindeyiz.

Mülga MK md. 1211/1 – 2’de şöyle bir düzenlemeye yer vermekte idi:

“1. Sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında taraflarca anlaşma yapılmadığı takdirde, sözleşmeye, *en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanacaktır.*

2. Sözleşmenin *en sıkı ilişkili hukuku, aksi kanundan, sözleşme şartlarından ve niteliğinden ya da somut olayın bütününden anlaşılmadığında sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü/borcu yerine getiren tarafın ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukudur*”.

Yürürlükteki MK md. 1211/1-2 ise şu şekilde düzenlenmiştir:

“1. Aksi işbu Kanunla veya diğer Kanunlarla öngörülmedikçe, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmedikleri takdirde, o sözleşmeye, sözleşmenin akdedildiği anda sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü yerine getiren tarafın ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukuku uygulanır.

2. Sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü/borcu yerine getiren taraf olarak:

1. Satış sözleşmesinde – satıcı;
2. Bağış sözleşmesinde – bağışlayıcı;
3. Kira sözleşmesinde-kiraya veren;
4. Kullanım Ödücü sözleşmesinde – ödünç veren;

⁴³² Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 134.

5. *Eser sözleşmesinde-yüklenici, eseri meydana getiren ...”*

MK md. 1186/2 uyarınca yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukuk Rusya Federasyonu’nun taraf olduğu uluslararası sözleşmelere, Medenî Kanuna ve diğer kanunlara, RF’nun tanıdığı örf âdet ve teamüle göre tespit edilemediğinde, bu hukukî ilişkiye yabancı unsurlu ilişkili ile en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanır. Bu madde genel nitelikte olduğundan, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin md. 1211/1’de özel nitelikli hüküm bulunduğundan bu hüküm dikkate alınmalıdır. Yukarıda görüldüğü üzere, yürürlükteki Medenî Kanun mülga Medenî Kanundan farklı olarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde öncelikle karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu andaki ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukukunun uygulanması gerektiğini düzenlenmiştir. Md. 1211/9’da ise aksinin kanundan, sözleşme şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın özelliklerinden anlaşıldığı durumlarda, “*en sıkı ilişkili hukukun*” uygulanacağını öngörmüştür. Bu durum, *Kanashevsky* tarafından ileri sürülen görüşün isabetli olduğunu göstermektedir.

b. Objektif Bağlama Kurallarına Göre İnşaat Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tespiti

(1) Kazak Hukuku

Çalışmamızın konusu inşaat sözleşmeleri ile sınırlı olduğundan, inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde md. 1113/3’deki hükme başvurulması gerekir⁴³³. Bu bağlamda, inşaat sözleşmelerine sözleşmede öngörülen sonuçların ortaya çıktığı devletin hukuku uygulanacaktır⁴³⁴. Örneğin, Kazakistanlı iş sahibi ile Alman yüklenici, inşaatı Kazakistan’da yapılacak bir binanın yapımına dair inşaat sözleşmesini Almanya’da imzalamışsa, yüklenicinin kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu ve esas faaliyetinin yürütüldüğü devlet Almanya olmasına rağmen md. 1113/3 gereği söz konusu sözleşmeye Kazakistan hukuku uygulanacaktır. Zira sözleşme ile öngörülen sonuçlar yani bina yapımı Kazakistan’da gerçekleşecektir.

⁴³³ KC MK md. 1113 hükmünün tercümesi çalışmamızın 1. no’lu ekinde verildiğinden, tekrar etmekten kaçınmak amacıyla burada kanun metnine yer verilmemiştir.

⁴³⁴ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, s. 131.

KC MK md. 1113/5’de, md. 1113’deki bağlama kurallarına ek olarak, sözleşme konusu işin yani tamamlanan inşaat işinin kabulüne dair uyuşmazlıklarla ilgili ek bağlama kuralı düzenlenmiştir. Buna göre, tamamlanan inşaat işinin kabulüne dair uyuşmazlıklara, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, işin kabul edildiği devletin hukukunun (*lex loci solutionis*) dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, maddede “*dikkate alır*” ifadesinin kullanılmasıdır. Öğretide, söz konusu ifadenin bilinçli olarak kullanıldığı, dolayısıyla mahkemenin esas bağlama kuralı olarak “*lex venditoris*”, fakat yapılan işin kabulünde ise “*lex loci solutionis*” dikkate alabileceği belirtilmektedir⁴³⁵. Aslında, kanun koyucunun burada mahkemeye seçme hakkı tanıdığı, somut olayın özelliklerine göre milletlerarası özel hukuk adaletine ve tarafların menfaatine uygun sonuç doğuracak bağlama kuralının uygulanmasına imkân verdiği kanaatindeyiz. Bu hüküm özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından önem taşır. Şöyle ki, meselâ, Kazak iş sahibi ile Türk yüklenici Kazakistan’da inşa edilmekte olan köprünün çelik konstrüksiyonunun imalatı ve montajına dair sözleşmeyi akdetmişler. Sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediğinden, mahkemenin md. 1113’e göre uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir. Bu durumda, mahkemenin md. 1113/1’i mi yoksa md. 1113/3’ü mü uygulaması gerektiği sorunu ortaya çıkar? Yukarıda belirtildiği üzere, md. 1113/3 inşaat sözleşmelerine dair özel bağlama kuralı getirdiğinden, uyuşmazlığa “*sözleşme ile öngörülen sonuçların ortaya çıktığı*” devletin hukuku uygulanması gerekir. Fakat, bizim olayda, sözleşme her ne kadar inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilse dahi, asıl çelik konstrüksiyonu işi Türkiye’de gerçekleştirilmektedir. Kazakistan’da ise sadece montajı yapılmaktadır. Sözleşmenin şartlarının ve yüklenicinin borçlarını yerine getirilmesi açısından her iki iş de önemlidir ve her iki devlet yüklenicinin borçlarını yerine getirdiği devlettir. Kanaatimizce, bu durumda hangi devletin hukukunun uygulanacağı hususu uyuşmazlığın niteliğine bağlıdır. Meselâ, sözleşmeden doğan uyuşmazlık, çelik konstrüksiyonun süresinde Kazakistan’a getirilmediğine ve montaj işinin başlatılmadığına dayanmakta ise, md. 1113/3 gereği mahkeme Türk hukukunun uygulanmasına karar verebilir. Uyuşmazlık, Türkiye’de üretilen çelik konstrüksiyonun ayıplı olmasından kaynaklanmakta ise ve ayıbın montaj ile bağlantısının olmadığına dayanmakta ise mahkeme yine md. 1113/3 gereği Türk

⁴³⁵ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, s. 131; Suleymenov ve Basin, s. 465.

hukukunun uygulanmasına karar verebilir. Buna karşılık, uyuşmazlık, monte edilen çelik konstrüksiyonunun iş sahibince kabul edilmemesinden, monte edilirken hasara uğraması nedeniyle ayıplı olduğuna dayanmakta ise, mahkeme md. 1113/5 göre tamamlanan inşaat işinin kabulüne ilişkin olarak Kazakistan hukukunun uygulanmasına, ayıplı olduğuna dair ise md. 1113/3 gereği yine Kazak hukukunun uygulanmasına karar verebilir.

MK'un 1113. maddenin son fıkrasında, sözleşmede, uluslararası alanda kabul edilen kavramlar kullanılmışsa, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, tarafların aralarındaki hukukî ilişkiye uygun ticarî kavramlara ilişkin var olan örf âdet kurallarının uygulanacağına kararlaştırılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu tarafların, örf âdet kurallarının uygulanacağını kararlaştırdıklarını varsaymaktadır. Meselâ, taraflar inşaat sözleşmesinde yüklenicinin kendi malzemelerini kullanarak inşaatı yapacağı, malzemelerin yurtdışından teslim şekli FOB olarak belirtilmişse, bu durumda, teslim şekline INCOTERMS kurallarının uygulanacağı kararlaştırılmış kabul edilir.

Kazakistan Medenî Kanunu'ndaki incelediğimiz hükümler öğretide, uluslararası standartlara uymama nedeniyle eleştirilmektedir. Şöyle ki, Kazakistan hukukunda yukarıda da tespit edildiği üzere, *“karakteristik edim”* teorisi merkezi konumdadır, buna karşılık *“en sıkı ilişkili hukuk”* teorisi ise ikincil niteliktedir. Milletlerarası özel hukukta *“karakteristik edim”* teorisi *“en sıkı ilişkili hukuk”* teorisinin kapsamına girerken, Kazak hukukunda bağımsız bir kural olarak ortaya çıkmakta ve ona üstünlük tanınmaktadır. Bu durum, kanunlar ihtilâfı kurallarının daha katı bir şekilde düzenlendiğini göstermektedir; uygulanacak hukukun tespitinde, katı nitelikli hukukî kesinliği ve öngörülebilirliği sağlamaktadır⁴³⁶. Bu düzenlemenin ortaya çıkardığı bir diğer sonuç, md. 1113/2 ve 3'de belirtilen sözleşmelerin *“karakteristik edim”* teorisi kapsamına girmemesidir. Diğer bir ifadeyle, tezimizin konusunu oluşturan inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde *“karakteristik edim”* teorisinin uygulanmayacağı ve onun istisnasını oluşturan özel bağlama kuralının uygulanacağıdır⁴³⁷. Bu bağlamda md. 1113/1-5 gereği eser sözleşmesine yüklenicinin kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu veya asıl faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukuku uygulanması gerekirken, eser sözleşmesinin kapsamına

⁴³⁶ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, ss. 133 - 134.

⁴³⁷ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, ss. 133 - 134.

giren inşaat sözleşmesine md. 1113/3 gereği sözleşme ile öngörülen sonuçların ortaya çıktığı devletin hukukunun uygulanması gerekir⁴³⁸. Böylece, aynı nitelikteki sözleşme için farklı bağlama kuralları öngörülmüştür. Kanun koyucunun, “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin uygulama alanını daraltması, uygulanacak hukukun tespitinde önceliği “*karakteristik edim*” teorisine vermesi, milletlerarası özel hukukta kabul edilen “*en sıkı ilişkili hukuk*” teorisinin niteliğine ters düşmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁴³⁹. Bu bağlamda, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde günümüzde Roma Sözleşmesinde, Roma I Tüzüğünde, Avrupa Birliğine üye birçok devletin hukukunda düzenlenen “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin, milletlerarası özel hukukta kabul edilen şekilde esas alınması gerektiği belirtilmektedir⁴⁴⁰.

Bu doğrultuda, KC MK'daki md. 1086/4, md. 1090, md. 1112'deki hükümlerin değiştirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁴⁴¹. Zira, md. 1086/4 gereği, “*işbu maddede belirtilen tedbirlerin alınmasına rağmen makul süre içerisinde yabancı hukukun içeriği belirlenmezse, Kazakistan Cumhuriyeti hukuku uygulanır*”. Dolayısıyla ne taraflar ne de hâkim md. 1086'da belirtilen tedbirleri almasına rağmen yabancı hukukun içeriğini makul süre içerisinde belirleyemedikleri takdirde, o hukukî ilişkiye Kazakistan hukuku uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, bu maddede mahkemeye sözleşme ile herhangi bir ilişkide bulunmadığı halde Kazakistan hukukunun uygulamasına imkân vermektedir. Öğretide, bu tür durumlarda, yabancı hukukunun içeriği tespit edilemediği takdirde, *lex fori* yerine en sıkı ilişkili hukuk ilkesi gereği o sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukukunun uygulanacağını düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁴².

(2) Rus Hukuku

RF MK md. 1211/3 gereği inşaat sözleşmelerine, proje ve keşif çalışmalarının gerçekleştirilmesine dair sözleşmelere, sözleşme ile öngörülen sonuçların meydana geldiği devletin hukuku uygulanır. RF MK md. 1211/2'de taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, sözleşmeye karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin

⁴³⁸ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, ss. 133 - 134.

⁴³⁹ İspaeva, Rusya ve Kazakistan, ss. 133 - 134.

⁴⁴⁰ Yeshniyazov, ss. 51-58; İspayeva, Kanunlar İhtilâfı, ss. 11-12.

⁴⁴¹ Yeshniyazov, ss. 51-58.

⁴⁴² Yeshniyazov, ss. 51-58.

hukukunun uygulanması gerektiği düzenlense bile, md. 1211/3'de inşaat sözleşmelerine dair özel bağlama kuralı bulunduğundan, inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara md. 1211/3'deki hükmün uygulanacağı öğretide belirtilmektedir⁴⁴³. Dolayısıyla, inşaat sözleşmelerine sözleşme ile öngörülen sonuçların meydana geldiği devletin hukuku uygulanır.

Rus devlet mahkemelerinin uygulamasına baktığımızda, mahkemelerin inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda taraflarca hukuk seçimi yapıldığı takdirde, seçilen hukuku, hukuk seçimi yapılmadığı takdirde ise sözleşme ile öngörülen sonuçların meydana geldiği devletin hukukunu uyguladıklarını görebiliriz⁴⁴⁴.

Yukarıda belirtilen bağlama kuralı, kanundan, sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütününden aksi öngörülmediğinde uygulanır⁴⁴⁵. Bu durumda, kanundan, sözleşme şartlarından veya somut olayın bütününden aksi öngörüldüğü tespit edildiğinde, mahkeme md. 1211/3'deki hükmü uygulamamalıdır. Bilindiği üzere yabancı şirketler ve kuruluşlarla akdedilen eser sözleşmeleri, işin niteliğine göre farklı olabilir: keşif ve jeolojik keşif sözleşmeleri, proje sözleşmeleri, montaj sözleşmeleri; inşaat yapım sözleşmeleri, makinelerin ve ekipmanların teknik bakım sözleşmeleri vs. Bu açıdan bakıldığında, eser sözleşmesinin bir parçası sayılan inşaat sözleşmesinin karma nitelikte olduğu aşıkârdır⁴⁴⁶. Şöyle ki, uygulamaya bakıldığında yüklenicinin yükümlülüklerine, projenin hayata geçirilmesine dair detaylı iş planının hazırlanması, kendi uzmanları aracılığıyla hammaddeye ilişkin jeolojik keşfin yapılması; grafikler, çizimler, teknik şartnameler dâhil proje ile ilgili ve projenin uygulanması için gereken tüm teknik dokümantasyonun hazırlanması; işe başlamadan önce, iş sahibine ve/veya onun uzmanlarına onaylanması için malzemelerin, ekipmanların, tüm dokümantasyonun sunulması; ortaklar tarafından onaylanan çalışma planına göre makine malzemelerinin, teknik dokümantasyonun temini; inşaat, monte edilme sürecinde proje nezaretinin gerçekleştirilmesi için teknik personelin görevlendirilmesi; iş sahibinin, inşaat konusunu oluşturan nesneyi

⁴⁴³ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 501 – 502.

⁴⁴⁴ 08.07.2008 tarihli ve 128/2007 dâva dosyası ile ilgili verilen kararında hakem kurulu, Sırbistanlı iş sahibi ile yüklenici arasında inşaatı Rusya'da yapılacak binanın yapımına dair inşaat sözleşmesinde taraflarca sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun seçilmediği belirtmiştir. Fakat hem davacı dâva dilekçesinde hem de davalı karşı dâva dilekçesinde Rus hukukuna atıfta bulunduklarından hakem kurulu uyuşmazlığın esasına Rus hukukunu uygulamıştır. Detaylı bilgi için bkz.: Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 501-502.

⁴⁴⁵ Boguslavsky, s. 298; Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 286;

⁴⁴⁶ Boguslavsky, s. 322.

kendisi işletebilmesi için onun personelinin eğitilmesi girerken, bunun karşılığında iş sahibinin yükümlüklerine sözleşme gereği yükleniciye belirlenen şartlarda ödemenin yapılması; inşaatın yapılacağı yerin (inşaat alanının) elektrik ve su ile temin edilmesinin sağlanması; kendi personelinin inşaat alanında eğitim almasını sağlamak amacıyla gerekli personelin temin edilmesi; projenin inşaatı için gereken yerel malzemelerin ve hammaddenin temin edilmesi; inşaat sürecinin kontrolü, tamamlanan inşaatın teslim alınması ve/veya kabulü girer⁴⁴⁷. Bu durum, inşaat sözleşmesinin karma nitelikli olduğunu göstermektedir. Her ne kadar inşaat sözleşmesi içeriği bakımından karma nitelikli olsa dahi, kanunda para karşılığı inşaat sözleşmesine dair özel hüküm bulunduğundan, inşaat sözleşmelerinde söz konusu md. 1211/3'deki hüküm uygulanacaktır. Bununla birlikte, eğer sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden ya da somut olayın bütününden inşaat sözleşmesinin başka bir devletin hukuku ile sıkı ilişkide olduğu tespit edilirse, md. 1211/9 gereği inşaat sözleşmesi ile sıkı ilişki içinde olduğu devletin hukuku uygulanacaktır. Ayrıca, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri gibi karma nitelikli sözleşmelere md. 1211/10 gereği *“en sıkı ilişkili hukuk”* uygulanacaktır.

III. UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİMDE ÇÖZÜLMESİ DURUMUNDA SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK

Hem uluslararası sözleşmeler hem de tahkim kuralları açısından uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi durumunda sözleşmeye hangi devletin hukukunun uygulanacağı çalışmamızın “Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” başlıklı birinci bölümünde detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu bölümde, tekrar etmekten kaçınmak amacıyla, uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi durumunda hangi hukukunun uygulanacağı konusu yalnızca Kazakistan ve Rusya'nın millî hukuku kapsamında incelenecektir.

Kazakistan'ın Tahkim Hakkında Kanununun 44. maddesi gereği, tahkim mahkemesi uyuşmazlığa tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçtikleri hukuk kurallarını uygular. Belirli bir devletin hukukuna veya hukuk sistemine yapılan atıf, o devletin kanunlar ihtilâfi kurallarına değil, maddî hukukuna yapılan

⁴⁴⁷ Boguslavsky, s. 322.

atıf olarak yorumlanır. Kazakistan Cumhuriyeti gerçek ve tüzel kişileri arasındaki uyuşmazlıklara Kazakistan Cumhuriyeti mevzuatı uygulanır. Taraflar, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku seçmedikleri takdirde, tahkim mahkemesi sözleşmeye uygulanacak hukuku “*uyuşmazlığın niteliğine göre uygun göreceği devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına*” göre belirler. Belirli bir hukukî ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralları bulunmadığı takdirde, tahkim mahkemesi o hukukî ilişkiyi düzenleyen ticarî örf âdet ve teamülü uygular ve ona uygun olarak karar verir.

Uyuşmazlığa konu olan hukukî ilişkiler, mevzuat veya tarafların akdettikleri sözleşme ile düzenlenmemişse, ayrıca, o hukukî ilişkiye uygulanabilecek örf âdet ve teamül bulunmadığında, bu ilişkilere, bu durum, onların özü ile çelişmediğinden, benzer hukukî ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları uygulanır.

Rusya Federasyonu Tahkim Hakkında Federal Kanununun “*Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk*” başlıklı 31. maddesi uyarınca, tahkim mahkemesi uyuşmazlığa Rus “*hukuk kurallarını*” veya Rus hukukuna göre taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere yabancı hukuku seçebilirlerse, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçilen hukuk kurallarını uygulayacaktır. Taraflar, aralarında çıkabilecek uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirtmediklerinde, uyuşmazlığa tahkim mahkemesinin “*uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen maddî hukuk*” uygulanır. Herhangi bir devletin hukukuna veya hukuk sistemine yapılan atıf, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına değil, maddî hukukuna yapılan atıf olarak yorumlanmalıdır. Tahkim mahkemesi, sözleşme şartlarına ve uygulanacak örf adete göre karar verir.

Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin (The International Commercial Arbitration Court (ICAC) tahkim kurallarında⁴⁴⁸, tahkim mahkemesinin dâvanın esasına tarafların seçtikleri hukuk kurallarını uygulayarak karar vereceklerini düzenlenmiştir (md. 23). Bu bağlamda, herhangi bir devletin hukukuna veya hukuk sistemine yapılan atıf, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına değil, maddî hukukuna yapılan atıf olarak yorumlanır. Taraflar, hukuk seçimini yapmadıkları takdirde, tahkim mahkemesi,

⁴⁴⁸ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odasına Bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin kuralları, 11 Ocak 2017 tarihli ve 6 sayılı Karar ile Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odası tarafından onaylanmıştır, ICAC’ın resmî sitesi, <http://mkas.tpprf.ru/materials/>, (20.12.2019).

uygun gördüğü kanunlar ihtilâfî kurallarına göre belirlenen hukuku uygular (md. 23/2). Mahkeme karar verirken, her durumda, taraflar arasında kurulan sözleşme hükümlerini ve ticarî örf âdeti dikkate alır (md. 23/3).

Yukarıda, incelediğimiz hem Kazak hem de Rus hukukundaki kurallar ve Rus tahkim mahkemesinin kuralları bize şu sonucu vermektedir. Öncelikle, her iki devletin tahkim hakkında kanununda taraflara uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralını seçme imkânı verilmiştir. Burada önemli olan husus, kanun koyucuların taraflara “*hukuk kuralını*” (*норма права*) seçme imkânı vermesidir. Türk hukukunda olduğu gibi Kazak ve Rus hukuklarında, “*hukuk kuralı*” kavramının kapsamına millî hukuk dışında, model sözleşmeler, Avrupa sözleşmeler hukuku ilkeleri, *lex mercatoria* gibi millî olmayan kuralların da gireceğini kabul etmektedir⁴⁴⁹. Bu bağlamda, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak model sözleşmeleri, standart sözleşme şartlarını, *lex mercatoria*’yı seçebilirler⁴⁵⁰.

Hukuk kuralının seçimi açık olabileceği gibi zımnî de olabilir. Daha önce belirtildiği üzere Kazak hukukunda zımnî hukuk seçiminin kapsamı dar iken, Rus hukukunda zımnî hukuk seçimi daha geniştir. Zira, Rus hukuku, yalnızca sözleşmenin şartlarından veya sadece durumun özelliklerinden bir devletin hukukunun seçildiğinin net bir şekilde anlaşılmasını yeterli bulmaktadır. Tarafların seçtikleri devletin hukukunun kanunlar ihtilâfî kuralları değil, maddî hukuk kuralları olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, tahkim mahkemesi, uyuşmazlığa tarafların seçtikleri devletin hukukunu uygularken, o devletin maddî hukuk kurallarını uygulayacaktır.

Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmedikleri takdirde, o sözleşmeye tahkim mahkemesinin uygun gördüğü hukuk uygulanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakemlerin sözleşmenin esasına uygulayacakları hukukun: (1) uyuşmazlığın niteliğine uygun olması; (2) kanunlar ihtilâfî

⁴⁴⁹ Makovsky ve Sukhanov, ss. 315 - 316; Марина Бардина, Определение Права, Применимого К Существо Споры Международным Коммерческим Арбитражем, **Государство и Право**, 2010, №9, стр. 81-90 (Marina P. Bardina, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi, **Devlet ve Hukuk Dergisi**, Sayı: 9, 2010, ss. 82 -83, 89 - 90). ; Lapshina, s. 143.

⁴⁵⁰ Bardina, ss. 89 -90; Lapshina, s. 143.

kurallarına göre tespit edilen maddî hukuk kuralları olması gerektiğidir⁴⁵¹. Dolayısıyla, kanun koyucu, hakemlere sözleşmenin esasına doğrudan doğruya maddî hukuk kurallarını uygulama imkânını vermemektedir. Rus uygulamasında, uyuşmazlığın niteliğine uygun hukuk belirlenirken, en sıkı ilişkili hukuk ilkesi esas alınmaktadır. Meselâ, satıcı Rus Şirketi ile alıcı Kanada şirketi arasında satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, Rusya Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesi, sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediği durumda, tahkim mahkemesinin uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespiti için RF MK md. 1211/3-1'deki hükme başvurması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, satım sözleşmesine satıcının hukukunun uygulanması gerektiğini tespit etmiştir. Ayrıca, her iki tarafın Uluslararası Satımlara İlişkin Viyana Sözleşmesine taraf olduğunu belirterek, uyuşmazlığa Uluslararası Satımlara İlişkin Viyana Sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiği, söz konusu sözleşme ile düzenlenmeyen konuların, Rus hukukuna göre idare edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁵².

Bununla birlikte, Rus hukukunda tahkim mahkemesinin, uyuşmazlığı çözerken, hem kendisinin uygun gördüğü kanunlar ihtilâfî kurallarına göre tespit edilen maddî hukuku, hem de sözleşme şartlarını ve aynı zamanda uyuşmazlığa uygulanacak örf âdet ve teamülü esas alması gerektiği belirtilmiştir. Burada, kanun koyucunun uluslararası alanda kabul edilen örf âdet kurallarından bahsettiği ifade edilmektedir⁴⁵³.

Kazak hukukunda, Rus hukukundan farklı olarak, belirli bir hukukî ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralları bulunmadığı takdirde, tahkim mahkemesinin o hukukî ilişkiyi düzenleyen ticarî örf âdet ve teamülü uygulayabileceği düzenlenmiştir. Kazak Tahkim Hakkında Kanunun md. 2/10'da ticarî örf âdet ve teamül, herhangi bir belgede kaydedilip kaydedilmediğine bakılmaksızın, uygulanacak hukuka aykırı olmayan, medenî hukuk ilişkileri alanında ortaya çıkan ve yaygın olarak kullanılan davranış kuralları olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda, ticarî örf âdet ve teamülün, tahkim mahkemesinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku kendisi tespit ettiği hallerde ve hakemin tespit ettiği hukuka aykırı olmamak koşuluyla uygulanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu KC

⁴⁵¹ Lapshina, s. 145.

⁴⁵² Lapshina, s. 145.

⁴⁵³ Lapshina, s. 145.

MK md. 5'deki hükme uygun olarak, uyuşmazlığa konu olan hukukî ilişkiler, mevzuat veya tarafların akdettikleri sözleşme ile düzenlenmediği takdirde, ayrıca, o hukukî ilişkiye uygulanabilecek örf âdet ve teamül bulunmadığında, bu ilişkilere, bu durum, onların özü ile çelişmediğinden, benzer hukukî ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının uygulanacağını düzenlemiştir.

Rus hukukundaki kuralların, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde tahkim mahkemeleri tarafından nasıl yorumlandığı ve uygulandığı konusunda aşağıda vereceğimiz örnekler önemlidir. Meselâ, ICAC'ın 13.05.2005 tarihli ve 79/2004 sayılı dâva dosyası ile ilgili verdiği kararında, ICAC, Özbekistanlı şirket ile Gürcistanlı şirket arasında akdedilen sözleşmede, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmediğini, yargılama sırasında da tarafların, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku kararlaştırmadıklarını belirtmiştir. Tahkim mahkemesi, ICAC Tüzüğü §13 uyarınca, uyuşmazlığa uygun göreceği kanunlar ihtilâfî kurallarına göre tespit edilen hukuku uygulamalıdır. Tahkim mahkemesine göre, uyuşmazlığın görüldüğü tarihte, uyuşmazlığın çözümünde uygun olan hukuk, 22 Ocak 1993 tarihli Minsk Konvansiyonu'dur⁴⁵⁴. Söz konusu Konvansiyonun 41. maddesi uyarınca, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, muameleye ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri muamelenin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenir. Tahkim mahkemesi konuya dair tarafların, aksini kararlaştırmadıklarını, sözleşmenin Taşkent şehrinde kurulduğunu dikkate alarak, uyuşmazlığa Özbekistan Medenî Kanununun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁵⁵. Rus şirketi ile Kazak şirketi arasında çıkan bir diğer uyuşmazlıkta, ICAC 07.12.2005 tarihli ve 83/2004 no'lu dâva dosyası ile ilgili verdiği kararında, hukukî ilişkilere uygulanacak hukuku gösteren uygun kural olarak hem davacının hem de davalının taraf olduğu 20.03.1992 tarihli Kiev Anlaşmasının⁴⁵⁶ uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Kiev Anlaşmasının 11. maddesinin, “e” fıkrası gereği muameleye ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri, muamelenin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenir. Bu

⁴⁵⁴ 22.01.1993 tarihinde Minsk'te imzalanan Hukukî, Aile ve Cezâî Konularda Adlî Yardımlaşma ve Hukukî İlişkiler Hakkında Konvansiyon (Minsk Konvansiyonu).

⁴⁵⁵ Михаил Розенберг, **Практика Международного Коммерческого Арбитражного Суда При ТПП РФ за 2005 год**, Статут, Москва, 2006, стр. 185 – 187 (Mikhail G. Rozenberg, **Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin 2005 yılı Kararları**, Statut, Moskova, 2006, ss. 185-187) (2005 Yılı Kararları).

⁴⁵⁶ 20.03.1992 tarihinde imzalanan İktisadî Faaliyetin Gerçekleşmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü Anlaşması (Kiev Anlaşması)

hükme dayanarak, tahkim mahkemesi sözleşmenin Kazakistan Cumhuriyeti'nde kurulduğunu belirterek uyuşmazlığa Kazakistan'ın Medenî Kanununu uygulamıştır⁴⁵⁷.

IV. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN KAPSAMI

A. Sözleşme Statüsünün Kapsamına Giren Konular

Tarafların uygulanacak hukuku seçmiş olmaları veya mahkemenin sözleşmeye uygulanacak millî hukuku tespit etmiş olması o hukukun bu sözleşme ile ilgili bütün konuları idare edeceği anlamına gelmez. Belirtilmelidir ki, “*uygulanacak hukuk*” kavramından genel anlamdaki “*hukuk*” değil, “*borçlar hukuku*” anlaşılmaktadır⁴⁵⁸.

Sözleşmeye uygulanacak “*borçlar hukuku*”, sözleşme statüsünü veya hukukî ilişkinin esasına uygulanacak hukuku (*lex causae*) oluşturur. Bu durumda taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilen veya mahkeme tarafından tespit edilen devletin borçlar hukukunun hangi konuları düzenlediği belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, taraflarca seçilen veya mahkemenin belirlediği hukukun kapsamı tespit edilmelidir. Hem Kazakistan hem de Rusya Medenî Kanununda bu konu açıkça düzenlenmiştir. Kazak Medenî Kanunu md. 1115’de taraflarca seçilen veya mahkeme tarafından tespit edilen hukukun kapsamına giren konular sıralanmıştır. Buna göre, (a) sözleşmenin yorumlanması; (b) tarafların hak ve yükümlülükleri, (c) sözleşmenin uygulanması; (d) sözleşmenin şartlarının hiç veya gerektiği şekilde yerine getirilmemesinin sonuçları; (e) sözleşmenin sona ermesi; (f) sözleşmenin geçersizliğinin nedenleri ve sonuçları; (g) sözleşme ile ilgili alacak hakkının devri ve (h) borcun devri konuları taraflarca seçilen veya mahkeme tarafından tespit edilen hukuka tâbi tutulur. Fakat belirtilmelidir ki, öğretide, md. 1115’de yer alan konuların sınırlayıcı olmadığı ve geniş yorumlanabileceği de ifade edilmektedir⁴⁵⁹. Bu husus, hükümde kullanılan “*özellikle*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle,

⁴⁵⁷ Rozenberg, 2005 yılı Kararları, ss. 338-339.

⁴⁵⁸ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 147 – 148.

⁴⁵⁹ Dmitriyeva, s. 214.

incelediğimiz hükümde yer alan konularla bağlantılı diğer konuların da tarafların seçtikleri veya mahkemenin tespit ettiği hukuka tâbi olacağı belirtilmektedir⁴⁶⁰.

Rus Medenî Kanunu md. 1215’de sözleşmeye uygulanacak hukukun, (a) sözleşmenin yorumlanması; (b) tarafların hak ve yükümlülükleri, (c) sözleşmenin uygulanması; (d) sözleşmenin şartlarının hiç veya gerektiği şekilde yerine getirilmemesinin sonuçları; (e) sözleşmenin sona ermesi; (f) sözleşmenin geçersizliğinin nedenleri ve sonuçları konularını idare edeceği düzenlenmiştir. Bu sıralamaya, md. 1216/2’de düzenlenen, (a) sözleşme ile ilgili alacak hakkının devri; md. 1218’de yer alan para yükümlülükleri ile ilgili paraların tahsil nedenleri, hesaplanması ve faiz oranı; md. 1208/4’de hüküm altına alınan zamanaşımı; md. 1222/1’de düzenlenen sözleşmenin akdedileceğine dair haksız sözleşme müzakerelerinden doğan borçlar gibi konuların da gireceği belirtilmektedir⁴⁶¹. *Rozenberg*’e göre mallarla ilgili kayıp ve hasar riski de (md.1211) sözleşme statüsüne girer⁴⁶².

Bilindiği üzere sözleşme ilişkisinde tarafların hak ve yükümlülükleri merkezî konumdadır⁴⁶³. Bu nedenle, öğretide sözleşme statüsünün bu konuyu da kapsadığı kabul edilmektedir⁴⁶⁴. Kazak MK md. 1115, Rus MK md. 1215’de düzenlenen taraflarca seçilen veya mahkemece tespit edilen hukuka tâbi konular farklı olmasına rağmen, bunlar tarafların hak ve yükümlülükleri ile doğrudan bağlıdırlar. Bu bağlamda örneğin, sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları gibi husus da tarafların hak ve yükümlülüklerini ilgilendirmektedir. Zira tarafların mevcut hak ve yükümlülükleri ya değişikliklere uğrar ya da taraflar yeni hak ve yükümlülükleri edinirler. Bu nedenle, sözleşme statüsünün kapsamı belirlenirken sözleşme ilişkisinin önemli unsuru kabul edilen sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri esas alınmalıdır⁴⁶⁵. Dolayısıyla, hükümde yer alan konularla bağlantılı diğer konuların da tarafların seçtikleri hukuka tâbi olup olmayacağı hususu belirlenirken, tarafların hak ve yükümlülükleri esas alınması gerekir.

⁴⁶⁰ Dmitriyeva, ss. 214 – 215.

⁴⁶¹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 148 – 149.

⁴⁶² Михаил Розенберг, **Международный Договор и Иностранное Право в Практике Международного Коммерческого Арбитражного Суда**, Статут, Москва, 1998, стр. 17 (Mikhail G. Rozenberg, **Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin Uygulamasında Milletlerarası Sözleşme Ve Yabancı Hukuk**, Statut, Moskova, 1998, s. 17) (Ticarî Tahkim).

⁴⁶³ Dmitriyeva, ss. 208-209.

⁴⁶⁴ Dmitriyeva, ss. 208-209.

⁴⁶⁵ Dmitriyeva, ss. 208-209.

Tarafların hak ve yükümlükleri ile doğrudan bağlantılı olmayan diğer konular ise sözleşme statüsü kapsamına girmez. Bu bağlamda, sözleşmenin şekli, tarafların hak ve fiil ehliyeti, zamanaşımı konuları varsa kanunda düzenlenen bağlama kurallarına göre veya kanunlar ihtilâfı kuralları gereği tespit edilen hukuka tâbidir. KC MK md. 1101 ve 1104’de, Rus MK md. 1195, 1202 ve 1209’da konuya dair özel bağlama kuralları düzenlenmiştir.

Diğer taraftan sözleşme statüsü kapsamına girmeyen konuların tarafların seçtikleri hukuka tâbi tutulmayacağı konusunda net bir sonuca varmak da doğru değildir. Zira sözleşme statüsüne girmeyen konunun, sözleşme statüsüne uygulanacak hukuka tâbi tutulacağı kanunda açıkça düzenlenebilir. Meselâ, KC Medenî Kanun md. 1106, RF MK md. 1208 zamanaşımına uygulanacak hukuka dair hüküm içermektedir. Buna göre zamanaşımı, ilgili hukukî ilişkiye uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Bu durumda sözleşme statüsü “*lex causae*” özel bağlama kuralı fonksiyonunu yerine getirmiş oluyor⁴⁶⁶. Diğer bir ifadeyle, sözleşme statüsü, bu durumda ilgili hukukî ilişkiyi düzenleyen devletin hukuku işlevini görmektedir. Buna örnek olarak para borçlarına dair sözleşmelerde faiz ödemesi, faizin tahsil nedenleri, hesaplama şekli ve faizin yüzde oranları getirilebilir. Bu konular da ilgili hukukî ilişkiye uygulanacak hukuka tâbidir⁴⁶⁷.

B. Sözleşme Statüsü Kapsamına Girmeyen Konular

1. Tarafların Hak ve Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Kazak ve Rus hukukuna göre gerçek ve tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti millî hukuka tâbidir. Tüzel kişinin millî hukuku onun kurulduğu devletin hukuku iken, gerçek kişinin millî hukuku vatandaşı olduğu devletin hukukudur. (Kazak MK md. 1094, 1100; Rus MK md. 1195, 1202). *Lunts* ’un belirttiği üzere, “*taraflar hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku seçerek kanundaki emredici hükümlerin uygulanmasını bertaraf edemezler. Sözleşme tarafları, tarafların hak ve fiil ehliyetine dair hükümlerin uygulama alanını ne daraltabilirler ne de genişletebilirler. Bu*

⁴⁶⁶ Dmitriyeva, s. 208.

⁴⁶⁷ Dmitriyeva, s. 208.

konular sözleşme statüsü kapsamına girmediğinden, tarafların irade muhtariyeti ilkesine tâbi değiller⁴⁶⁸”.

Bu bağlamda, örneğin, Rus iş sahibi ve Türk yüklenici arasında imzalanan inşaat sözleşmesinde taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçseler dahi, taraflardan her birinin sözleşmeyi imzalamaya dair hak ve fiil ehliyeti onların millî hukuklarına göre yani Rus ve Türk hukukuna göre belirlenecektir. Dolayısıyla, bu durumda İngiliz hukuku uygulama alanı bulmayacaktır.

2. Sözleşmenin Şekline Uygulanacak Hukuk

RF MK md. 1209/1'deki genel kurala göre sözleşmenin şekline sözleşmenin esasına uygulanacak devletin hukuku uygulanır. Fakat, işlemin yapıldığı devletin hukukuna göre sözleşme şekli anlamda geçerli ise, şekle ilişkin kurala uyulmaması nedeniyle sözleşme geçersiz sayılamaz. Taraflardan birinin millî hukuku Rus hukuku olan kişi ile yurtdışında kurulan sözleşme, Rus hukukuna göre şekli anlamda geçerli ise, o sözleşme yabancı devletin hukukundaki şekle dair hükme uyulmaması nedeniyle yabancı bir devlette geçersiz sayılamaz. Diğer bir ifadeyle, yabancı bir devlette kurulan ve taraflardan birinin Rus şirketi olduğu sözleşme, Rus hukukuna göre şekli anlamda geçerli ise, şekle dair hükme uyulmaması nedeniyle yabancı bir devlette geçersiz sayılamaz.

Bu hükümden hareketle, öğretide, Rus hukukuna göre, (1) sözleşmenin şekline sözleşmenin esasına uygulanacak devletin hukukunun uygulanacağı; (2) yabancı bir devlette kurulan sözleşmeler bakımından, sözleşmenin şekli geçerliliğinin işlemin yapıldığı devletin hukukuna; (3) yabancı bir devlette kurulan ve taraflardan en azından birinin millî hukukunun Rus hukuku olduğu sözleşmelerde sözleşmenin şekli geçerliliğinin Rus hukukuna göre de belirleneceği belirtilmektedir⁴⁶⁹.

Kazak MK md. 1104/2 gereği *“dış ticarete yönelik muamelede taraflardan biri Kazakistan Cumhuriyeti tüzel kişi veya gerçek kişi ise, o muamele yapıldığı yere*

⁴⁶⁸ Лазарь А. Лунц, **Курс Международного Частного Права**, Спарк, Москва, 2002, стр. 505 - 506 (Lazar A. Lunts, **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Spark, Moskova, 2002, ss. 505-506).

⁴⁶⁹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 50; Boguslavsky, s. 283.

bakılmaksızın yazılı şekle tâbidir”. Diğer bir ifadeyle, Kazakistan hukukuna göre kurulan şirket ile yabancı şirket arasında yurtdışında imzalanan inşaat sözleşmesinin şekli, sözleşme yurtdışında imzalanmasına rağmen Kazak hukukuna göre belirlenir. Bu bağlamda, sözleşmenin yazılı şekle uyulmaması onun geçersizlik nedenidir.

Kuralın kaynağı, bağlayıcı olmayan, öneri niteliğindeki Bağımsız Devletler Topluluğunun Model Medenî Kanunu’dur (md. 1216/2).

Belirtmeliyiz ki, incelediğimiz hüküm mülga Rus Medenî Kanunu md. 1209/3’de düzenlenmekte idi. Buna göre taraflardan en azından birinin Rus tüzel kişi olduğu dış ticarete yönelik sözleşmelere, sözleşmenin nerede akdedildiğine bakılmaksızın Rus hukukunun uygulanacağı düzenlenmekte idi. Bu kural, şirket kurmadan ticarî faaliyette bulunan millî hukuku Rus hukuku olan gerçek kişiler bakımından da uygulanmakta idi. Bu bağlamda, dış ticarete yönelik sözleşmenin yazılı şekle uyulmaması, onun geçersiz sayılması için neden idi. (MK md. 162). Rus Medenî Kanunda yapılan son değişikliklerle söz konusu hüküm kaldırılmıştır.

Bunun sonucunda, yazılı şekle uyulmadan kurulan sözleşmenin varlığı ve şartları tanık ifadesi dışında, yazılı olmayan diğer delillerle de kanıtlanabilir⁴⁷⁰.

Kazak hukukunda halen geçerli olan dış ekonomiye yönelik muamelelerin şeklinde dair hüküm, yani emredici nitelikteki bu kural günümüzde çağdaş milletlerarası özel hukuk kuralları ile uyum sağlamadığından eleştirilmektedir⁴⁷¹. Öğretide, söz konusu hükmün kaldırılması ve milletlerarası özel hukukta benimsenen işlemin yapıldığı yer hukukuna dayalı hükmün getirilmesi önerilmektedir⁴⁷².

V. TESPİT EDİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI ENGELLEYEN DURUMLAR

A. Uluslararası Sözleşmeler

Hiç yabancı unsur içermeyen sözleşmelerden farklı olarak yabancı unsurlu sözleşmeler, en az iki devletin hukuk sistemi ile bağlı olduğundan, söz konusu sözleşmeye hangi devletin hukukunun uygulanması gerektiği mahkemece/tahkim

⁴⁷⁰ Boguslavsky, ss. 283 - 284.

⁴⁷¹ Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 167.

⁴⁷² İspayeva, Kanunlar İhtilafı, s. 11.

mahkemesince tespit edilmelidir. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken, devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de uygulanacak hukukun tespiti konusunu düzenleyen ya kanunlar ihtilâfî kuralları ya da maddî hukuk kuralları mevcut olabilir. Böyle bir durumda uluslararası sözleşmelerde düzenlenen kurallar, iç hukuka göre tespit edilen hukukun uygulanmasını engeller. Zira hem Rusya hem Kazakistan Anayasasında uluslararası sözleşmelerin, Kazakistan veya Rusya'nın hukuk düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu, Devlet tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelerde kanunda yer alan hükümlerden farklı bir düzenleme getirildiğinde, uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınacağı açıkça düzenlenmiştir (RF Anayasa'sı md. 15/4, KC Anayasa'sı md. 4/1 ve 4/3).

Kazakistan ve Rusya'nın taraf olduğu yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarını içeren uluslararası sözleşmelerden biri, 20.03.1992 tarihinde imzalanan İktisadî Faaliyetin Gerçekleşmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü Anlaşmasıdır (Kiev Anlaşması). Anlaşmanın 11. maddesinin “e” fıkrası uyarınca ticarî işletmeleri Kiev Anlaşmasına üye devletlerden birinde bulunan muamelenin tarafları, muameleye uygulanacak hukuku seçmediklerinde, ona muamelenin yapıldığı devletin hukuku uygulanır. Meselâ, Kazakistanlı bir şirket ile Rusyalı bir şirket arasında imzalanan inşaat sözleşmesinde, hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, mahkeme md. 11/ “e” gereği sözleşmenin imzalandığı devletin hukukunu uygulayacaktır.

Buna benzer hüküm, BDT'na üye devletler için bağlayıcı olan Minsk Konvansiyonu md. 41'de ve Kişinev Konvansiyonu md. 44'de düzenlenmiştir. Buna göre, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, muamele ile ilgili tarafların hak ve yükümlülükleri muamelenin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenir.

Günümüzde, birçok sözleşmeler özellikle “*hazır bulunmayanlar*” arasında akdedilen sözleşmeler icap ve kabul şeklinde kurulmaktadırlar. Böyle bir durumda, sözleşmenin herhangi bir devlet ile bağlantısı bulunmadığından, muamelenin yapıldığı yerin (sözleşmenin imzalandığı yerin) tespit edilmesi zordur. Bu nedenle, öğretide, Kiev Anlaşmasının md. 11/e'deki hükmün kanunlar ihtilâfî kurallarını düzenleyen çağdaş evrensel ve bölgesel uluslararası sözleşmelerdeki hükümlere

uymadığı belirtilmektedir⁴⁷³. Aynı eleştiri Minsk ve Kişinev Konvansiyonlarındaki hükümler bakımından da geçerlidir.

Her şeye rağmen, incelediğimiz uluslararası sözleşmelere üstünlük tanındığından, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde uluslararası sözleşmelerdeki hükümler uygulama alanı bulacaktır.

B. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kuralları emredici hükümlerden ayırt eden hususlardan biri, bu kuralların, o hukukî ilişkiye hangi devletin hukukunun uygulanacağına bakılmaksızın uygulama alanı bulacağıdır⁴⁷⁴. Bu kuralların uygulanması ne sözleşmeye uygulanacak hukuka dair tarafların yaptıkları seçim ile, ne de mahkemenin tespit ettiği kanunlar ihtilâfı kuralları ile bertaraf edilebilir.

Rus MK md. 1192’de iki kurala dair düzenleme getirilmiştir. Bunlar: (1) mahkemenin doğrudan uygulanan kuralları; ve (2) üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması zorunlu iken, hukukî ilişki ile bağlantılı olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları mahkemenin takdir yetkisine bağlı olarak ya uygulanır ya da uygulanmayabilir. Diğer bir ifadeyle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, mahkeme tarafından somut olayın özelliklerine göre tespit edilir. Bu bağlamda, Sadikov’un “*emredici nitelikteki*⁴⁷⁵ *millî kuralların kapsamı net bir şekilde belirlenmemiştir ve yalnızca, ilgili millî kuralların yorumlanması suretiyle konuya dair uyuşmazlıkların mahkemede incelenmesi sırasında belirlenebilir*” görüşü doğrudur⁴⁷⁶.

Her iki doğrudan uygulanan kural için ortak şart, kuralın sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanacağıdır.

⁴⁷³ Наталья Г. Вилкова, Унификация Коллизионных Норм в Рамках СНГ, **Журнал Российского Права**, № 10, 1997, стр. 96 (Natalya G. Vilкова, “BDT Kapsamında Kanunlar İhtilafı Kurallarının Birleştirilmesi”, **Rus Hukuku Dergisi**, Sayı: 10, 1997, s. 96); Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 144.

⁴⁷⁴ Boguslavsky, s. 126.

⁴⁷⁵ Metne sadık kalmak amacıyla “*emredici kurallar*” ifadesi kullanılmıştır. Aslında yazar doğrudan uygulanan kurallardan bahsetmektedir.

⁴⁷⁶ Олег Н. Садиков, “Императивные Нормы в Международном Частном Праве”, **Московский Журнал Международного Права**, № 2, 1992, стр. 82 – 83 (Oleg, N. Sadikov, “Milletlerarası Özel Hukukta Emredici Hükümler”, **Moskova Milletlerarası Hukuk Dergisi**, s. 2, 1992, ss. 82-83).

Mülga Medenî Kanunda dış ekonomiye yönelik muamelelerin yazılı şekle tâbi tutulmasına dair hüküm mevcut idi. Söz konusu hüküm mahkemenin doğrudan uygulanan kuralı olarak nitelendirilmekte idi (mülga MK md. 1209, md. 162).

Öğretide, mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarına dair düzenleme getiren md. 1192/1'deki hükmün, bu tür doğrudan uygulanan kuralları iki gruba ayırdığı belirtilmektedir⁴⁷⁷. Bunlar: (1) doğrudan uygulanan kural niteliğini, kuralın kendisinde belirtilmesi nedeniyle kazanan kurallar; (2) doğrudan uygulanan kural niteliğini, hukukî ilişkilerde tarafların yasal hak ve menfaatlerinin korunması amacı dâhil özel önemi nedeniyle kazanan kurallar⁴⁷⁸.

Rus hukukundaki doğrudan uygulanan kurallara, Rusya Federasyonu sınırları içinde malların, hizmetlerin ve finans araçlarının serbest dolaşımına dair kural (MK md. 1), hukukî ilişkilerin taraflarının hak ehliyetinin sınırlandırılmasına dair eylemlerin geçersiz kabul edilmesine ilişkin kural (md. 9); zamanaşımının uygulama alanını bulmayacağı talepler (md. 208), hakkın kötüye kullanılması yasağı (md. 10/1) girer.

Mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarından farklı olarak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için kanun koyucu iki şart aramaktadır. Bunlar: (1) doğrudan uygulanan kuralın sözleşme ile sıkı ilişkili olması; (2) ilgili devletin hukukuna göre doğrudan uygulanan kural niteliğinde olması gerektiğidir. Dolayısıyla, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının Rus mahkemesi açısından doğrudan uygulanan kural kabul edilip edilmeyeceği hususu, o devletin hukukuna göre doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ve bu kuralların sözleşme ile ilişkisinin varlığına bağlıdır. Eğer bu iki unsur mevcut ise, söz konusu kural Rus mahkemesi tarafından yabancı devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak nitelendirilir⁴⁷⁹.

Rus hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığın çözümünde uygulanıp uygulanmayacağına (meselâ, deniz nakliyecisinin sorumluluğuna dair karar verirken) yabancı devletin mahkemeleri kendi kanunlarındaki ve uluslararası sözleşmelerdeki yaklaşımlara göre karar verirler. Bu bağlamda meselâ, Roma I Tüzüğü'nün md. 9/3 mahkemelere yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarını,

⁴⁷⁷ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 121 – 122; Dmitriyeva, s. 169.

⁴⁷⁸ Dmitriyeva, s. 169.

⁴⁷⁹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 124.

yani Rus hukukundaki doğrudan uygulanan kuralları da uygulamasına imkân vermektedir⁴⁸⁰.

Kazak Medenî Kanunu md. 1091’de doğrudan uygulanan kurallara dair hüküm bulunmaktadır. Buna göre, *“hukuk kurallarının kendisinde belirtilmesi nedeniyle veya hukukî ilişkilerin katılımcılarının haklarının ve kanun ile korunan menfaatlerinin sağlanması için, onların özel öneme sahip olması nedeniyle uygulanacak hukuka bakılmaksızın, bu bölümdeki kurallar Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarının ilgili ilişkileri düzenleyen emredici kuralların⁴⁸¹ uygulanmasını etkilemez”*. Burada görüldüğü üzere kanun koyucu, mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarına dair hükme yer vermiştir. Her ne kadar kanun koyucu md. 1091’de *“emredici kurallar”* ifadesini kullansa dahi, burada genel anlamdaki emredici kurallardan bahsedilmediği, milletlerarası özel hukukta *“doğrudan uygulanan kurallar”* olarak ifade edilen kurallardan bahsedildiği, hükmün içeriğinden anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucu, (1) *hükümlerin kendisinde belirtilmesi veya (2) hukukî ilişkilerin katılımcılarının haklarının ve kanun ile korunan menfaatlerinin sağlanması için, onların özel öneme sahip olması nedeniyle emredici niteliği kazanan kurallardan bahsetmektedir*. Bu bağlamda, Kazakistan hukukunda inşaat sözleşmesinin taraflarının hak ve menfaatlerinin korunması amacını güden kurallar dâhil özel önem taşıyan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki kurallar veya hükmün kendisinde belirtilmesi nedeniyle doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip kurallar sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanacaktır. Meselâ, KC MK md. 2 gereği Kazakistan Cumhuriyeti mevzuatının ana ilkelerine aykırı kurallar uygulanmaz iken, md. 158/1 gereği içeriği bakımından Kazak hukukundaki taleplere uygun olmayan muameleler, geçersiz sayılır. Dolayısıyla, bu tür kurallar, hükmün kendisinde belirtilmesi nedeniyle veya hukukî ilişkilerin taraflarının hak ve menfaatlerinin korunması amacını güden kurallar dâhil özel önem taşıyan doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğundan, md. 1091 gereği tarafların seçtiği veya kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenen uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanır. Öğretide yabancı devletin hukukunun uygulanması Kazakistan’ın mevzuatındaki ana ilkeleri ilgilendirdiğinde, bu tür

⁴⁸⁰ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 124.

⁴⁸¹ Kanun metnine sadık kalmak amacıyla *“emredici kurallar”* ifadesi kullanılmıştır. Fakat kanun hükmünden kanun koyucunun *“doğrudan uygulanan kurallardan”* bahsettiği görülmektedir.

kuralların emniyet valfi görevini üstleneceği belirtilmektedir⁴⁸². Bu bağlamda, mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları taraflarca seçilen veya kanunlar ihtilâfi gereği tespit edilen yabancı devletin hukukunun uygulanmasını engeller.

Bunun dışında, KC MK md. 1091/2’de, “*Herhangi bir devletin hukuku uygulanırken, bu bölümdeki kurala göre, eğer o devletin hukukuna göre uygulanacak hukuka bakılmaksızın, bu kurallar ilgili hukukî ilişkileri düzenlemesi gerekiyorsa, mahkeme, hukukî ilişki ile bağlantılı olan başka bir devletin hukukundaki emredici kuralları uygulayabilir. Bu durumda mahkeme, bu tür kuralların amacını ve niteliğini ve bu tür kuralların uygulanmasının sonuçlarını dikkate almalıdır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, Kazak hukukunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının da hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak uygulanabileceği sonucunu ortaya koymaktadır.

Kazak hukukunda da Rus hukukunda olduğu gibi, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının Kazak mahkemesi bakımından doğrudan uygulanan kural kabul edilip edilmeyeceği hususu, o devletin hukukuna göre doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ve bu kuralların sözleşme ile ilişkisinin varlığına bağlıdır. Bu iki unsur mevcut ise, Kazak mahkemesi üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralını md. 1091/2 gereği, sözleşmeye uygulanacak hukuka bakmaksızın uygular.

Kazakistan hukukunda, md. 1091 kapsamına giren doğrudan uygulanan kurallara deniz taşıyıcısının sorumluluğunun sınırlarına dair kurallar, ithalat ve ihracat sınırlamalarına dair kurallar, kıymetli evraklara dair bazı düzenlemeler girer⁴⁸³.

C. Kamu Düzeni

Kazakistan hukukunda sözleşmeye uygulanacak devletin hukukuna ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak yabancı devletin hukukunu da seçebilirler. Fakat, kanunda bu tür hukuk seçiminin bazı durumlarda engellenebileceği md. 1090’da ve yukarda incelediğimiz

⁴⁸² Suleymenov, Medenî Kanun, s. 778.

⁴⁸³ Suleymenov, Medenî Kanun, s. 779.

md. 1091’de düzenlenmiştir. Bunlardan biri emredici nitelikteki kurallarla, diğer bir ifadeyle doğrudan uygulanan kurallarla ilgili iken, bir diğeri kamu düzeni ile ilgilidir. Tarafların seçtikleri hukukun uygulanması, Kazakistan’ın kamu düzeni ile bağdaşmayan sonuçları ortaya çıkaracaksa, tarafların seçtikleri hukuk uygulanmaz. Bu durumda Kazakistan Cumhuriyeti hukuku uygulanır (KC MK md. 1090/1). Yabancı hukukun uygulanması yalnızca, ilgili yabancı devletin siyasî veya ekonomik sistemlerinin, Kazakistan’ın siyasî ve ekonomik sisteminden farklı olmasına dayanılarak engellenemez (KC MK md. 1090/2).

Doğrudan uygulanan kurallardan farklı olarak, kamu düzeni engeli, yabancı hukukun Kazakistan’ın kamu düzeni ile bağdaşmayan sonuçları ortaya çıkardığı takdirde uygulama alanı bulur. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun uygulanması neticesinde, Kazakistan kamu düzeni ile bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkacaksa, yabancı hukuk uygulanmayacaktır.

Kazak öğretisinde, en sıkı ilişkili hukuk ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini savunan *Yeshniyazov*, KC MK md. 1090/1’deki hükmün son cümlesinin, Ukrayna hukukunda yer alan düzenlemeye göre değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, Ukrayna’nın Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanununun 12. maddesinde⁴⁸⁴ şöyle bir düzenlemenin bulunduğuna dikkat çekilmektedir: “*Yabancı hukukun uygulanması Ukrayna’nın hukuk düzeninin temelleriyle (kamu düzeniyle) bağdaşmayan sonuçları ortaya çıkaracaksa, o hukuk uygulanmaz. Bu durumda, hukukî ilişki ile sıkı ilişkili devletin hukuku, bu hukukun tespit edilmesi ve uygulanması mümkün değilse Ukrayna hukuku uygulanır*”. *Yeshniyazov*, “*en sıkı ilişkili hukuk*” ilkesinin uyulama alanının genişletilmesi amacıyla Ukrayna’daki düzenlemenin benimsenebileceğini ifade etmektedir⁴⁸⁵.

Bugüne kadar Kazakistan uygulamasında kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı hukukun uygulanmasının engellendiği durumlar ile karşılaşılmamıştır⁴⁸⁶.

Rus hukukunda yabancı devletin hukukunun uygulanmasının Rus kamu düzeni ile bağdaşmayan sonuçları ortaya çıkardığı takdirde uygulanmayacağına

⁴⁸⁴ 23.06.2005 tarihli ve 2709-IV sayılı Ukrayna Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun. Багдан Пономаренко и Наталья Андреева, перев. Закона о международном частном праве Украины, **Журнал Международного Частного Права**, № 1 (51), стр. 41 – 67 (Bagdan Ponomarenko ve Natalya Andreeva, Ukrayna Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun çeviri, **Milletlerarası Özel Hukuk Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 51, 2006, ss. 42 - 67).

⁴⁸⁵ *Yeshniyazov*, ss. 51-58.

⁴⁸⁶ *Suleymenov*, *Medenî Kanun*, ss. 777 - 778.

ilişkin hüküm, RF MK md.1193’de düzenlenmiştir. Buna göre: “İşbu bölümdeki kurallara göre uygulanması gereken yabancı devletin hukuk kuralları istisnâî durumlarda yabancı unsurlu ilişkilerin hukukî niteliği dikkate alınarak o devletin hukuk kurallarının uygulanması sonucunda Rusya Federasyonu’nun hukuk kurallarının temelleri (kamu düzeni) ihlal edildiğinde uygulanmaz. Bu durumda gerektiğinde Rus hukukunun ilgili hukuk kuralı uygulanır.

Yabancı devletin hukukunun uygulanması, ilgili yabancı devletin yalnızca hukukî, siyasî veya ekonomik sistemlerinin Rusya Federasyonu’nun hukukî, siyasî ve ekonomik sisteminden farklı olduğuna dayanılarak engellenmez.”

Diğer bir ifadeyle kamu düzeni şu şekilde tanımlanabilir: eğer devletin kanunlar ihtilâfî kurallarının gösterdiği yabancı devletin hukukunun uygulanması veya yabancı devletin hukukuna dayanılarak kazanılan hakların korunması o devletin kamu düzenine aykırı sonucu ortaya çıkarıyorsa, yabancı devletin hukuku uygulanmayacaktır ve devletin hukukuna dayanılarak kazanılan haklar da korunmayacaktır⁴⁸⁷.

Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi [YTM]⁴⁸⁸, “kamu düzeni” kavramını emredici, evrensel nitelikli, özel sosyal ve kamusal öneme sahip, devletin ekonomik, hukuk sisteminin esasını oluşturan temel yasal ilkeler olarak tanımlamıştır⁴⁸⁹. Bu tür temel yasal ilkelere genellikle, devletin egemenliğine veya güvenliğine zarar verebilecek, büyük sosyal grupların menfaatini ilgilendiren, özel kişilerin anayasal hak ve özgürlükleri ihlal eden Rusya’nın doğrudan uygulanan kuralları ile yasaklanan eylemlerin yapılması (RF MK md. 1192) girer⁴⁹⁰.

Rus uygulaması da kanunda belirtildiği üzere kamu düzenine dayanarak uygulanacak hukukun engellenmesinin istisnâî durumda mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, Rusya Dış Ticaret Tahkim Komisyonu⁴⁹¹ ve Milletlerarası

⁴⁸⁷ Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, s. 62.

⁴⁸⁸ The Supreme Arbitrazh Court of Russia.

⁴⁸⁹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 127-128.

⁴⁹⁰ Yüksek Tahkim Mahkemesinin Başkanlığının 26.02.2013 tarihli “Tahkim mahkemelerince hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin reddi nedeni sayılan kamu düzenine ilişkin hükmün uygulanmasına dair dâvaların bakılmasına ilişkin uygulamanın incelenmesi” bilgi mektubunun 1. maddesine bakınız. Yüksek Tahkim Mahkemesinin Bülteni, 2003, Sayı 5 (Вестник ВАС, 2003, №5); Boguslavsky, s. 123.

⁴⁹¹ Birliğe üye tüm devletlerin Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Dış Ticaret Tahkim Komisyonu SSCB’nin Merkez Uygulama Komitesi ile Halk Komiserleri Konseyinin çıkardığı 17.06. 1932 tarihli “Birliğe üye tüm devletlerin Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Dış Ticaret Tahkim Komisyonu” hakkında karar ile 1932 yılında kurulmuştur. Tahkim komisyonu’nun görevi dış ticaretten doğan

Ticari Tahkim Mahkemesi⁴⁹² kurulduğu tarihten bu yana kamu düzenine aykırılık nedeniyle sözleşmeye uygulanacak hukukun engellendiğine dair karar vermemiştir⁴⁹³. Komarov'a göre, günümüzde devletlerin hukuk sistemleri aynı esaslara dayandığından ve hukuk kuralları benzer olduğundan, bir devlette diğer devletin hukuk kurallarının uygulanmasının sonucunda o devletin kamu düzeninin ihlal edildiği durumlar, nadiren karşımıza çıkar⁴⁹⁴.

İnşaat sözleşmesinden doğan hukukî ilişkiye yabancı hukukun uygulanması kamu düzenine aykırılık nedeniyle engellendiğinde, md. 1193/1 uyarınca gerektiğinde Rus hukukunun ilgili hükümleri uygulanır. Rus öğretisinde, RF MK md. 1186'da ikincil kural olarak en sıkı ilişkili hukukun uygulanması düzenlendiğinden, hukukî ilişki Rus hukukundan ziyade yabancı devletin hukuku ile sıkı ilişkili ise, o devletin hukuku uygulanması gerektiğine dair görüş mevcuttur⁴⁹⁵. Bu görüş Kazakistan hukuku açısından da ileri sürülebilir. Zira Kazak hukukunda da genel nitelikli md. 1084/2'de hukukî ilişki ile en sıkı ilişkide bulunan devletin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmek idi. SSCB Mevzuat Dizini, 1932, Sayı: 48, s. 281 (Собрание законодательства СССР, 1932, №48, стр. 281). Dış Ticaret Tahkim Komisyonu 1987 yılında SSCB Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Tahkim Mahkemesi olarak adını değiştirmiştir. SSCB Yüksek Konsey Bülteni, 1987, Sayı: 50, s. 806 (Ведомости Верховного Совета СССР, 1987, №50, стр. 806)

⁴⁹² Rusya Ticaret ve Sanayî Odasına Bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesi ise Dış Ticaret Tahkim Komisyonu'nun halefidir ve 1993 tarihli Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Hakkında Kanun ile kurulmuştur.

⁴⁹³ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 128.

⁴⁹⁴ Наталья Марышева и Клавдия Ярошенко, **Постатейный Комментарий к ГК РФ, части третьей**, ИНФРА, Москва, 2009, стр. 438 (автор комментария Комаров А.С.). (Natalya I. Marisheva ve Klavdiya B. Yaroshenko, **Rusya Federasyonu Medenî Kanununun Maddelerinin Üçüncü bölümün Açıklaması**, INFRA yayınevi, Moskova, 2009, s. 438 (maddeyi açıklayan Komarov A.S.).

⁴⁹⁵ Gasanov, Shmakov, Sterligov ve İvashin, ss. 65- 66.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İNŞAAT ALANINDAKİ STANDART KURALLAR

I. GENEL OLARAK

Gelişmekte olan devletler, teknolojik yetersizlik nedeniyle, kendi ekonomilerini güçlendirmek ve devlete para girişini temin etmek amacıyla büyük inşaat projelerini gerçekleştirmek için yabancı devletlere mensup tüzel kişilerin kendi devletlerinde inşaat işlerini yapmalarında imkân sağlarlar. Bu durum farklı devletlere mensup tarafların bir araya gelmesine ve inşaat sözleşmelerinin birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı hale gelmesine nedendir.

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmeleri hem Bağımsız Devletler Topluluğu'na üye Kazakistan, Rusya, Azerbaycan, Ermenistan, Beyaz Rusya, Kırgızistan, Moldova, Tacikistan, Özbekistan ve Türkmenistan açısından hem Türkiye açısından öneme sahiptir. Zira Bağımsız Devletler Topluluğu'na üye devletlerden birçoğu Sovyetler Birliğinin dağılması üzerine 1991 yılında bağımsızlığını ilân etmiş ve gelişmekte olan devletlerdir. Bilindiği üzere gelişmekte olan devletler ekonomisini güçlendirmek amacıyla öncelikle inşaat sektörünü canlandırmayı hedeflemektedirler. Bunun asıl sebebi inşaatın, yüzlerce çeşit mal ve hizmet üretimi ile bağlantılı bulunması, yoğun biçimde iş gücünün kullanımı suretiyle işçilerin istihdamına katkıda bulunmasıdır⁴⁹⁶.

Milletlerarası özel hukuk öğretisinde sonuçlar doğuran inşaat sözleşmeleri endüstriyel ve endüstriyel olmayan inşaat sözleşmeleri şeklinde iki gruba ayrılmaktadır⁴⁹⁷. Endüstriyel inşaat sözleşmelerine hidro, termo ve nükleer enerji santralleri, maden, petrol çıkarma ve işletme tesisleri, sulama, atık su, yeraltı ve yer üstü ulaşım ağları ve çeşitli fabrika inşaatları gibi işlerin yapılmasına ilişkin sözleşmeler girer. Endüstriyel olmayan inşaat sözleşmelerine ise hastane, tiyatro, otel ve üniversite kampüsü yapımı gibi işlerin yapılmasına ilişkin sözleşmeler girer. Bununla beraber, havaalanı inşaatının yapılması gibi bazı inşaatların hem endüstriyel

⁴⁹⁶ Köksal, ss. 3-4.

⁴⁹⁷ Akıncı, İnşaat, s. 9.

hem de endüstriyel olmayan nitelik arz ettiği belirtilmektedir⁴⁹⁸. Endüstriyel inşaatlarda, inşaatın amacı ekonomik amaç gütmektedir ve bu tür inşaatlar, endüstriyel olmayan inşaatlarla kıyaslandığında, belirli bina inşaatının yanı sıra, inşaatla kullanılacak makineler, teknolojik ve diğer bazı unsurları nedeniyle, daha farklı özelliklere sahiptir⁴⁹⁹.

İnşaat sözleşmeleri sözleşmenin konusuna göre ise taşınır (kulübe ve baraka gibi) inşaat sözleşmeleri ve taşınmaz inşaat sözleşmeleri olarak ayrılmaktadırlar. Taşınmaz inşaat sözleşmelerinin konusunu taşınmaz oluşturur ve bu tür ekonomik değer taşıyan yapılar toprağa bağlı olarak ve devamlı kalmak amacıyla meydana getirilirler. Örnek olarak, konut (ev, apartman) inşaat sözleşmeleri, ticarî, sinai, sosyal ve kültürel yapılara (işyeri, fabrika binası, ek tesisler, otel, hastane, okul, spor tesisleri gibi) ilişkin inşaat sözleşmeleri, özel uzmanlık isteyen yapılara (yol, köprü, baraj, liman, havaalanı yapımına) ilişkin inşaat sözleşmeleri gösterilebilir⁵⁰⁰.

Yabancı unsur içeren sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun bulunmamaktadır. Bu nedenle, yabancı unsurlu sözleşmelerin şekli ve maddi içeriği ulusal hukuk sistemleri ve taraf iradeleriyle belirlenmektedir. Bununla birlikte yabancı unsurlu bir sözleşmeyi hazırlarken, taraflara yol gösterecek UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu), ICC (Milletlerarası Ticaret Odası), ICE (İnşaat Mühendisleri Enstitüsü), AIA (Amerikan Mimarlar Odası), IEE (Elektrik Mühendisleri Enstitüsü) gibi bazı milletlerarası kuruluşlar ve meslekî kuruluşlar tarafından hazırlanan standart inşaat kuralları ve uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuzlar bulunmaktadır. Belirtmek gerekirse, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan Sanayî Tesislerin İnşası İçin Uluslararası Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Hukuk Kılavuzu, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun, tesisler ve inşaat işleri için önemli uluslararası sözleşmeler ile ilgili Büyük Endüstriyel Yapım İşleri İçin Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Kılavuz (ECE/Trade/117). İnşaat alanındaki standart kurallara örnek olarak ise, FIDIC İnşaat İşleri İdarî Şartnamesi (FIDIC Conditions of

⁴⁹⁸ Akıncı, İnşaat, s. 9.

⁴⁹⁹ Akıncı, İnşaat, s. 9.

⁵⁰⁰ İlker Hasan Duman, **Açıklamalı – İctihath İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2010, s. 249.

Contracts for Works of Civil Engineering Construction), FIDIC Elektrik Ve Mekanik İşler İçin Sözleşme Şartları (FIDIC Conditions of Contracts for Electrical and Mechanical Works), FIDIC Tasarım – Yapım Ve Anahtar Teslim İşleri İçin Sözleşme Şartları (FIDIC Conditions of Contracts for Design - Build and Turnkey) gösterilebilir. Bu standart kurallar Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils) tarafından geliştirilmiştir. Bunun dışında Endüstriyel Yapı Anahtar Teslim ICC Model Sözleşmesi (ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant), büyük projeler için ICC Model Anahtar Teslim Sözleşmesi (ICC Model Turnkey Contract for Major Projects), Altyapı Sözleşme Şartları (Infrastructure Conditions of Contract), Yeni Mühendislik Sözleşmesi (New Engineering Contract (NEC), Mühendislik Ve İnşaat Sözleşmesi (Engineering and Construction Contract (NEC 3), Uzman Hizmetin Sağlanmasına Dair Sözleşme (Professional Services Contract (NEC 3), Ortaklık Sözleşmesi Standart Formu (ACA Standart form of Partnering Contract (PPC2000) da mevcuttur.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA STANDART KURALLAR

A. İnşaat Projesini Gerçekleştirme Yöntemleri

Dünyada inşaat projelerinin gerçekleştirilmesi için birkaç yöntem kullanılmaktadır. Bir proje asıl yüklenicilik (*general contracting*) sözleşmesinin akdedilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, tasarım ve yapım (*design – build*) sözleşmesinin kurulması şeklinde de gerçekleştirilebilir. Taraflar, inşaat projesini hayata geçirmek için inşaat yönetimi (*construction management*) sözleşme modelini veya ortak yönetim (*collaborative contracting*) modelini de seçebilirler. Bunlardan her birinin kendine özgü özellikleri mevcuttur. Belirtmek gerekirse, asıl yüklenicilik sözleşmesinde inşaat işi projelendirme işinden ayrılmaktadır. Asıl yüklenici, mimarın veya baş mimarın hazırladığı projeye göre yalnızca inşaat işini yapmak için projeye dâhil edilir. Bu sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran husus, proje şirketi iş sahibinin talimatına göre projeyi hazırlarken, yüklenici o projeye dayanarak inşaatı yapar. Bunun sonucunda, yüklenici, mimarın hazırladığı projedeki hesap

hatalarından dolayı sorumlu tutulmaz. Fakat günümüzdeki teknolojinin gelişmesi ve yapı bilgi modellemesi (*building information modeling*) bu yaklaşımı kabul etmemektedir. Bu nedenle inşaatın yapılması sırasında mimarlar grubu, yüklenicilerle, montaj işini yapan şirketle sıkı irtibatta bulunarak işlerini yapmalıdırlar. Asıl yüklenicilik sözleşmesine göre inşaatın yapılmasında karşılaşılabilecek zorluklarından biri, asıl yüklenicilik sözleşmenin imzalanması aşamasında genellikle proje dokümantasyonunun tamamlanmamış olmasıdır. Bunun birinci sebebi projenin tamamının hazırlanmasının uygun olmaması, ikincisi ise bazı detayların inşaat sırasında yüklenici ile görüşülerek projede belirtilmesinin daha doğru sonuç verebilmesidir. Fakat bu durum asıl yüklenicilik sözleşmesine dair ana fikri, anlamsız hale getirmektedir. Bu tür uygulama, projenin gerçekleştirilmesi sırasında mimarın ve yüklenicinin birbirlerine bilginin aktarımı konusunda sürekli irtibat halinde olmasını gerektirir. Durum böyle olunca projenin yönetimi ciddi bir şekilde aksar⁵⁰¹. Asıl yüklenicilik sözleşmesinin şartlarının belirlenmesi ve risklerin taraflar arasında âdil paylaşılması amacıyla uluslararası inşaat alanında, Sözleşmenin Altyapı Şartları (Infrastructure Conditions Of Contract), Mühendislik ve İnşaat Sözleşmesi (Engineering and Construction Contract (NEC 3), Birleşik Sözleşmeler Mahkemesinin Standart Sözleşme Şartları 2011 (JCT SBC 11: Joint Contracts Tribunal Standard Building Contract Edition 2011), Birleşik Sözleşmeler Mahkemesinin Küçük İşler için İnşaat Sözleşme şartları 2011 (Joint Contracts Tribunal Minor Works Building Contract Edition 2011) gibi standart kurullar oluşturulmuştur.

Tasarım ve yapım (*design – build*) sözleşme modelinde projenin çizilmesi ve inşaatı yüklenici tarafından yapılır. Fakat günümüzde konuya dair standart sözleşme şartlarına baktığımızda tasarım ve yapım sözleşmesinin üç şekilde yapılabileceğini görebiliriz. Bu bağlamda:

(1) yüklenici projenin yalnızca bir kısmının projesini çizer, projenin kalan kısmının hazırlanmasından mimarlar veya iş sahibinin danışmanları sorumlu olur (Standart Sözleşme Şartları 2011 (JCT SBC 11));

⁵⁰¹ Will Hughes, Rohan Champion ve John Murdoch, **Construction Contracts Law and Management**, çev. Mariya T. Belova, Statut, Moskova, 2019, s. 223.

(2) iş sahibi ile yüklenici arasında sözleşme imzalanana kadar projenin hazırlanmasının büyük bir kısmı tamamlanmış olsa dahi yüklenici o projenin tüm proje dokümantasyonunu kendisi hazırlar (JCT DB 11, FIDIC Gümüş Kitap);

(3) taraflar, yüklenicinin projenin hangi kısımlarının tasarımını hazırlayacağını ve proje hazırlama işinin hacmini anlaşılarak kararlaştırırlar (NEC 3, JCT'nin inşaatın geliştirilmesi 2011 (Constructing Excellence 2011)). Bu sözleşmenin iyi tarafı, sözleşme fiyatının sabit olmasıdır. Bundan dolayı fiyatların değişmesi nedeniyle inşaat ve proje maliyetinin yeniden hesaplanması durumu hariç fiyatlarla ilgili tüm riskleri yüklenici üstlenir. Fakat bu durum, iş sahibi için bu sözleşmeye göre projenin yapılmasının ucuz olacağı anlamına gelmez. Bu tür sözleşmede yüklenici kendine büyük risk aldığından, sözleşmenin fiyatında bu riskleri kapatabilecek primi de öngörür. Tasarım ve yapım sözleşmesinde iş sahibi kendi taleplerini net, tereddütlere yer vermeyecek şekilde bir şekilde izah etmelidir. Ayrıca, iş sahibinin bu talepleri projenin hazırlanması aşamasında değiştirilmemelidir⁵⁰². Eğer iş sahibi projede ileride değişiklik yapma hakkına sahip olmak isterse, sözleşmenin bu türünü uygulamamalıdır. Zira bu sözleşmede, iş sahibinin projelendirme aşamasında değişiklikler yapması, iş hacminin ve projenin maliyetinin artmasına neden olur. Bu riskler iş sahibi ile paylaşılmadığı veya tamamen ona yüklenmediği takdirde, taraflar birbirlerine dâva açarak konuyu mahkemede/tahkim mahkemesinde çözmektedirler.

İnşaatın yönetimine dair (*construction management*) sözleşme, öncelikle inşaat sözleşmesini yönetme yöntemidir, ondan sonra sözleşmelerin birleşimidir. Burada, iş sahibi, işi yapacak yüklenicilerle, danışmanlarla, mimar ile doğrudan sözleşme imzalar. Bunun dışında iş sahibi ile inşaat işini yöneten (*koordinatör*) arasında uzman hizmet sözleşmesi imzalanır. Belirtilmelidir ki, inşaatın yönetimi sözleşmesinde inşaatın yönetimi ile proje işlerinin yönetimi birbirinden ayrılır. Bu bağlamda inşaatın yönetiminde yönetici sorumlu tutulurken, proje işinin koordinasyonunda proje yönetici sorumlu olur. İnşaat işini yöneten kişi (*koordinatör*), inşaat sözleşmelerinin şartlarının yerine getirilip getirilmediğinden sorumlu tutulmaz⁵⁰³. Koordinatör, yalnızca inşaat projesini yönetirken makul, iyi niyetli, işi koordine edebilecek kadar yetkin ve uzman olmadığından dolayı

⁵⁰² Hughes, Champion ve Murdoch, s. 114.

⁵⁰³ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 114.

yüklenicinin inşaat işinin gerektiği şekilde yerine getirmemesine sebep olmuşsa sorumlu tutulur⁵⁰⁴. Uluslararası alanda, inşaat yönetimi sözleşmesinin şartları Birleşik Sözleşmeler Mahkemesinin inşaatı yönetme 2011 standart sözleşme şartlarında (JCT Construction Management 2011) düzenlenmiştir. İş sahibi ile koordinatör arasında uzman hizmet sözleşmesi akdedilir. Bu sözleşmenin standart kuralları (*Construction Management Appointment* (JCT CM/A 11)'de yer almaktadır. Söz konusu standart kuralın md. 2.1'dekoordinatörün inşaat projesini teknik şartnameye, harcama planına ve inşaat programına (çizelgesine) uygun olarak yönetmesi gerektiği belirtilmiştir. İş sahibi ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmenin standart kuralları ise Construction Management Trade Contract (JCT CM/TC 11)'de düzenlenmiştir. Buna göre yüklenici inşaatı yapmalı ve onun sonucunu iş sahibine teslim etmelidir. Bunun dışında standart kuralda, inşaat malzemeleri, işin kalitesi, yapılan işin kontrol edilmesi, işin sonucunu teslim almaktan ve ödeme yapmaktan vazgeçmeye dair da hükümler mevcuttur.

Ortak yönetim sözleşmesinde (*collaborative contracting*) taraflar projeyi birlikte yapmak için karşılıklı güven ve saygıya dayanarak bir araya gelirler. Burada tarafların ortak amacı, projeyi düşük maliyetle ve etkin biçimde tamamlamak ve yapılan yatırımları en yüksek düzeyde geri almak. Bu sözleşmede, bazı ortaklar diğerleri ile kıyasladığında üzerine daha az risk alırlar ve taraflar projeyi hızlı ve etkin bir şekilde tamamlamayı birbirinden öğrenirler⁵⁰⁵. Ortak yönetim sözleşme modeli başarılı bir şekilde Danışman Mimarlar Derneğinin ortaklık sözleşmesi standart kurallarında (ACA Standart form of Partnering Contract PPC2000)⁵⁰⁶, Birleşik Sözleşmeler Mahkemesinin İnşaatın geliştirilmesi standart kuralında (Contracting Excellence Contract (JCT CE 11) ve Yeni Mühendislik Şirketinin mühendislik ve inşaat sözleşmesi standart kurallarında (Engineering and Construction Contract NEC 3) düzenlenmiştir.

Bir başka ortaklık yöntemi uzun süreli 15 – 30 yıllık imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmasıdır. Buna göre proje imtiyaz sahibi tarafından hazırlanır, inşa edilir ve

⁵⁰⁴ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 114.

⁵⁰⁵ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 114.

⁵⁰⁶ David Mosey, PPC 2000 amended - ACA Standart Form of Contract for Project Partnering, Association of Consultant Architects (ACA), 2013.

işletilir. Buna örnek olarak kamu – özel ortaklığı (*public private partnerships*) gösterilebilir.

Yukarıda belirtilen inşaat projesini hayata geçirme modellerinin uygulanmasında, tarafların esas alabilecekleri standart kuralların incelenmesi, çalışmamızın bütünlüğü açısından doğru olacaktır. Bu bağlamda, çalışmamızın bu kısmında uluslararası kuruluşların hazırladığı inşaat standart kurallarına dair kısaca bilgi verilecektir.

B. FIDIC Standart Kuralları

1. FIDIC Standart Kurallarının Amacı Ve Özelliği

FIDIC standart kurallarının asıl amaçlarından birisi tarafların hak ve yükümlülüklerinin detaylı bir şekilde belirlenmesi, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde tarafların neyi ve nasıl talep edebileceklerinin net bir şekilde tespit edilmesidir⁵⁰⁷. Böylece bu kuralları hazırlayanlar, taraflar arasındaki risk dağılımının dengeli bir şekilde yapılmasını hedeflemişler. Risk dağılımı yapılırken, her bir olay veya durum, ona ilişkin sorumluluğun kime ait olacağı ve karşı tarafın buna bağlı olarak neleri talep edebileceği herhangi bir belirsizliğe yer verilmeyecek şekilde açıklanmıştır. İnşaat sözleşmesine aykırı bir davranış veya ortaya çıkan maddî bir olay karşısında taraflara tanınan haklardan yararlanma imkânı, standart kurallarda belirlenen usûle uymaya bağlıdır⁵⁰⁸. Bu bağlamda, standart kurallarda belirlenen usûle uyulduğunda, tarafların birbirlerinden ilave zaman, ilave masraf ve/veya tazminat isteme hakkı doğacaktır. Aslında, tarafların birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri taleplerin kaynağı sadece sözleşme değildir ve sözleşmedeki/standart kurallardaki bu haklar sadece sözleşme/standart kurallarda belirtilenlerle sınırlanmış değildir. Sözleşmenin/standart kuralların dışında da sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenecek birtakım haklar da söz konusu olabilir. Fakat standart kuralları, sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayıran önemli husus, standart kuralların inşaat alanında çok sıklıkla karşılaşılabilecek durumları ayrı ayrı

⁵⁰⁷ Hakan Acar, **FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Kırmızı Kitap (1999)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 2.

⁵⁰⁸ Acar, ss. 2-3.

belirlenmek suretiyle bunlara ait sorumluluğu ve dolayısıyla riskin kime ait olduğunu tespit etmiş olmasıdır⁵⁰⁹.

FIDIC standart kurallarının yaygın kullanımında asıl olan ana etkenlerden biri iş sahibi ile yüklenici arasındaki risk dağılımının, hak ve borçların hakkaniyetli bir şekilde dengelenmiş olmasıdır. Diğer taraftan, inşaat sektöründe mevcut olan iş türlerine göre farklı sözleşme tiplerinin üretilmiş olması da bu yaygın kullanımdaki diğer bir etkindir⁵¹⁰.

FIDIC kurallarının en önemli özelliği, bu kurallarda özellikle Kırmızı ve Sarı Kitap'ta mühendis (müşavir) gibi bir kişinin öngörülmesi olmasıdır. Mühendis (müşavir) iş sahibi ile yüklenicinin arasındaki ilişkinin ve inşaat projesinin hayata geçirilmesinin koordinasyonu görevini üstlenen iş sahibinin temsilcisidir. Daha önce belirtildiği üzere FIDIC kuralları Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu tarafından hazırlandığından, standart kurallarda mühendis (müşavir) gibi bir kişinin öngörülmesi doğaldır. Belirtilmelidir ki, herhangi bir inşaat projesinin taraflarının arasında iletişimin kurulabilmesi bakımından mühendisin (müşavirin) rolü önemlidir⁵¹¹. Bu nedenle mühendise (müşavire) dair hükümler FIDIC dışında, diğer standart kurallarda da bulunmaktadır.

Farklı FIDIC kurallarını birbirinden ayıran husus aslında, mühendisin (müşavirin) konumuna, inşaat projesinde diğer tarafların bulunup bulunmamasına, iş sahibi ile yüklenicinin arasında yükümlüklerin dağılımına ilişkindir⁵¹².

2. FIDIC Tarafından Hazırlanan Sözleşme Türleri

a. Kırmızı Kitap (Red Book): İnşaat İşleri Sözleşme Şartları Veya İnşaat İşleri İdarî Şartnamesi (Conditions of Contract for Construction)

Kırmızı Kitap ilk defa 1957 yılında, merkezi Londra'da bulunan ve inşaat mühendislerinin eğitimini amaçlayan bir enstitü olarak faaliyette bulunan ICE

⁵⁰⁹ Acar, s. 3; Nazlı Töre, **FIDIC Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, ss. 74 - 85.

⁵¹⁰ Acar, s. 3.

⁵¹¹ Ержан Есимханов, «Применение Международных Форм Строительных Контрактов в Республике Казахстан, **Юрист**, 2009, №5, стр. 57 (Erzhan Yessimkhanov, "İnşaat Sözleşmelerinin Milletlerarası Modellerinin Kazakistan Cumhuriyetinde Uygulanması", **Yurist**, Sayı: 5, 2009, s. 57).

⁵¹² Acar, s. 3.

(*Institution of Civil Engineers*)⁵¹³ tarafından hazırlanmıştır. Kırmızı Kitabın ikinci baskısı 1969 yılında, üçüncü baskısı ise 1977 yılında yine ICE tarafından hazırlanmıştır. Kitabın sonuncu ve dördüncü baskısı önceki baskılardan farklı olarak 1987 yılında, orijinal bir metin şeklinde FIDIC tarafından hazırlanmıştır⁵¹⁴. FIDIC'in hazırladığı metnin dördüncü baskısı 1996 yılında değişikliklere uğramıştır. Böylece, inşaat devam ederken sözleşmenin tarafları arasında doğan uyuşmazlıkların çözümünde bir araç olarak kullanılacak olan *Uyuşmazlık Çözüm Kurulunu* düzenleyen bir ek yayınlamıştır⁵¹⁵.

FIDIC'in beşinci baskısı 1999 yılında yayınlanmıştır. 2005 yılında, Kırmızı Kitap'ın uluslararası yatırım bankaları tarafından finanse edilmesi durumunda uygulanabilecek ayrı bir sürümü de çıkartılmıştır⁵¹⁶.

FIDIC'in yukarıda belirtilen dört baskısı 20'ser maddeden oluşmaktadır⁵¹⁷. Kırmızı Kitap'ın içinde en çok bilineni ve kullanılanı beşinci baskısıdır⁵¹⁸.

Kırmızı Kitap'a göre inşaat projesi iş sahibi tarafından yapılır. Belirtilmelidir ki, iş sahibi inşaat projesini kendisinin projeye dâhil ettiği konuya dair lisansları mevcut danışmanlar ve proje şirketleri aracılığıyla gerçekleştirir. Mühendis (müşavir) iş sahibinin temsilcisidir. Bu bağlamda onun görevine, iş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişkileri ve inşaat sürecinin projeye uygunluğunu koordine etmek girer. Bazı durumlarda, iş sahibinin taleplerine ve somut olayın özelliklerine göre yüklenici projenin bazı kısımlarının mekanik, elektrik vs. projelendirilmesi konusunda sorumlu tutulabilir. Bu durumda mühendisin (müşavirin) görevi

⁵¹³ Bu Enstitü halen 150 farklı devletten 80.000 üye ile faaliyetini devam ettirmektedir. Detaylı bilgi için bkz. www.ice.org.uk/

⁵¹⁴ Acar, s. 4; Tunay Köksal, "Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları", **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 2010-1, Sayı: 20, s. 87 (FIDIC İnşaat İşleri); Akıncı, İnşaat, s. 11.

⁵¹⁵ Köksal, FIDIC İnşaat İşleri, s. 87.

⁵¹⁶ Kırmızı Kitabın Çok Taraflı Kalkınma Bankası (Multilateral Development Bank) için uyumlaştırılmış baskısı (Red Book Multilateral Development Bank Harmonised Edition) (2005). MDB geliştirmekte olan devletlere malî destek ve meslekî danışmanlık yapmaktadırlar. Banka üyeleri, yardım için fonlama yapan gelişmiş devletlerle, kredi alan geliştirmekte olan devletlerdir. MDB kredileri proje bazlı ve piyasa oranları üzerinden uzun vadeli olarak veya yardım niteliğinde verilir. Örnek vermek gerekirse, Dünya Bankası, Avrasya Yatırım Bankası, İslam Kalkınma Bankası MDB kapsamına girerler. Detaylı bilgi için bkz. Acar, s. 4-5, dpn. 10.

⁵¹⁷ Köksal, FIDIC İnşaat İşleri, s. 87.

⁵¹⁸ Köksal, FIDIC İnşaat İşleri, s. 87; Acar, s. 4.

tamamlanan işin maliyetini hesaplamakta önem taşır. Zira Kırmızı Kitap'a göre ödeme fiilen tamamlanan ve mühendisin (müşavirin) onayladığı iş için yapılır⁵¹⁹.

Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında, öğretide Kırmızı Kitap'ta genel olarak, şu hususlara yer verildiği ifade edilmektedir⁵²⁰:

- Kırmızı Kitap tasarım yükümlülüğünün iş sahibine ait olduğu her türlü inşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Gerektiğinde tasarım yükümlülüğünün özel şartlarla yükleniciye verilebileceği de düzenlenmiştir;
- Sözleşmenin yönetimi, tamamlanan işin sözleşme şartlarına uygun yapıldığına dair onay, hakkeşlerin hazırlanması, ödemelerin yapılması, verilecekse ilave zamanın miktarının tespiti mühendis (müşavir) tarafından yapılır;
- Yükleniciye yapılması gereken ödeme, yapılan işin hacmine göre ve sözleşmede belirtilen hacmin veya oranın yapılan işe uygulanması yoluyla tespit edilir;
- Risk dağılımı yüklenici ile iş sahibi arasında dengeli bir şekilde yapılmıştır;
- Tarafların sözleşme kapsamında sahip oldukları hak ve yetkilerini kullanabilmeleri bir takım şekli şartlara bağlanmıştır. Özellikle yüklenicinin ihtar yükümlülüğüne özel vurgu yapılmıştır;
- Yüklenicinin yaptığı işin karşılığında ücretini alabilmesi için koruyucu hükümler getirilmiştir. Bunların arasında en önemlisi iş sahibinin malî gücünün varlığını ispat etmesini talep etme hakkıdır;
- İş sahibi bu yükümlülüğü zamanında yerine getirmezse, yüklenicinin fesih hakkı doğar.

b. Sarı Kitap (Yellow Book): Tesis ve Tasarla-İnşa Et Sözleşme Şartları (Conditions of Contract for Plant and Design- Build)

Bu Kitap, tasarım ve inşaat veya montaj yükümlülüğünü yükleniciye yükleyen standart kuraldır. Sarı Kitap'ın ilk baskısı 1963 yılında, ikinci baskısı 1980 yılında, üçüncü baskısı ise 1987 yılında yayınlanmıştır⁵²¹.

⁵¹⁹ Yessimkhanov, s. 57.

⁵²⁰ Acar, s. 5.

Sarı Kitap’a göre, yüklenici inşaatın projesini hazırlar ve projeye göre iş sahibinin taleplerine uygun olarak inşaat işini gerçekleştirir⁵²². Bu sözleşme şartlarının en önemli özelliği sözleşme şartnamesinde iş sahibi tarafından yapılması istenilen yapının genel özelliklerinin verilmesi ve bu kapsamda projenin yüklenici tarafından çizilmesidir⁵²³. Sözleşme şartnamesindeki ücretlendirmede yaklaşık ücret değil, “*götürü bedel*” yöntemi benimsenmekte ve Kırmızı Kitap’ta olduğu gibi ödemeler mühendisin (müşavirin) onayladığı işe göre yapılmaktadır⁵²⁴. Sarı Kitap’taki standart kurallar elektrik ve mekanik tesislerin ve bunların binalarının yapımında, “*projesini hazırla*” ve “*inşa et*” tarzı inşaat işlerinde kullanılmaktadır⁵²⁵. Sarı Kitap’ın 1987 yılında yayınlanan baskısı, 1995 yılında “*projesini hazırla*”, “*inşa et*” ve “*anahtar teslim*” inşaat işleri için hazırlanan Turuncu Kitap’ı (Orange Book) örnek olarak hazırlanmıştır⁵²⁶.

c. Gümüş Kitap (Silver Book): Anahtar Teslim/EPC Sözleşme Şartları (Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects)

Gümüş Kitap, mühendislik, tedarik ve inşaat “*anahtar teslim*” projelerini yürütmek için hazırlanmıştır. Aynı zamanda “Yap – İşlet – Devret” (Build- Operate- Transfer) şeklinde projeyi gerçekleştirme sisteminin uygulanmasında da önerilir⁵²⁷. Genellikle elektrik santralının, fabrikanın, altyapının, arıtma tesisinin ve kalkınma projelerinin inşaatı gibi yüksek maliyetli işlerin yapılmasında kullanılır⁵²⁸. Bu tür işlerde inşaat işinin maliyeti yüksek olduğundan ve tamamlanması uzun zaman gerektirdiğinden iş sahibi ve iş sahibine bu işlerin yapılması için kredi

⁵²¹ Acar, s. 6.

⁵²² Yessimkhanov, s. 57.

⁵²³ Yessimkhanov, s. 57; Acar, s. 6.

⁵²⁴ Yessimkhanov, s. 57; Acar, s. 6.

⁵²⁵ Acar, s. 6.

⁵²⁶ Acar, ss. 6-7.

⁵²⁷ Виктор Варваренко, **Типовые Договоры и Соглашения Международной Федерации Инженеров – Консультантов (FIDIC): Перспективы Применения в России**, сборник научных статей, Супер издательство, Санкт-Петербург, 2017, стр. 12 (Viktor Varvarenko, Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonunun (FIDIC) Standart Sözleşmeleri Ve Şartları: Rusya’da Uygulama Perspektifleri, Bilimsel makaleler derlemesi, Super Yayınevi, Sankt – Petersburg, 2017 s. 12); Hilal Yayla, **İnşaat Sözleşmelerinde Değişiklik Talimatı Uygulanmasının FIDIC, AIA ve KIK Sözleşme Formları Kapsamında İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul 2009, s. 23.

⁵²⁸ Acar, ss. 6 - 7.

veren/finansman sağlayan kuruluşlar yaklaşık ücreti kabul etmemekte, bunun yerine bu işlerin anahtar teslimi olarak ve sözleşmenin başında belirlenen götürü ücret üzerinden ödenmesini makul görmektedirler⁵²⁹. Böylece, ücretin işin niteliğine göre artması riski tamamen yükleniciye bırakılmak istenmektedir. Bu standart kuralda mühendisin (müşavirin) rolü tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bunun yerine iş sahibi inşaat işindeki ilerlemeleri kendisi tespit eder ve buna göre geçici hakkeşleri tanzim eder⁵³⁰. Bu standart kurala göre inşaatı yapan yüklenici tasarım sorumluluğunun yanı sıra yapım ve işletim sorumluluğunu da taşır.

Bu Kitap'taki kurallara göre bu sözleşme anahtar teslim sözleşme türü olması nedeniyle, sözleşme bedeli ve inşaatın tamamlanma süresi inşaat başlamadan önce kesin bir şekilde belirlenmelidir. Bununla birlikte, eğer, (a) sözleşme imzalanmadan önce proje ile ilgili bilgi ve veri eksikliği mevcut ise; (b) iş hacminin büyüklüğü nedeniyle yüklenici ve iş sahibi zamanında yapılması gereken kontrolü yeterli seviyede yapabileceğinden emin değil ise; (c) iş sahibi işin her aşamasını kendisinin atadığı temsilci yani mühendis (müşavir) aracılığıyla titizlikle takip etmek istiyorsa; (d) işin belirli bir kısmının tasarımı iş sahibi tarafından yapılacak ise bu standart kuralların taraflarca seçilmemesi önerilir⁵³¹.

d. Altın Kitap (Golden Book): Tasarla – İnşa Et – İşlet Sözleşme Şartları (Conditions of Contracts for Design, Build and Operate Projects 2008)

İçerik itibarıyla bu standart kurallar yapının projesinin hazırlanması (tasarlanması), inşa edilmesi ve işletilmesi süreçlerini kapsayan önemli inşaat projelerinde uygulamayı gerektirir. Genellikle bu üç faaliyet tek yüklenici tarafından yürütülmektedir. Bu yüklenici de ortaklık sözleşmesine göre faaliyette bulunan şirketler birliğinden oluşur⁵³².

Altın Kitap'taki standart kuralların hazırlanmasının asıl amacı, projesi hazırlanarak inşa edilen yapının, belli bir süre yüklenici tarafından işletilmesine yönelik şartların belirlenmesidir⁵³³. Böylece, yapılan işte iyi planlanmamış proje,

⁵²⁹ Yessimkhanov, s. 57; Acar, ss. 6 - 7.

⁵³⁰ Yessimkhanov, s. 57; Acar, s. 7.

⁵³¹ Yayla, s. 24.

⁵³² Yessimkhanov, s. 58.

⁵³³ Acar, s. 7.

düşük seviyeli işçilik ve kalitesiz malzeme kullanma gibi sebeplere bağlı olarak yapının yüklenici tarafından iş sahibi adına uzun süre işletilmesi sırasında meydana gelen kusurların yüklenici tarafından ortadan kaldırılması hedeflenmiştir⁵³⁴. Diğer bir ifadeyle yüklenici inşaatı tamamlanan yapının işletilmesini uzun süreliğine üstlenmekte, bu süre içerisinde ortaya çıkabilecek riskleri de kendisi üstlenmektedir.

Belirtilmelidir ki, yüklenici inşaat işini bu standart kurallara göre gerçekleştirirken genellikle ne inşaat aşamasında ne de inşaat tamamlandıktan sonra projenin finansal açıdan başarılı olacağı konusunda sorumlu tutulur. Diğer bir ifadeyle, inşaatı tamamlanan projeye göre iş sahibinin kâr elde edememesinden yüklenici sorumlu tutulmayacaktır. Sözleşme şartnamesinde bu tür uygulamaya yer verilmesinin sebebi, meselâ enerji istasyonunun inşaatının tamamlanmasından sonra tedarik edilecek enerjinin iş sahibinin mülkiyetinde olmasıdır. İnşaat konusunu oluşturan ve yüklenicinin işlettiği nesnenin/yapının iş sahibine ait olmasıdır. Diğer bir ifadeyle projenin mülkiyet hakkı tasarlama, inşa etme ve işletme süresi boyunca iş sahibine aittir. Finansman da yüklenici tarafından temin edilmemektedir⁵³⁵. Bu özelliğiyle Altın Kitap diğer finansmanın yüklenici tarafından temin edildiği yapı-işlet- devret FIDIC standart kurallarından ayrılmaktadır⁵³⁶.

Altın Kitap'ta yer alan standart kurallar kapsamında projenin uygulanması amacıyla, iki farklı aşamaya ayrılan sözleşme kullanılır:

(1) Tasarlama ve inşaat süreci, bunun sonucunda inşaatı tamamlanan nesne/yapı iş sahibinin mülkiyetine geçer;

(2) İşletme süreci. Bu süreç içerisinde, yüklenici inşa edilen yapıyı sözleşmeye uygun olarak kullanır, bakım, onarım işlerini yapar, üretilecek mallar hakkında daha önce belirlenen kalite ve sayı taleplerine uygun olarak üretim yapar. İncelediğimiz standart kurallar, en az 20 yıl işletilecek projelere yönelik uygulanır. Taraflar işletim sürecini anlaşılarak azaltabilirler⁵³⁷.

⁵³⁴ Acar, s. 7.

⁵³⁵ Acar, s. 7.

⁵³⁶ Acar, s. 7.

⁵³⁷ Yesimkhanov, s. 58.

e. Yeşil Kitap (Green Book): Düşük Bedelli Veya Daha Basit Projeler İçin Hazırlanmış Kısa Tip Sözleşme (Short Form of Contract for Lower Value or Less Complex Projects 1999)

Yeşil Kitap, diğer kitaplardan farklı olarak sözleşme bedeli 500.000 Amerikan Dolarından daha az olan ve 6 ay içinde bitirilmesi öngörülen, daha basit, meselâ toprak işleri gibi inşaat işlerinin yapımına dair hükümleri içermektedir⁵³⁸. Bu standart kuralda denetimin iş sahibi tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu kural, inşaat işinin denetimi için mühendisin/müşavirin istihdam edilmesini zorunlu hale getirmemiştir⁵³⁹.

Yukarıda belirtilen standart kuralların dışında FIDIC tarafından (a) Kırmızı Alt Yüklenicilik Sözleşmesi (Red Subcontract): İnşaat işlerinde alt yüklenicilik şartları (İkinci baskı 1992); (b) Mavi – Yeşil Kitap (Blue - Green Book): Hafriyat ve ıslah işleri için hazırlanmış sözleşme tipi (2006); (c) Beyaz Kitap (White Book): Müşteri/Müşavir Model Hizmet Sözleşmesi (Dördüncü baskı 2006); (d) Müşterek Ortaklık (Konsorsiyum) Sözleşmesi (Birinci baskı 1992); (e) Alt Müşavirlik Sözleşmesi (Birinci baskı 1992. Bazı değişikliklerle 1998 yılında tekrar yayınlanmıştır); (f) Lacivert Kitap (Dark Blue Book): FIDIC Model temsilcilik standart kuralları (2004) hazırlanmıştır.

FIDIC standart kuralları yapısı itibarıyla iki bölümden her projede uygulanabilecek genel nitelikli idarî şartnameden ve birini seçme imkânı tanınan belirli projenin özelliğini ortaya koyan özel idarî şartname ve hazırlama ilkelerinden oluşur. Bunun dışında FIDIC standart kuralları bünyesinde tarafların ilişkilerini düzenleyen birkaç ek/zeyilname barındırır⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Yessimkhanov, s. 57; Köksal, FIDIC İnşaat İşleri, s. 88.

⁵³⁹ Köksal, FIDIC İnşaat İşleri, s. 88.

⁵⁴⁰ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 223; Köksal, İnşaat, s. 100; Yessimkhanov, s. 58.

C. JCT Standart Kuralları

1. Genel Olarak

Birleşik Sözleşmeler Mahkemesi (Joint Contracts Tribunal) ya da bazı yazarların Birleşik Sözleşmeler Kurulu⁵⁴¹ olarak adlandırdığı kuruluş, her ne kadar mahkeme olarak adlandırılmakta ise dahi uyuşmazlıkları çözmek için kurulmamıştır. Mahkeme, ortak menfaatleri olan farklı grupların ortaklığı şeklinde, inşaat sözleşme standartlarının içeriğini belirlemek ve tartışmak için kurulmuştur.

Günümüzde CIOB (The Chartered Institute of Building) olarak adlandırılan İnşaatçılar topluluğu ile RIBA (Royal Institute of British Architects) birlikte 1870 yılında birinci standart sözleşme şartını yayınlamışlardır⁵⁴². Bu sözleşme şartı daha çok inşaat sözleşmelerinin düzensiz bir şekilde kullanılmasından ortaya çıkan karmaşık yapısı ile ilgili bazı sorunları aşmak amacıyla yalnızca Londra’da kullanılmak için hazırlanmıştır. Yıllardır ilgili gruplar bir araya gelerek yukarıda belirtilen sözleşme hükümlerini tartışmışlar ve yorumlamışlar. Bunun sonucunda 1909 yılında inşaatçılar topluluğunun desteği ile günümüzde inşaatçılar konfederasyonu olarak adlandırılan NFBTE (National Federation of Building Trades Employers) ile RIBA millî standart sözleşme şartını yayınlamıştır. Belirtilen millî standart sözleşme şartı 1980 yıllarında yayınlanan JCT’in standart sözleşme şartlarının hazırlanmasında esas alınmıştır. *Latham* raporundaki eleştirilerden sonra JCT tamamen yeniden yapılandırılarak görüşmelerde ve standart sözleşmelerin hazırlanmasında daha etkin yaklaşımı benimsemiştir⁵⁴³. Bu durum JCT ‘ın 2005 yılında yeni standart sözleşme şartlarının yayınlamasına neden olmuştur. Bu sözleşme şartlarına değişiklikler 2011 yılında yapılmıştır. Öğretide, JCT sözleşme şartlarının en büyük sorunu olarak sözleşmenin ağır hukukî dilde yazılması belirtilmektedir. Bu nedenle, uygulamacılar sözleşmedeki kavramları anlamakta

⁵⁴¹ Gülsün Gökçe Altuğ, *Sözleşme İdaresinde Hak Talepleri ve KİK Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki Hak Talebi Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2007, s. 6.

⁵⁴² Hughes, Champion ve Murdoch, s. 216.

⁵⁴³ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 216.

zorluk çekmektedirler ve sözleşme şartlarının bazı hükümlerini uygulayamamaktadırlar⁵⁴⁴.

İşbu çalışmada JCT'nin hazırladığı ve 2011 yılındaki değişiklikleri içeren bazı standart sözleşme formlarına yer verilecektir.

2. JCT Standart Kurallarının Türleri

Standart sözleşme şartları (Standard Building Contract) JCT SBC 2011, 2011 yılında yayınlanmıştır. Bu belge daha önce yayınlanan (JCT 63, JCT 80, JCT 98, ve JCT SBC 05) sözleşme şartlarına yapılan değişiklikleri birleştirmektedir. Bu sözleşme şartı asıl yüklenicilik sözleşme modelinde uygulanmak için 3 şekilde yayınlanmıştır. (1) SBC/Q “Metraj tablosu bulunan Standart İnşaat Sözleşmesi”; (2) SBC/AQ “Yaklaşık metraj tablosu bulunan Standart İnşaat Sözleşmesi”; (3) SBC/XQ “Metraj tablosu bulunmayan Standart İnşaat Sözleşmesi”⁵⁴⁵. Metrajı belli olmayan sözleşme şartları tamamen götürü bedeldir. Yaklaşık metrajın tablosu bulunan sözleşme şartı uygulandığında yüklenici teklifini yaklaşık metraj üzerinden verir, iş tamamlandıktan sonra ölçüm yapıp kesin metraj üzerinden tekrar fiyatlandırılır⁵⁴⁶. JCT, Standart sözleşme şartlarının altıya yakın alt yüklenicilik sözleşme şartları hazırlanıp yayınlanmıştır.

JCT SBC 2011 en önemli özelliği inşaatın gerçekleştirilmesi için mimarin, sözleşme yöneticisinin⁵⁴⁷ ve hesap uzmanının (*quantity surveyor or cost engineer*)⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 213; Altuğ, s. 62.

⁵⁴⁵ Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 211 - 212; Çiğdem Bilgen Çelik, **Türkiye ve İngiltere İnşaat Sektörlerinde Kullanılan Sözleşmelerin Yapılarının KİK Ve JCT Dokümanları Çerçevesinde İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2006, s. 71; Altuğ, s. 62.

⁵⁴⁶ Altuğ, s. 62.

⁵⁴⁷ Sözleşme yöneticisi, yönetim sözleşmesindeki koordinatör 'den (*proje yöneticisinden*) farklıdır. Sözleşme yönetici, JCT SBC 11'de inşaat sırasında iş sahibinin menfaatine hareket eden kişidir. İş sahibi ile sözleşme yönetici arasında ayrı bir sözleşme imzalanır. Asıl yüklenicilik sözleşmesi gereği, sözleşme yöneticisinin edimlerine yüklenicinin işini kontrol etme, sertifikalar verme (*Sertifikalarda, yüklenicinin yaptığı işin hacmi ve tutarı, projenin tamamlanıp tamamlanmadığı belirtilir. Geçici sertifikalarda (interim certificates) yükleniciye yapılması gereken ödemenin miktarı yazılır ve ona istinaden yükleniciye ödeme yapılır. Bunun dışında sertifikalar projede tespit edilen eksikliklerin, ayıpların giderilmesi için de hazırlanır*), ödeme yapma konusunda karar verme gibi borçlar girer. Bunun yanı sıra, sözleşme yöneticisi projenin diğer katılımcılarının hareketlerini koordine etmeli, onları doğru yönlendirmeli ve onların yaptığı işi kontrol etmelidir. Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 84, 88.

⁵⁴⁸ Hesap uzmanı, projenin maliyetini hesaplar, masrafları kontrol eder. Son dönemlerde hesap uzmanları projenin maliyetinin belirlenmesinde projeye danışman olarak dâhil edilmektedirler, ihale

projeye katılımını düzenlemiş olmasıdır. Sözleşme şartlarında mimarın ve sözleşme yöneticisinin yetkileri geniş olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda mimar ve sözleşme yöneticisi iş sahibi adına talimat verme, ödemeler hakkında sertifika düzenleme, işin kalitesini kontrol etme, yüklenicinin edimlerini yerine getirmesini sağlama gibi yetkilere sahiptir⁵⁴⁹. *Hesap uzmanı, yapılan işin maliyetinin belirlenmesinden ve sözleşmede belirtilen işin hacmi değişikliklere uğradığı takdirde o değişikliklerin maliyetinin tespitinden sorumludur*⁵⁵⁰.

JCT SBC 2011 sözleşme şartlarının, iş sahibi açısından en önemli eksiği bu sözleşme şartlarının, yüklenicinin projeyi tasarlamasına ilişkin sorumluluğunu “*gerektiği derecede ihtiyatlı, özenle ve profesyonelce davranma borcu*” ile sınırlandırmasıdır. Bu bağlamda öğretide mimarın yalnızca “*meslekî ihmale*” yer verdiği kanıtlandığı takdirde sorumlu tutulacağı belirtilmektedir⁵⁵¹. Bu durum, projenin amacına uygun olmaması gibi sorunu ortaya çıkarabilir. Bu tür sorun ile karşılaşmamak için JCT’nin “Tasarla” ve “İnşa et” (*Design and Build Contract JCT DB 11*) standart sözleşme şartları hazırlanmıştır. Söz konusu sözleşme şartlarına göre projeyi hazırlama edimini üstlenen tarafın, projenin kimin tarafından çizildiğine bağlı olarak asıl yüklenici ya da mimarın, satıcı ve tedarikçi gibi sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, projeyi hazırlayan taraf projenin yanlış çizilmesinden kaynaklanan herhangi bir kusurlardan tamamıyla sorumlu tutulur.

Küçük ölçekli inşaat sözleşme şartları (Minor Works Building Contract) JCT MW 11. Bu sözleşme şartları bütçesi £ 150.000 (2019 yılındaki rakamlarına göre) metrajı bulunmayan küçük inşaat işlerinde kullanılmak için hazırlanmıştır⁵⁵². Tarafların edim borçları ve sorumluluğu şematik olarak genel hatları ile düzenlendiğinden söz konusu sözleşme şartlarının büyük projelerde uygulanması tavsiye edilmez⁵⁵³ çünkü bu durum iş sahibini bazı risklere karşı zayıf ve korumasız durumda bırakabilir. Bu nedenle büyük projelerde *Büyük projeler için inşaat sözleşme şartlarının (Major Project Construction Contract) JCT MP 11* hükümleri

dokümantasyonlarının hazırlanmasında yer almaktadırlar ve tamamlanan iş hakkında son raporun hazırlanması işini de yapmaktadırlar, gerektiğinde mahkemelere uzman olarak da katılmaktadırlar. Hughes, Champion ve Murdoch, s. 57.

⁵⁴⁹ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 212; Çelik, s. 72.

⁵⁵⁰ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 212; Çelik, s. 72.

⁵⁵¹ Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 322, 334.

⁵⁵² Hughes, Champion ve Murdoch, s. 214.

⁵⁵³ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 214.

uygulanmalıdır. *JCT MP 11* sözleşme şartı tasarım ve yapım sözleşme modeli için hazırlanmıştır. Zikredilen sözleşme hükümleri, yüklenicinin yüksek riskleri almak istediği ve alabileceği projeler açısından uygulanmalıdır. Bu sözleşme şartları ile birlikte uygulanabilmesi için alt yüklenicilik sözleşmesi (*JCT MPsub 11*) de yayınlanmıştır. *JCT MP 11*'in kapsamı diğer sözleşme şartları ile özellikle *JCT DB 11* sözleşme şartı ile kıyaslandığında dardır. Bunun sebebi, tarafların aralarındaki sözleşmeyi nasıl yönetecekleri konusunda bir usûlü benimsemiş olmalarıdır⁵⁵⁴. Tasarım ve yapım sözleşmesi *JCT DB 11*, yukarıda kısaca belirtildiği üzere yüklenicinin projeyi tasarlama ve inşa etme borcunu üstlendiği durumlarda uygulanır. *JCT DB 11* sözleşme şartlarında yöneticinin veya hesap uzmanının atanması şartı aranmamakla birlikte, iş sahibinin adına hareket edecek iş sahibi temsilcisinin atanması gerekir.

Sözleşmeler “iş sahibinin talebi” (“*employer’s requirements*”) olarak adlandırılan belgeye dayanılarak imzalanır. Söz konusu belgede yükleniciden neyin talep edildiği belirtilir. Buna istinaden yüklenici iş sahibinin taleplerini nasıl uygulayacağına ilişkin “yüklenici teklifini” hazırlar ve iş sahibine gönderir. Yüklenicinin teklifi uygun bulunduğu ve onunla sözleşme imzalandığı takdirde, “yüklenici teklifi” projenin uygulanması sırasında esas kontrol belgesi olarak kullanılır. Diğer bir ifadeyle inşaatın iş sahibinin talebine uygun yapılp yapılmadığı “yüklenici teklifine” göre kontrol edilir⁵⁵⁵. Bu sözleşme şartının yapısı ve içeriği, mimarın ve yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin bazı hükümler hariç *JCT SBC*'ya benzer.

“Tasarla” ve “İnşa et” (*Design and Build Contract*) *JCT DB 11* standart kurallarında, asıl yüklenicinin edimine hem projenin çizilmesi hem de inşaatın yapılması girdiğinden, söz konusu kuralda asıl yüklenicinin tam sorumluluğu düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle asıl yüklenici projenin amacına uygun olarak tasarlanmasından tamamen sorumludur. Zira *JCT DB 11* standart kuralları gereği, asıl yüklenici projenin teslim aşamasında onun amacına uygun olacağını garanti eden kişidir. Dolayısıyla, projenin tasarlanma sırasında çıkabilecek hataları önlemek için *JCT DB 11*'de asıl yüklenicinin sorumluluğu herhangi bir şekilde sınırlanmamıştır. Fakat bazı durumlarda, asıl yüklenici projenin çizilmesine dair edimini alt

⁵⁵⁴ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 216.

⁵⁵⁵ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 216.

yükleniciye devredebilir. Böyle bir durumda, projenin hazırlanmasından/tasarlanmasından kaynaklanan hatalardan dolayı proje hasarlı olduğunda, asıl yüklenici kusuru/ihmalî alt yükleniciye yüklemek ister. Bu ise, sözleşme gereği alt yüklenicinin sorumluluğunun yalnızca asıl yüklenicinin sorumluluğu ile aynı düzeyde olduğu durumlarda mümkündür. Diğer bir ifadeyle, alt yüklenicinin sorumluluğu “*gerektiği derecede ihtiyatlı, özenle ve profesyonelce davranma borcu*” ile sınırlanmış ise “*meslekî ihmalî*” ispatlanmadığı sürece alt yüklenici sorumlu tutulmaz.

*Greaves&Co. (Contractors) Ltd. V. Baynham Meikle and Partners*⁵⁵⁶, dâvasına konu olan olayda, proje yöneticisi olan davacı yönetim sözleşmesi kapsamında deponun inşaatı projesini hazırlama borcunu üstlenir. Sözleşme şartlarına göre deponun birinci katı petrol malzemelerinin depolanması ve forklift ile malzemelerin taşınması ve yerleştirilmesi için kullanılmaya elverişli olmalıdır. Davacı deponun projesinin çizilmesi borcunu alt yüklenicilik sözleşmesi ile davalıya devretmiştir. Davalının mühendisleri bu projede proje yöneticisine (davacıya) aynı zamanda danışmanlık hizmetini sunmuşlardır. Dolayısıyla, proje tamamlandıktan sonra onun hangi amaçla kullanılacağını davalı bilmekte idi. Davalı deponun projesini çizerken binanın forklift’in titreşimine dayanıklı olabilmesi için gereken değişiklikleri yapmamış. Bunun sonucunda zemin ikiye ayrılmış ve çalışmak için tehlikeli bina haline gelmiştir. Bu durum iş sahibinin zeminin değiştirilmesi ile ilgili masraflarının davacıya (proje yöneticisine) yüklenmesine ve onun zarara uğramasına neden olmuştur. Buna istinaden davacı uğrayan zararın tazmin edilmesi talebi ile projeyi hazırlayan alt yükleniciye dâva açmıştır. İstinaf mahkemesi somut olayın özelliklerini dikkate alarak davalının sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. Bu nedenle davacının uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu karardaki önemli olan husus, alt yüklenicinin “*meslekî ihmalî*” ispatlanmamış olsa bile bu durumda alt yüklenicinin sorumlu tutulacağıdır. Yukarıda belirtildiği üzere JCT SBC 2011 gereği her projeyi hazırlayan yüklenici projenin amacına uygun olup olmadığından sorumlu tutulamaz. Onun sorumlu tutulabilmesi için “*meslekî ihmalî*” kanıtlanmış olması gerekir. Fakat bizim olayda alt yüklenici bu projede proje yöneticisine danışmanlık hizmetini sunduğundan, proje tamamlandıktan sonra onun

⁵⁵⁶ All England Law Reports/1975/Volume 3 /Greaves & Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners - [1975] 3 All ER 99, Hughes, Champion ve Murdoch, s. 323.

hangi amaçla kullanılacağını bildiğinden, mahkeme bunları dikkate alarak alt yükleniciyi proje tamamlandıktan sonra onun amacına uygun olacağını garanti eden kişi olarak nitelendirmiştir⁵⁵⁷.

Yönetim sözleşmesi JCT MC 11, inşaat projesinin yönetimine dairdir. JCT, yönetim sözleşme şartları ile birlikte proje yönetimi kılavuzunu hazırlayıp yayınlamıştır. İlk yönetim sözleşmesi 1987 yılında yayınlanmıştır. Sözleşme şartlarındaki ana fikir, tüm işler alt yüklenicilerin gücüyle alt yüklenicilik sözleşmesine dayanılarak yapılacağıdır. Asıl yüklenici ise inşaat işinin yöneticisi veya koordinatörü sıfatında projeyi yönetir⁵⁵⁸. Bu sözleşme şartı yayınlanana kadar, benzer inşaatı yapma modeli *JCT SBC 11* kapsamında, asıl yüklenicinin aktif bir şekilde alt yüklenicileri projeye dâhil etmesi şeklinde gerçekleşebilmekte idi.

D. NEC Standart Kuralları

Mühendislik ve İnşaat Sözleşmesinin (NEC) ilk baskısı 1993 yılında yayınlanmıştır. NEC’i hazırlayanlar birkaç amaca ulaşmayı hedeflemişlerdir. Bunlar: (1) onun hem inşaat hem mühendislik projelere uygulanabilirliğini sağlamak; (2) projelendirme faaliyetinde tüm sorumluluk türlerini kapsamak (projenin hazırlanması ile ilgili yükleniciye tam ve kısmî sorumluluğu yüklemek veya bu tür sorumluluktan tamamen muaf tutmak); (3) hukukî kavramlarla donanmış zor dili kullanmaktan kaçınmak; (4) projeyi iyi bir şekilde yönetebilmek için teşvik edici hükümler öngörmek. Diğer bir ifade ile sözleşme şartlarındaki hükümler ile uygulamada projenin iyi bir şekilde yönetilmesini, öngörülebilmesini ve takım içinde ortaklaşa çalışma kabiliyetini sağlamak. Sözleşme şartlarını hazırlayanlar birinci ve ikinci amaca ulaşabilmek için standart sözleşme şartlarının uygulayıcılarına farklı seçenekler sunmuştur. Böylece taraflar arasındaki ilişkilere uygulamak için bunlardan birini seçme imkânına sahip oldular. Üçüncü amaca ulaşabilmek için sözleşme şartlarının hazırlayıcıları hukukî kavramları mümkün oldukça kullanmamaya çalıştılar. Bu nedenle NEC sözleşme şartlarında genel anlamda kullanılan kavramlara yer verilmiştir. Bütün hükümler şimdiki zamana uygun olarak yazılmıştır.

⁵⁵⁷ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 323.

⁵⁵⁸ Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 216 - 217.

Latham raporunda, bu alandaki sözleşmeler için bazı ilkeler teklif edilmiştir⁵⁵⁹. Diğer standart sözleşme şartlarıyla kıyaslandığında NEC'in daha çok bu ilkelere dayandığı tespit edilmiştir⁵⁶⁰. Bu nedenle *Latham raporunda*, NEC sözleşme şartlarının biraz değiştirilmiş halinin, bu alandaki standart sözleşme olarak kabul edilmesi ve inşaat alanının her yerinde kullanılması önerilmiştir⁵⁶¹. Bu durum, NEC'in esas sözleşmesinin 1995 yılında yayınlanan ikinci baskısının Mühendislik ve İnşaat Standart Sözleşmeleri NEC 2 olarak değiştirilmesine neden olmuştur. NEC dosyasının genel adı ise halen yeni mühendislik sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. 2005 yılında sözleşmelerin üçüncü seti yayınlanmıştır. Bu sette esas sözleşme Mühendislik ve İnşaat Standart Sözleşmeleri NEC 3 olarak adlandırılmaktadır⁵⁶².

Son dönemlerde NEC 3 ve ondan önce yayınlanan baskıları inşaat alanında yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Meselâ, İngiltere'deki *Channel Tunnel Rail Link* demir yolu projesi NEC 2 sözleşme şartlarını uygulamak suretiyle inşa edilmiştir⁵⁶³. Bunun dışında İngiltere'nin Devlet Sağlık Sistemi kendisinin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde NEC sözleşme şartlarına atıf yapmaktadır⁵⁶⁴. Dolayısıyla, NEC İngiltere'de yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

Her ne kadar NEC standart sözleşme şartları amacına uygun olsa bile, sözleşmenin hazırlanmasındaki yaklaşım ciddi bir şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştiri, ikinci baskının yayınlanmasından sonra da devam etmiştir⁵⁶⁵. Şöyle ki, sözleşmede çok basit bir dil kullanıldığından uyuşmazlıkların mahkemede çözülmesi ve yargılama sırasında uygulanacak usûl konuları açıklığa kavuşturulamamıştır. Bu bağlamda eğer, sözleşmenin hazırlanması yaklaşımından dolayı mahkemeye başvurma anlamsız hale gelmekte ise, taraflar aralarında çıkan uyuşmazlığı çözmek için mahkemeye gitmeden yalnızca masaya oturarak kendileri çözmelidirler. *Hughes*,

⁵⁵⁹ Latham Michael, **Constructing the Team: Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in the UK Construction Industry**, HMSO (Her Majesty's Stationery Office), 1994.

⁵⁶⁰ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 224.

⁵⁶¹ Latham, Final Report.

⁵⁶² NEC 3 Engineering and Construction Contract. 3th ed. Thomas Telford, 2005.

⁵⁶³ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 224.

⁵⁶⁴ Martin Bridgewater ve Andrew Hemsley, "NEC 3: A Change for the Better or Missed Opportunity", **International Construction Law Review**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2006, ss. 39-58; Hughes, Champion ve Murdoch, s. 224.

⁵⁶⁵ Construction Contract Reform: A Plea for Sanity (Contemporary Issues in Construction Law. s. 2)/ (Ed. J.Uff), Construction law Press, 1997 aktaran Hughes, Champion ve Murdoch, s. 225.

Champion ve Murdoch, NEC sözleşme şartlarını hazırlayanların, bu sonucu hedeflediklerini de göz önünde bulundurmaktadırlar⁵⁶⁶.

Bu sözleşme şartlarını esas alarak inşaat sözleşmelerini imzalayacak olan taraflar, sözleşmenin amacının ötesine bakmalıdırlar ve kendi ilişkilerinde bu sözleşme şartlarının ne kadar uygun olacağını kendileri belirlemelidirler.

E. PPC2000 Standart Kuralları

Danışman Mimarlar Derneği (*Association of Consulting Architects*) tarafından projelerin ortak yürütülmesine yönelik yaklaşık beş sözleşme şartı yayınlanmıştır⁵⁶⁷. Çalışmamızda yalnızca Proje Ortaklığı Sözleşmesi (*PPC2000*) hakkında genel bilgi verilecektir. Zira diğer sözleşme şartları *Proje Ortaklığı Sözleşmesi*’ndeki ilkelere göre hazırlanmıştır. Danışman Mimarlar Derneğinin hazırladığı ve yayınladığı sözleşmeler aşağıdaki gibidir:

1. Proje Ortaklığı Sözleşmesi (son değişiklikler 2013) (PPC2000);
2. Süreli Proje Ortaklığı Sözleşmesi (son değişiklikler 2008) (TPC2000);
3. Uzman İçeren Proje Ortaklık Sözleşmesi (son değişiklikler 2008) (SPC2000);
4. Ortaklık Projesi İçin Kısa Sözleşme Şartı (2010 yılında yayınlanmıştır) (SPC2000);
5. Uzman İçeren Süreli Proje Ortaklığı Sözleşmesi (2010 yılında yayınlanmıştır) (STPC2005).

Danışman Mimarlar Derneğinin Ortaklık Sözleşmesi standart kuralı (*ACA Standart form of Partnering Contract PPC2000*), *Proje Ortaklığı Sözleşmesi* olarak bilinir. Belirtilen sözleşme şartı ilk defa 2000 yılında yayınlanmıştır⁵⁶⁸. *Proje Ortaklığı Sözleşme* şartı ortaklığın herhangi bir türüne uygulanabilir. Bu sözleşmeyi diğer standart sözleşme şartlarından ayıran husus, bu sözleşmenin iş sahibi, yüklenici, danışman ve önemli uzmanlar tarafından imzalanmasıdır. Sözleşme şartları ilk yayınlandığında, sözleşme çok taraflı olduğundan onun uygulanmama riski mevcut idi. Buna rağmen, günümüzde İngiltere’de bu sözleşmenin konut inşaatı

⁵⁶⁶ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 226.

⁵⁶⁷ Danışman Mimarlar Derneğinin resmî sitesi: <http://ppc2000.co.uk/>, (20.12.2019).

⁵⁶⁸ Mosey, PPC 2000 amended 2013. ACA, 2013.

alanında yaygın uygulandığı görülmektedir⁵⁶⁹. PPC2000, proje ekibini oluşturan ortakların mümkün olduğunca erken oluşmasına zemin oluşturmakta ve projenin gerçekleştirilmesinde kapsamlı (komple) yaklaşımı desteklemektedir⁵⁷⁰.

PPC2000'de ekibin iki aşamada oluşacağı düzenlenmiştir. Buradaki önemli belge *Proje Ortaklığı Sözleşmesi*'dir (*Project Partnering Agreement*). Bu sözleşmede taraflardan her birinin görevi, edimleri, proje dokümantasyonunun hazırlanma usûlü, projenin süresi gibi hususlar ve projenin maliyetine dair genel bilgiler yer almaktadır. *Proje Ortaklığı Sözleşmesi*, inşaat işinin başlatılması için gereken *İnşaatın Başlatılmasına Dair Sözleşmenin* (*Commencement Agreement*) kurulmasında ön şart olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda proje için uzmanların seçilmesi, anlaşılan en yüksek fiyatın (*agreed maximum price*) belirlenmesi *İnşaatın Başlatılmasına Dair Sözleşme* imzalanmadan önce yapılır. PPC2000 sözleşme şartlarında inşaatın yapılması sırasında maliyetler tasarruf edildiğinde teşvik ve motivasyon önlemleri öngörülmüştür ve uyuşmazlıkların çözüm yöntemi detaylı bir şekilde düzenlenmiştir⁵⁷¹.

PPC2000, hem sadece İngiltere'de uygulanmak için hazırlanan sözleşme şartından, hem de dünyanın herhangi bir devletinde uygulanmak için hazırlanan uluslararası PPC2000 sözleşme şartlarından oluşur. Bu sözleşme şartları 2008 yılında değişikliklerle ve ilavelerle yeniden yayınlanmıştır. Projenin gerçekleştirilmesine etki edebilmek için, PPC2000 sözleşme şartlarına Ortaklık Programı ve Riskler Sicili eklenmiştir. Projenin yürütülmesi bakımından önem taşıyan banka hesabına ve bu banka hesabından alt yüklenicilere ve inşaat malzemeleri tedarikçilerine ödemelerin yapılabilmesi için projenin banka hesapları hakkında hükümler öngörülmüştür⁵⁷².

⁵⁶⁹ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 226.

⁵⁷⁰ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 226.

⁵⁷¹ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 226.

⁵⁷² Hughes, Champion ve Murdoch, s. 227.

III. STANDART KURALLARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Lex Mercatoria

Millî hukuk sistemlerinin milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların gereksinimlerini karşılamada yetersiz kalması ve kanunlar ihtilâfî kurallarının karmaşıklığı, milletlerarası ticaretin gereksinimlerine uygun kurallar geliştirilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda ticaret hukukunda milletlerarası hukukta geçerli olan az sayıdaki maddî hukuk kurallarını tamamlamak üzere milletlerarası ticaret hukukuna özgü bir normlar bütünü oluşturulmuştur⁵⁷³. Bu normlar bütünü ticaret hukukunda *lex mercatoria* olarak tanımlanmaktadır. *Lex mercatoria* kavramı öğretide farklı tanımlarla açıklansa da genellikle *lex mercatoria*'nın maddî hukuk kurallarını tamamlamak üzere milletlerarası ticaret hukukuna özgü normlar bütünü olduğu kabul edilir⁵⁷⁴. Taraflar veya hakemler tarafından uluslararası ticarî örf ve âdete, hukukun genel ilkelerine veya belli bir millî hukuka tâbi olmayan kurallara (*règles nationales*) veyahut milletlerarası ticaretin sınır ötesi kurallarına (*règles transnationales du commerce international*) yapılan atıflar, *lex mercatoria* olarak nitelendirilir. *Lex mercatoria* bu kavramların tümünü veya bazılarını kapsamak üzere kullanıldığı gibi bazılarının eş anlamı olarak kabul edilir⁵⁷⁵.

Lex mercatoria kavramı gibi, *lex mercatoria*'nın hukukî niteliği de doktrinde tartışılmaktadır.

Öğretide *lex mercatoria*'nın hukukî niteliğine ilişkin 3 görüş bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi, *Goldman* tarafından ortaya konulmuştur. Bu görüşe göre *lex mercatoria* bağımsız bir hukuk düzenidir. Diğer bir ifadeyle *Goldman*'a göre *lex mercatoria* ticarî örf ve âdetler, uluslararası konvansiyonlar, hukukun genel ilkeleri ve hakem kararlarından oluşan bağımsız bir hukuk sistemidir⁵⁷⁶. *Goldman*'a göre *lex mercatoria* her ne kadar tam olarak tamamlanmamış bir hukuk sistemi olsa dahi, bu

⁵⁷³ Erdem, Milletlerarası Ticaret, s. 2; Ercüment Erdem, “Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Âdetin Önemi”, **Uluslararası Ticarî Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria**, (Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük), XII Levha, İstanbul, 2014, s. 37 (Lex Mercatoria); Akıncı, İnşaat, s. 13; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 144 - 145.

⁵⁷⁴ Erdem, Milletlerarası Ticaret, s. 2; Akıncı, İnşaat, s. 13; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 144 - 145.

⁵⁷⁵ Erdem, Milletlerarası Ticaret, s. 2.

⁵⁷⁶ Erdem, Milletlerarası Ticaret, s. 3; Erdem, Lex Mercatoria, s. 38, dpn. 5; Akıncı, İnşaat, s. 15.

durum onun bağımsız bir hukuk sistemi olmasını engellemez. Bu nedenle *Goldman lex mercatoria*'nın milletlerarası ticarî ihtilâflara uygulanacak maddî hukuk kuralları olarak seçilebileceğini savunmaktadır⁵⁷⁷. Bu bağlamda, hâkim ve hakemler önlerine gelen uyuşmazlıklarda herhangi bir millî hukuka tâbi olmadan *lex mercatoria*'nın maddî hukuk kurallarını uygulayabilirler⁵⁷⁸. Fakat taraflara tanınan irade serbestisi, devlet mahkemeleri bakımından *lex fori*'nin kamu düzeni ile sınırlıdır. Hakemler açısından ise, *lex mercatoria*'nın uygulanmasının sınırları milletlerarası kamu düzeni tarafından belirlenecektir⁵⁷⁹.

Lex mercatoria'nın hukukî niteliğine dair bir başka görüş *Schmitthoff* tarafından ortaya konulmuştur. *Schmitthoff*'a göre *lex mercatoria* hukuk sistemlerinden bağımsız bir hukuk düzeni değildir, tüm millî hukuk düzenleri tarafından yeknesak olarak anlaşıp uygulandığından, milletlerarası karakterdeki maddî normlar bütünüdür⁵⁸⁰. Bu bağlamda, uyuşmazlık çözümünde hâkim ve hakemler, *lex mercatoria*'yı millî hukuk sistemleri çerçevesinde onların kontrolü altında uygulamalıdır⁵⁸¹. Bununla birlikte, *Schmitthoff* *lex mercatoria*'nın hukuk sistemleri tarafından şekillendirilmeyen bağımsız bir milletlerarası ticaret hukukunun başlangıcı olabileceğini de belirtmektedir⁵⁸².

Öğretide savunulan üçüncü görüş, *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk düzeni değil, milletlerarası ticarete özgü maddî kurallar bütünü olduğu yönündedir⁵⁸³. Fakat, *Schmitthoff*'un görüşünün aksine öğretilerdeki bu görüş, bu kuralların millî hukuk sistemleri ile beraber, onların kontrolü altında uygulanacağı fikrine karşı çıkar ve *lex mercatoria*'nın millî hukuk sisteminden bağımsız ihtilâfların esasına uygulanmak üzere seçilebileceğini ve doğrudan maddî hukuk kuralı olarak uygulanacağını savunur⁵⁸⁴. *Lex mercatoria*'nın bağlayıcılığını ise,

⁵⁷⁷ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 41; Akıncı, *İnşaat*, s. 15.

⁵⁷⁸ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 41; Akıncı, *İnşaat*, s. 15.

⁵⁷⁹ Akıncı, *İnşaat*, s. 15.

⁵⁸⁰ Akıncı, *İnşaat*, s. 14.

⁵⁸¹ Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 4.

⁵⁸² Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 4; Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 38, dpn. 7.

⁵⁸³ Ole Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", Sacevic (ed.) **Essays on International Commercial Arbitration**, Boston, London 1991, https://www.trans-lex.org/114900/_lando-ole-the-law-applicable-to-the-merits-of-the-dispute-in:-sarcevic-essays-on-international-commercial-arbitration-boston-london-1991-at-129-et-seq/, (20.12.2019); Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 39. Bu görüş aynı zamanda modern görüş veya karma görüş olarak da adlandırılır. Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 5.

⁵⁸⁴ Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 5.

milletlerarası kamuoyunda gördüğü genel kabulden aldığı belirtilmektedir⁵⁸⁵. Şöyle ki, bazı milletlerarası tahkim kuralları, hakemlere, taraflarca uyuşmazlığa uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına bakılmadan, uygulanacak hukuku kendilerinin tespit etmelerine imkân verir. Meselâ, ICC Tahkim Kuralları md. 21/1, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü md. 27/1 ve UNCITRAL Tahkim kuralları md. 35/2’de hakemlerin, uyuşmazlığı herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına başvurmaksızın ve bir devletin millî hukukunun uygulanması gerekmeksizin de *lex mercatoria*’yı uygulayabileceği düzenlenmiştir. Zira hakemler, *lex mercatoria*’nın milletlerarası ticarete ilişkin ve tarafların tâbiyetlerinden bağımsız kurallar bütünü olarak somut olayların özelliklerine, hakkaniyete ve adalet duygularına uygun çözüm üretebileceğine güvenirlir. Aslında bu güvenin, tek başına bir bağlayıcılık yaratacağı ifade edilmektedir⁵⁸⁶.

Lex mercatoria’nın kaynakları, bağımsızlığı hakkında yapılan tartışmalara göre farklılıklar gösterir. *Schmitthof*, dar yaklaşımı kabul etmesi nedeniyle, *lex mercatoria*’nın kaynakları olarak yalnızca uluslararası sözleşmeleri, model kanunları ve ticarî örf âdet ve teamülleri kabul eder⁵⁸⁷.

Goldman, ise geniş yaklaşımı benimsemesi nedeniyle, hukukun genel ilkelerini, uluslararası sözleşmeleri, model kanunları, ticarî örf âdet ve teamülleri, tip (standart) sözleşmeleri, genel işlem şartlarını ve hakem kararlarını kaynak olarak kabul eder⁵⁸⁸. *Erdem*, milletlerarası ticaret hukukunun tüm kaynaklarının aynı zamanda *lex mercatoria*’nın da kaynaklarını oluşturduğunu, öğretideki hâkim görüşün geniş yaklaşımdan yana olduğunu, kaynaklar el verdikçe çeşitli olarak ele alındığını belirtmektedir⁵⁸⁹. Bu nedenle geniş anlamda *lex mercatoria*’nın kaynakları olarak, milletlerarası hakem kararları ile geliştirilen içtihatlar, milletlerarası ticaret hukukunun genel esasları, uluslararası ticarî örf âdet kuralları, milletlerarası ticaretle ilgilenen kuruluşlar tarafından ortaya konulan ve milletlerarası ticarî ilişkileri

⁵⁸⁵ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 40; Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 5.

⁵⁸⁶ Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 5.

⁵⁸⁷ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 40; Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 6, dpn. 24.

⁵⁸⁸ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 40; Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 6, dpn. 25.

⁵⁸⁹ Erdem, *Milletlerarası Ticaret*, s. 6, dpn. 25.

düzenleyen hukukî metinler⁵⁹⁰, milletlerarası ticarî ilişkilerde kullanılan tip (standart) sözleşmeler⁵⁹¹ kabul edilir. Akıncı ise, *lex mercatoria*'nın kaynakları olarak, hukukun genel ilkelerinin, uluslararası ticarî örf âdet ve teamül kurallarının, milletlerarası ticaret alanındaki özel kurumlar tarafından veya onun üyeleri tarafından uyulması şart olarak konulan kuralların kabul edileceğini belirtmektedir⁵⁹². Bu bağlamda, yazar milletlerarası tip (standart) sözleşmeleri, sözleşmelerde sık olarak yer alan kılavuzları ve milletlerarası hakem kararlarını, *lex mercatoria*'nın esas kaynakları olarak kabul etmemektedir. Bunun nedeni, söz konusu belgelerin, bu alanda faaliyette bulunan tacirler açısından uyulması zorunlu kaynak olmamasıdır⁵⁹³.

B. FIDIC Kurallarının Hukukî Niteliği

1. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

Konuya dair önem taşıyan ve cevaplanması gereken birkaç sorun mevcuttur. Bunlardan biri, FIDIC kurallarının, *lex mercatoria* olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesinde FIDIC kurallarını esas almamaları, bu kuralların *lex mercatoria*, yani milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları olarak uygulanıp uygulanmayacağı meselesi önemlidir. Bilindiği üzere, FIDIC kuralları, gelişimi ve kaynakları bakımından milletlerarası inşaat hukuku uygulaması içerisinde mevcut olan, herhangi bir millî hukuk sistemine dâhil olmayan kurallardır⁵⁹⁴. Bu nedenle, FIDIC kurallarının *lex mercatoria* olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda, öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Öğretilerde bazı yazarlar, FIDIC'in *lex mercatoria* olduğunu savunurken⁵⁹⁵, *Molineaux*, inşaat mühendisliği işlerinin ticarî işlem olmaması nedeniyle, bu işlemi konu edinen FIDIC'in bir *lex mercatoria* olmadığını iddia etmektedir⁵⁹⁶. Öğretilerde ileri sürülen bir diğer görüş, taraflarca FIDIC kurallarına atıf yapılmadığı takdirde,

⁵⁹⁰ Bunlara çeşitli bankalar, milletlerarası kuruluşlar, milletlerarası finans örgütleri tarafından geliştirilen ve uygulamaya konulan metinler girer.

⁵⁹¹ İnşaat alanında en sık kullanılan tip (standart) sözleşme Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC) tarafından hazırlanan standart sözleşme şartlarıdır.

⁵⁹² Akıncı, İnşaat, ss. 13 -14.

⁵⁹³ Akıncı, İnşaat, s. 14.

⁵⁹⁴ Akıncı, İnşaat, s. 12.

⁵⁹⁵ Erdem, MilletlerarasıTicaret, ss. 10-11; Töre, ss. 63 - 64.

⁵⁹⁶ Töre, ss. 64 – 65, dñn.159.

bu kuralların *lex mercatoria* olarak kabul edilemeyeceği yönündedir⁵⁹⁷. Akıncı, FIDIC kurallarının *lex mercatoria* sayılıp sayılmayacağını tespiti için FIDIC kurallarının kaynağına ve uygulanmasındaki yaygınlığa bakılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁹⁸. Öğretide, FIDIC kurallarının İngiliz hukukunda doğmakla birlikte, değişimini ve gelişimini, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine paralel olarak sürdürdüğü ifade edilmektedir⁵⁹⁹. Bu açıdan bakıldığında FIDIC kuralları kaynağını milletlerarası ticarî uygulama içerisinde bulduğundan, *lex mercatoria* sayılabileceğine, buna karşılık, FIDIC kurallarının uygulanmasının ne kadar yaygın olduğuna bakıldığında ise, söz konusu kuralların bir bütün *lex mercatoria* olarak kabul edilemeyeceğine dikkat çekilmektedir⁶⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, Akıncı, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde standart kuralların uygulanabilmesi için konuya dair tarafların açık iradesinin bulunması gerektiğini savunmaktadır⁶⁰¹.

Töre, FIDIC kurallarının hukukî niteliğini tespit ederken, yalnızca *lex mercatoria* ile sınırlı kalmayıp, bu kuralları, *lex mercatoria*’nın bir türü kabul edilen *lex contructionis* olarak değerlendirmenin mümkün olup olmadığı konusunu da incelemiştir⁶⁰². Konuya dair Töre’nin vardığı sonuçlara yer vermeden önce *lex contructionis* kavramının ne anlama geldiğinin belirtilmesini doğru buluyoruz. Öğretide, *lex contructionis* milletlerarası inşaat faaliyetine ilişkin inşaat sektöründeki örf ve âdet kurallarını ve en çok uygulama alanı bulan milletlerarası inşaat sözleşmelerinin şartlarını sistematize eden devlet dışı kuralların düzenlenmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁰³. *Lex contructionis*’in hâlihazırda standart sözleşme örneklerinden, teknik şartnamelerden ve tahkim kararları şeklinde ortaya çıktığı

⁵⁹⁷ Akıncı, İnşaat, s. 31.

⁵⁹⁸ Akıncı, İnşaat, s. 31.

⁵⁹⁹ Akıncı, İnşaat, s. 31.

⁶⁰⁰ Akıncı, İnşaat, s. 31. Akıncı, FIDIC kurallarının Milletlerarası Ticaret Odası tahkimine havale edilen uyuşmazlıkların %30’unda uygulanmakta olduğunu, ayrıca, başta Dünya Bankası olmak üzere, birçok uluslararası finans kuruluşlarının finansmanı sağladığı projelerde, FIDIC kurallarının esas alınması şartı öngörüldüğünü belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Akıncı, İnşaat, s. 31.

⁶⁰¹ Akıncı, s. 31. Türk öğretisinde bu görüşe Durgut da katılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ramazan Durgut, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 2005, ss. 109-110.

⁶⁰² Töre, s. 63.

⁶⁰³ Charles Molinex, Moving Toward a Lex Mercatoria – A Lex Contructionis, 14 J.Int’l Arb., Sayı 1, 1997, https://www.trans-lex.org/126700/_/a-lex-constructionis-14-j-int-l-arb-1997-no-1-at-55-et-seq/, (20.12.2019); Михаил Новоселов, Применение Lex Constructionis в России для Регулирования Договора Международного Строительного Подряда, **Бизнес в законе**, №4’2014, 2014, стр. 104 (Mikhail A. Novoselov, “Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinin Düzenlenmesi Amacıyla Rusya’da Lex Constructionis’in Uygulanması”, **Hukukta Ticaret Dergisi**, Sayı: 4’2014, 2014, s. 104).

belirtilmektedir⁶⁰⁴. Öğretide, *lex contructionis*'in *lex mercatoria*'nın inşaat alanına ilişkin bir türü olduğu kabul edilmektedir⁶⁰⁵.

Töre, FIDIC'i bir *lex contructionis* olarak değerlendirmek için biraz erken olduğu kanaatindedir⁶⁰⁶. Bunun sebebi olarak FIDIC'in uygulanmasının uluslararası camiada görünürde herhangi bir yaptırımının bulunmamasıdır⁶⁰⁷. Bununla birlikte, *lex contructionis*'in FIDIC üzerinde gelişimini tamamlayıp, bağımsızlığını kazanacağına şüphe edilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁰⁸.

2. Kazak ve Rus Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

Meslekî ve ticarî kuruluşlar tarafından hazırlanan FIDIC kurallarının, *lex mercatoria* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu, yalnızca Rus öğretisinde araştırılmıştır. Kazak öğretisinde bu konu incelenmemiştir. Rus öğretisinde *Klee ve Nikiforov*, FIDIC standart kurallarını, irade muhtariyetinin kurumsallaşmış ürünü olarak ifade ederek, söz konusu kuralların *lex mercatoria*'nın bir parçası olabileceğini kabul etmektedirler⁶⁰⁹. Yazarlara göre burada asıl cevaplanması gereken soru: FIDIC kurallarının uluslararası ticarî örf âdet ve teamül⁶¹⁰ olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bu soru beraberinde FIDIC kurallarının Rus hukukunda hangi hükme dayanılarak uygulanacağı meselesinin de incelenmesini gerektirir. Konuya dair Rus öğretisinde ve uygulamasında görüş farklılığı mevcuttur. Bu bağlamda FIDIC kurallarının mahiyeti gereği öneri

⁶⁰⁴ Töre, s. 62; Novoselov, s. 104.

⁶⁰⁵ Molinex, <https://www.trans-lex.org/126700//a-lex-constructionis-14-j-int-l-arb-1997-no-1-at-55-et-seq/>, (20.12.2019); Novoselov, s. 104.

⁶⁰⁶ Töre, s. 62.

⁶⁰⁷ Töre, ss. 62 - 63.

⁶⁰⁸ Töre, s. 63.

⁶⁰⁹ Лукаш Клэе и Илья Никифоров, **Контракты на Строительство по Правилам FIDIC (применение и толкование)**, Статут, Москва, 2016, стр.112 (Lukash Klee ve İlya Nikiforov, **FIDIC Kurallarına Göre İnşaat Sözleşmeleri (Uygulama ve Açıklama)**, Statut, Moskova, 2016, s. 112).

⁶¹⁰ Milletlerarası ticarî örf âdet ve teamül ise, aynı eylemlerin sürekli tekrarlanmasının sonucunda, bireyler arasındaki milletlerarası ticaret uygulamasında ortaya çıkan tekdüze bir davranış kuralı şeklinde açıklanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 180. Uluslararası ticarî örf âdet ve teamül Rus hukukunda milletlerarası özel hukukun kaynaklarından biridir. Belirtmek gerekirse, RF MK md. 1186/1 gereği yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukuk milletlerarası sözleşmelere, federal kanunlara ve Rusya'nın tanıdığını örf âdet ve teamül kurallarına göre belirlenir. 1993 tarihli Uluslararası Ticarî Tahkim Kanununun md. 28/3 uyarınca mahkeme sözleşme şartlarına ve o muameleye uygulanacak ticarî örf âdet ve teamül kurallarına göre karar verir. Buna benzer hükümler Rusya'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de mevcuttur.

niteliğinde olduğu ve yalnızca taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir⁶¹¹. Söz konusu kuralların hukukî niteliği konusunda ise bazı yazarlar, FIDIC kurallarının RF MK md. 427 gereği “sözleşmenin yaklaşık şartları” olarak uygulanabileceğini belirtirken⁶¹², bazıları bu kuralların RF MK md. 5 gereği örf âdet ve teamül⁶¹³ kuralları olarak uygulanabileceğini⁶¹⁴ savunmaktadırlar. Öğretide ileri sürülen bir başka görüş bu kuralların “ticarî iş âdetler” (деловые обыкновения)⁶¹⁵ şeklinde uygulanabileceği yönündedir⁶¹⁶. Uygulamada hakemlerin FIDIC kurallarını örf âdet ve teamül kuralları olarak uyguladığını görmek mümkündür⁶¹⁷.

FIDIC kurallarının RF MK md. 427’deki hükme dayanılarak “sözleşmenin yaklaşık şartları” olarak uygulanıp uygulanmayacağını tespit etmek için “sözleşmenin yaklaşık şartları”nın unsurları belirlenmelidir⁶¹⁸. Bunun için md. 427’deki hükmü incelemeyi doğru buluyoruz. RF MK md. 427 gereği FIDIC kurallarının sözleşmenin yaklaşık şartları olarak uygulanabilmesi için iki şart gerçekleşmelidir. Bunlardan birincisi, sözleşmede yaklaşık şartlara atıf yapılması, ikincisi, yaklaşık şartların yayınlanmış olmasıdır. Bunun yanı sıra herhangi bir

⁶¹¹ Novoselov, s. 104.

⁶¹² Novoselov, s. 105.

⁶¹³ Genel hukuk teorisinde örf âdet ve teamül, gerçek ilişkilerden dolayı tarihsel olarak gelişen ve tekrarlanan davranışların bir sonucu olarak alışkanlık haline gelen genel davranış kuralları olarak tanımlanır. Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 180.

⁶¹⁴ Марк Богулавский, Андрей Лисицын-Светланов и Александр Трунк, **Современное Международное Частное Право в России и Евросоюзе**, Норма, Москва, 2013, стр. 215 (Mark M. Boguslavsky, Andrey G. Lisitsin-Svetlanov ve Aleksandr Trunk, **Rusya ve Avrupa Birliğinde Çağdaş Milletlerarası Özel Hukuk**, Norma, Moskova, 2013, s. 215).

⁶¹⁵ Âdet (usage), öğretide tam hukukî onay alamayan uluslararası alışkanlık olarak tanımlanır. Örf âdet ve teamülden farklı olarak âdetler kendi aralarında çelişebilirler. Bu nedenle, J. Roberts’e göre, “âdetlerin bittiği yerde örf âdet ve teamüller başlar”. Detaylı bilgi için bkz. J. Roberts, “**International Sale of Goods**”, (Ed. Derrick Wilde and Rafiqul M. Islam) International Transaction Trade and Investment, Law and Finance, Law book Co., Sydney, 1993 aktaran Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 184. Ticarî iş âdetler hukukun kaynağı değildir ve sözleşmenin tarafları onları iyi bildikleri için ve sözleşmede düzenlendikleri için uygulanırlar. Detaylı bilgi için bkz. Varvarenko, s. 18. Yershov’a göre, standart kurallar bağlayıcı olmadığından ticarî iş âdetleri olarak nitelendirilmelidirler, ama yine bu kuralların ticarî örf âdetler olarak nitelendirilmesi gerekiyorsa bunun yalnızca şartlı olabileceğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Олег Г. Ершов, “Коллизионно-Правовое Регулирование Отношений Строительного Подряда”, **Международное Публичное и Частное Право**, №5 (50), 2009, стр. 13 (Oleg G. Yershov, “İnşaat Sözleşmesi İlişkilerinin Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Düzenlenmesi”, **Milletlerarası Kamu ve Özel Hukuk Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 50, 2009, s. 13).

⁶¹⁶ Varvarenko, s. 22.

⁶¹⁷ 04.09.2012 tarihli Kuzey – Batı bölgesi Federal Tahkim Mahkemesinin 56-55092/2011 sayılı dosya ile ilgili verdiği Karar, Rusya Federasyonu’nun hukuk kurallarının ve mahkeme kararlarının derlendiği resmî site, https://sudact.ru/arbitral/?arbitral-txt=&arbitral-date_from=&arbitral-date_to=/, (20.12.2019).

⁶¹⁸ Varvarenko, s. 18.

kuralın yaklaşık şart şeklinde uygulanabilmesi için Yüksek Tahkim Mahkemesi Kurulunun 14.03.2014 tarihli ve 16 sayılı “Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları” hakkında kararının 7. maddesinde düzenlenen şartlar da dikkate alınmalıdır. Buna göre: (a) söz konusu şart, ilgili türdeki sözleşmeler için kendiliğinden yönetilen kuruluşlar veya diğer kâr amacını gütmeyen kuruluşlar ya da piyasa katılımcısı olan kâr amacını gütmeyen kuruluşlar tarafından çıkarılan dokümantasyonlarda yer almışsa, (b) emredici nitelikte olmadığından metni taraflarca değiştirilebilir nitelikte ise, (c) söz konusu değişiklikler sözleşmenin imzalanmasından sonra da yapılabilmekte ise o kurala yaklaşık şarta dair hükümler uygulanır.

Yukarıda belirtilen hükümlerin incelenmesi sonucunda, “*sözleşmenin yaklaşık şartları*”nın unsurları olarak şunlar söylenebilir:

1. Sözleşmenin yaklaşık şartlarını, standart sözleşme şartlarından farklılaştıran husus onun davranış kuralı olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, yaklaşık şartlar zamanla oluşan davranış kuralları değildir⁶¹⁹.

2. Sözleşmenin yaklaşık şartlarının uygulanabilmesi için konuya dair tarafların ortak iradesi bulunmalıdır. Bu ortak irade sözleşme şartlarının eşit durumda müzakeresi sırasında ortaya konulur.

Belirtilmelidir ki, “*sözleşmenin yaklaşık şartları*” hukukun kaynağı değildir. Bu nedenle, Varvarenko, md. 427/2’deki “sözleşmenin yaklaşık şartlarına atıf yapılmadığı takdirde, o şartlar RF MK md. 5’de⁶²⁰ ve md. 421/5’de⁶²¹ düzenlenen taleplere uygun ise o ilişkilerde örf âdet ve teamül kuralı olarak uygulanacağına dair hükme dayanarak, hukukun kaynağı olan örf âdet ve teamül kurallarının “*sözleşmenin yaklaşık şartları*” şeklinde ortaya çıkacağını belirtmektedir⁶²². Bu durum, FIDIC kurallarının örf âdet ve teamül kuralları olarak uygulanabileceği kanaatinin öğretide ve mahkeme uygulamasında oluşmasına neden olmuştur.

⁶¹⁹ Varvarenko, s. 19.

⁶²⁰ Md. 5 Örf ve âdet kuralı. Md. 5/1 uyarınca herhangi bir belgede kaydedilip kaydedilmediğine bakılmaksızın, herhangi bir ticarî alanda veya diğer faaliyet alanında kurulmuş ve yaygın olarak kullanılan, kanunlarda öngörülmemiş davranış kuralına örf – âdet kuralı denir. Md. 5/1 gereği, ilgili ilişkinin katılımcıları için zorunlu olan hukuk kurallarına veya sözleşmeye aykırı örf âdet kuralları uygulanmaz.

⁶²¹ RF MK md. 421/5 uyarınca sözleşme şartları taraflarca veya emredici nitelikte olmayan kurallarla belirlenmediği takdirde, ilgili şartlar, tarafların ilişkilerine uygulanacak örf âdet kurallarına göre belirlenir.

⁶²² Varvarenko, s. 19.

FIDIC kurallarının, ticarî iş âdetleri olarak uygulanabileceğini savunan Varvarenko, FIDIC kurallarının örf ve âdet kurallarının unsurlarını tam karşılamadığına dikkat çekmektedir⁶²³. Belirtmek gerekirse, RF MK md. 5 gereği aşağıdaki unsurlara sahip davranışlar örf ve âdet olarak tanımlanır:

1. Herhangi bir alanda veya ticarî faaliyetlerde yerleşik ve yaygın olarak uygulanan;

2. Kanunlarda düzenlenmeyen;

3. Hangi şekilde (sözlü ya da yazılı) yapıldığına bakılmayan davranışlardır.

Yukarıda belirtilen unsurlara baktığımızda, FIDIC kurallarının, “yaygın olarak uygulanan” kritere pek uymadığı ifade edilebilir. Zira, FIDIC kuralları, milletlerarası yatırım inşaat projelerinde tek değildir. Yani inşaat projelerinin hayata geçirilmesinde taraflar, İngiltere’de uygulanmakta olan İngiliz Mimarlar Kraliyet Enstitüsü RIBA (*The Royal Institute of British Architects*) ile Ulusal İnşaat Ticaret İşverenler Federasyonunun NFBTE (*National Federation of Building Trades Employers*) kurduğu Birleşik Sözleşmeler Mahkemesinin JCT (*Joint Contract Tribunal*) 1931 tarihinde hazırladığı ve yayınladığı standart sözleşme şartları, Amerikan Mimarlar Odasının AIA (*The American Institute of Architects*) hazırladığı A201 – 1997 olarak adlandırılan İnşaat için Genel Sözleşme Şartlarını (*General Conditions of Contract for Construction*), ilk olarak 1993 yılında İnşaat Mühendisleri Enstitüsü ICE (*Institute of Civil Engineers*) tarafından yayınlanan Yeni Mühendislik Sözleşmesi NEC (*New Engineering Contract*) kapsamına giren Mühendislik ve İnşaat Sözleşmesini, Uzman Hizmetin Sağlanmasına Dair Sözleşmeyi, Milletlerarası Ticaret Odasının ICC (*International Chamber of Commerce*) Endüstriyel Yapı Anahtar Teslim Model Sözleşmesini, Anahtar Teslim Model Sözleşmesini uygulayabilirler.

Ayrıca “yaygın” kavramı net olmayan, nisbî (dereceli) bir kavramdır. Zira standart kuralların ne kadar yaygın olduğunun net bir şekilde belirlenmesi kolay değildir. FIDIC kurallarının yukarıda belirtilen standart sözleşmelerden üstünlüğü, bu kuralların inşaat alanında ilk olarak hazırlanmış ve yayınlanmış olması ve tüm dünyada kullanılıyor olmasıdır. Fakat bu durum onun yaygın olarak uygulandığı

⁶²³ Varvarenko, ss. 19 -20.

anlamına gelmeyebilir. Diğer standart kurallar ise genellikle devlet içi ve milletlerarası projelerde uygulanır⁶²⁴.

FIDIC kurallarının örf âdet ve teamül için öngörülen unsurları karşılamadığını gösteren bir diğer husus, bu kuralların, hukukî anlamda geçerliliğinin ve taraflar için bağlayıcılığının nedenidir⁶²⁵. Bu neden, tarafların iradesidir. Yani tarafların, aralarında kurulacak sözleşmeye FIDIC kurallarını uygulayacakları konusunda açık iradeleri bulunması gerekir. Bu irade söz konusu kurallara atıf yapılmak suretiyle ya da ilgili hükümler sözleşmeye dâhil edilmek suretiyle gerçekleşmiş olur. Söz konusu tarafların iradesi olmadan, FIDIC kuralları kendiliğinden geçerli hale gelmez ve taraflar için bağlayıcı değildir. Durum böyle olunca söz konusu kural MK md. 5 anlamındaki örf âdet ve teamül kuralı olmaktan çıkar⁶²⁶.

Standart kuralların uluslararası ticarî örf âdet ve teamül kuralı olup olmadığının tespiti için ise, söz konusu kuralın, ticarî örf âdet ve teamül için aranan nitelikleri barındırıp barındırmadığına bakılmalıdır. *Kanashevsky*, bir kuralın uluslararası ticarî örf âdet ve teamül olarak nitelendirilmesi için aşağıdaki unsurların bulunması gerektiğini ileri sürmektedir: (1) milletlerarası ticarete sürdürülebilir tekdüze uygulama; (2) bu uygulamanın devlet tarafından onaylanması (daha doğrusu ona dayanılarak ortaya çıkan davranış şekli)⁶²⁷.

Öğretide, FIDIC kurallarının örf âdet ve teamül olarak nitelendirilemeyeceğini kanıtlayan bir başka durum olarak bu kuralların inşaat, yatırım ve finans alanlarında ticarî uygulamanın çağdaş taleplerine göre değişmesi gösterilmektedir. Bu bağlamda FIDIC kurallarının, hukukun uygulanmasının geliştirilmesi ve iyileştirilmesinde değişim aracı olduğuna dikkat çekilmektedir. Standart kuralların bu fonksiyonu hem örf âdet ve teamül hem de uluslararası ticarî örf âdet ve teamül kurallarının muhafazakâr doğası ile ayrılmaktadır. Bu nedenle, *Varvarenko*, bu tür kuralların “*ticarî iş âdetleri*” olarak nitelendirmesi gerektiğini belirtmektedir⁶²⁸.

⁶²⁴ Varvarenko, ss. 20-21.

⁶²⁵ Varvarenko, ss. 20-21.

⁶²⁶ Varvarenko, ss. 20-21.

⁶²⁷ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 180.

⁶²⁸ Varvarenko, ss. 20-21.

FIDIC kurallarının “*ticarî iş âdetleri*” olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu incelenirken, FIDIC kurallarının bir bütün olarak değil FIDIC sözleşme şartları kapsamına giren her sözleşme türünün ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, Kırmızı Kitap olarak bilinen İnşaat İşleri Sözleşme Şartlarını ticarî örf adet ve teamül olarak nitelendirmek mümkün iken; Yeşil Kitap’ın, Mavi Yeşil Kitap’ın, Lacivert Kitap’ın hem Kazakistan’da hem de Rusya’da uygulanmasının yaygın olmadığı, hukukun uygulanmasının geliştirilmesi ve iyileştirilmesinde değişim aracı olduğu dikkate alınarak bu Kitapların “*ticarî iş âdetleri*” olarak nitelendirmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Belirtmeliyiz ki, 7 Temmuz 1993 tarihli ve 5338-I sayılı “Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında Rusya Federasyonu Kanunu”nun 28. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, tahkim mahkemesi her durumda sözleşme şartlarına, o muameleye uygulanacak uluslararası ticarî örf âdet ve teamüle ve Rusya’nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelere göre karar verir. FIDIC kuralları “*ticarî iş âdetler*” olarak nitelendirildiğinde, tahkim mahkemesinin bu kuralları doğrudan doğruya dikkate alamayacağı sonucu ortaya çıkar. Diğer taraftan, FIDIC kurallarının, inşaat sözleşmelerinde bu kurallara atıf yapılması nedeniyle tahkim mahkemelerince uygulanması ve karara bağlanması, farklı hukuk sistemlerine ait hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda söz konusu kuralların benzer şekilde uygulanması yönünde içtihadın oluşmasına nedendir⁶²⁹. Bu bağlamda, tek tip *ticarî iş âdetler* standart sözleşme şartları şeklinde hazırlanmakta ve taraflarca sözleşmenin esasına uygulanacak kural olarak seçilmekte ve hakemlerce uygulanmaktadır. Bu durum uyuşmazlığı özelliklerine göre tahkim mahkemelerince benzer kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, FIDIC kurallarının yavaşça devletin hukuk sistemine entegre edilmeye başladığı görülmektedir⁶³⁰.

3. FIDIC Kurallarının Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi

FIDIC kurallarının hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda yaptığımız inceleme sonucunda, bu kuralların hem Türk hukuku hem Rus hukuku açısından *lex*

⁶²⁹ Varvarenko, ss. 88 -89.

⁶³⁰ Varvarenko, ss. 89 -90.

mercatoria olarak nitelendirilebileceği tespit edilmiştir. Fakat, inşaat alanında en çok bilinen FIDIC kuralları dâhil, diğer standart kurallar, günümüzde Avrupa ülkeleri ile kıyasladığımızda hem Türkiye'nin hem Rusya'nın hem de Kazakistan'ın, inşaat projelerinde “yaygın” olarak ifade edebilecek derecede geniş kullanılmamaktadır. Ayrıca, söz konusu kuralların kanunî bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. Bu durum, söz konusu kuralların yalnızca, tarafların bu kuralları sözleşmelerine dâhil ettikleri takdirde uygulanabileceği sonucunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, taraflar aralarında kurulan sözleşmede standart sözleşme şartlarına atıf yaptıkları veya bu şartları sözleşmenin hükmü ya da eki haline getirdikleri takdirde, standart sözleşme şartları taraflar için bağlayıcı olur⁶³¹. Taraflar standart kurallardaki şartları, aynen kabul edebilecekleri gibi değiştirerek veya bir kısmını çıkartarak da sözleşmeye dâhil edebilirler.

Günümüzde yukarıda zikredilen devletlerde, Dünya Bankası (*World Bank*), Avrupa Yatırım Bankası (*European Investment Bank*), Asya Kalkınma Bankası (*Asian Development Bank*), Avrasya Kalkınma Bankası (*Eurasian Development Bank*) gibi uluslararası finans kuruluşları tarafından finanse edilen projelerin sayısı gittikçe artmaktadır. Uluslararası finans kuruluşlarının çoğu, herhangi bir projeyi finanse etmek için, özellikle büyük projelerde devlet ile imzalanacak sözleşmede standart kuralların kullanılması şartını koymaktadırlar. Bu durum, standart kuralların daha yaygın bir şekilde uygulanmasına yol açmaktadır. Konuya bu açıdan baktığımızda bazı standart kuralların ileride hukukî niteliğinin değişmesi ve ticarî örf âdet ve teamül olarak nitelendirilmesi ihtimalinin mevcut olduğunu görebiliriz.

Bu tespit, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde esasa uygulanacak hukuk olarak FIDIC kurallarının dikkate alınıp alınamayacağı sorusunun cevaplanmasında önemlidir. Bu bağlamda, hangi durumlarda devletin millî hukuk kurallarının da dikkate alınması gerektiği ve uyuşmazlığın çözümünde herhangi bir devletin millî hukukuna başvurmaksızın karar vermenin mümkün olup olmadığı hususu incelenmelidir.

FIDIC kurallarının md. 5(1)(b) gereği, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku, özel şartların düzenlendiği II. Bölümde kararlaştırabilirler. Diğer bir

⁶³¹ Nuray Ekşi, “FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar”, (Ed. Atamer M. Yeşim, Süzel Ece Baş, Geisinger Elliott), On iki Levha, İstanbul, 2016, s. 60 (FIDIC).

ifadeyle, taraflar sözleşmenin II. Bölümünde yer alan md. 5.1.'de hangi devletin hukukunu seçtiklerini belirtebilirler⁶³². FIDIC sözleşmesinde, hukuk seçiminin nasıl yapılması gerektiğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bilindiği üzere, inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlık devlet mahkemesinde çözüldüğünde, *lex fori* yani hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınır⁶³³. Bu bağlamda, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları hukuk seçiminin açıkça yapılması gerektiğini düzenlemekte ise ve zımnî hukuk seçimine imkân vermiyorsa, bu durumda, taraflarca açıkça yapılmayan hukuk seçimi mahkemece dikkate alınmayacaktır⁶³⁴.

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlık, tahkimde çözüldüğü takdirde ve tahkim yeri olarak Türkiye'nin seçildiği durumlarda, MTK md. 12/C uyarınca taraflar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku serbestçe seçebilirler. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddî hukuk kuralları uygulanır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakemlerin öncelikle uyuşmazlığa sözleşme hükümlerini; burada hüküm bulunmayan hallerde tarafların seçtikleri maddî hukuku uygulayacağıdır⁶³⁵. Dolayısıyla, taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak millî hukuku seçtikleri durumda, irade serbestisi ilkesinden hareketle uyuşmazlığa tarafların düzenlediği sözleşme hükümleri, yani FIDIC kuralları uygulanacaktır. Uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak, FIDIC kurallarında herhangi bir boşluk bulunması durumunda, bu boşluk seçilen devletin maddî hukuk kurallarına göre doldurulacaktır.

Bunun yanı sıra, böyle bir durumda sözleşme statüsü taraflarca seçilen devletin hukuku olduğundan, FIDIC kuralları ise bu hukukun imkân verdiği irade serbestisi ilkesi gereği uygulandığından, FIDIC kurallarının uygulanması taraflarca seçilen devletin emredici kurallarıyla sınırlı olacaktır⁶³⁶. Meselâ, Kazak iş sahibi Türk yüklenici ile inşaat sözleşmesini akdetmişler. Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmişler. Aynı zamanda, taraflar aralarındaki inşaat

⁶³² Klee ve Nikiforov, s. 118.

⁶³³ Klee ve Nikiforov, s. 118; Akıncı, İnşaat, s. 24; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 130.

⁶³⁴ Akıncı, İnşaat, s. 24.

⁶³⁵ Şanlı, Esen, Ataman – Fıganmeşe, s. 667;

⁶³⁶ Akıncı, İnşaat, s. 25; S. Asli Budak, “Türk Eser Sözleşmesi Işığında FIDIC Sözleşmeleri”, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, (Ed. Atamer M. Yeşim, Süzel Ece Baş, Geisinger Elliott), On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 92; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 145; Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 268; Ekşi, FIDIC, ss. 62- 63.

sözleşmesinde FIDIC kurallarını esas almışlar. Bu durumda MÖHUK md. 24/1 gereği sözleşmede kararlaştırılan FIDIC kuralları irade serbestisi ilkesi gereği uygulanır. Bu durum, FIDIC kurallarının Türk hukukunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun olmasını gerektirir. Aksi takdirde, aykırılığın mahiyetine göre, FIDIC sözleşmesinin içerdiği hükümlerden bir kısmı veya bütün sözleşme geçersiz sayılacaktır⁶³⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere, FIDIC kurallarının md. 5(1) uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku II. Bölümde taraflarca kararlaştırma imkânını sunmaktadır. Bazı durumlarda taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirtmeyebilirler, yani sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku seçmemiş olabilirler.

Bu durumda uyuşmazlığın nerede çözüldüğüne bağlı olarak uyuşmazlık farklı bir şekilde çözümlenir. Bu durum farklı sonuçların ortaya çıkmasına nedendir. Uyuşmazlık devlet yargısında çözüldüğü takdirde, mahkeme kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit edecektir⁶³⁸.

Uyuşmazlık hakem mahkemesinde çözülmesi durumunda ise, hakemler ile hakem kararının verildiği yer hukuku arasındaki ilişki, mahkemelerdeki gibi sıkı olmadığından, uygulanacak hukukun tespitinde farklı ihtimallerin değerlendirilmesi söz konusu olur⁶³⁹.

Bunlardan birincisi, FIDIC kurallarının esas alındığı ve tarafların yetkili hukuku belirlemedikleri durumlarda, hakemlerin herhangi bir devletin millî hukukuna başvurmadan uyuşmazlığı çözme imkânına sahip olmalarıdır. Bu bağlamda, hakemler, FIDIC kurallarının esas alındığı ve taraflarca hukuk seçimi yapılmayan inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı çözerken, herhangi bir devletin millî hukukuna başvurmayabilirler. Bunun sebebi, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinin FIDIC kurallarınca geniş bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Bu nedenle, uyuşmazlıklar çözülürken, FIDIC kurallarında boşlukların bulunması durumu ile uygulamada nadiren karşılaşılmaktadır. Bu durum, bazen millî hukuka başvurma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır.

Bir diğeri ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, o uyuşmazlığa uygulanacak millî hukukun tespit edilememesidir. Şöyle ki, davacı Türk ve davalı

⁶³⁷ Budak, s. 92.

⁶³⁸ Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Birinci bölüm, II. A. ve ikinci bölüm, II.

⁶³⁹ Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Birinci bölüm, II. B. ve ikinci bölüm, III.

Fransız arasında çıkan uyuşmazlıkta, tahkim mahkemesi, “... *taraflar arasında kurulan sözleşmenin milletlerarası nitelikli ve uygulanması tartışmasız olan millî hukukun seçiminin zor olması nedeniyle, hakem heyeti, somut olayda belirli bir devletin millî hukukuna yani ne Türk hukukuna ne de Fransız hukukuna bağlanmadan uyuşmazlığa lex mercatoria'yı uygulamayı doğru buluyor*⁶⁴⁰” şeklinde karar vermiştir.

Sözleşmenin ifası Lübnan, Suriye ve Ürdün’de gerçekleşecek Japon satıcı ile Lübnan alıcı arasında kurulan satış sözleşmesinde, tahkim mahkemesi, somut olayda belirli bir devletin hukukunun tespitinin mümkün olmadığına dayanarak, tarafları, belirli bir devletin millî hukukunun uygulanması yerine uluslararası satım alanında uygulanmakta olan örf âdet ve teamülü uygulamalarına ikna etmiştir⁶⁴¹.

Böyle bir durumda, cevaplanması gereken sorulardan biri, hakemlerin uygulanacak hukuk sorununa hiç değinmeden, uyuşmazlığı belirli alandaki örf âdet ve teamüle, ticarî âdetlere göre çözümlemeleri bir problem yaratacak mıdır? *Akıncı*, bu soruyu hakem kararlarının denetlenme yollarını dikkate alarak cevaplamıştır. Bilindiği üzere hakemlerin herhangi bir uyuşmazlığı çözerken uyguladıkları kuralların denetimi (1) kararın verildiği yer ülkesinde karara karşı iptal dâvası açıldığı durumda ve (2) hakem kararının tenfiz edildiği yer ülkesinde hakem kararının tanınması ve tenfizi talep edildiği takdirde söz konusu olabilir. Zira, taraflar hakemlere aralarında çıkabilecek uyuşmazlığı çözme yetkisini verirken, bu yetkinin kapsamını da belirlemektedirler⁶⁴². Bu bağlamda, hakemlerin uyuşmazlığı çözerken, tarafların sözleşmede seçmiş oldukları hukuku dikkate almaları gerekir. Aksi takdirde, sözleşme ile onlara verilen yetkiyi aşmış olacaklar ve bu durum hakem kararının geçerliliğini, kararın tanınması ve tenfizi talep edildiğinde ise hakem kararının tenfizini olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle, hakemler standart kuralları uygularken, tarafların seçtikleri hukukun emredici kuralları ile bağlıdırlar ve bu

⁶⁴⁰ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 270; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 145.

⁶⁴¹ Кордеро Джудитта Мосс, **Автономия Воли в Практике Международного Коммерческого Арбитража**, Изд-во ИГиП РАН, Москва, 1996, стр. 26, 27, 49 (Djuditta Kardero Moss, **Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin Uygulamasında İrade Muhtariyeti**, Rusya Bilim Akademisinin Devlet ve Hukuk Enstitüsü Yayınları, Moskova, 1996, ss. 26, 27, 49); Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 270; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 145.

⁶⁴² Akıncı, İnşaat, s. 29.

kurallarda boşluk söz konusu olduğu durumda, bu boşluğu tarafların seçtikleri hukuka göre doldurmaları gerekir⁶⁴³.

Buna karşılık taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmedikleri durumunda, hakemlerin *lex fori*'si olmadığından, hakemlere yetkili hukukun tespit edilmesinde büyük bir serbesti tanınmaktadır. Bu nedenle, hakemler herhangi bir uyuşmazlığı çözerken, uyuşmazlığın çözümünde esas aldıkları devletin kanunlar ihtilâfı kuralları gereği yetkili olan millî hukukun veya uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili olan maddî hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla standart kuralları uygulamaları ve boşlukları, yine bu hukuka göre doldurmaları gerekir⁶⁴⁴.

Yukarıda verilen hakem kararlarının incelenmesi sonucunda ortaya çıkan bir diğer sonuç ise, hakemlerin uyuşmazlığı çözümlerken mutlaka bir millî hukuka göre karar vermelerinin gerekmediğidir⁶⁴⁵. Bu durum, hakemlere, herhangi bir millî hukuka atıfta bulunmaksızın, uyuşmazlığı FIDIC kuralları kapsamında çözme ve ortaya çıkacak boşluklar için de milletlerarası ticarî uygulamayı dikkate alma imkânını vermektedir⁶⁴⁶.

Hakem kararlarının tenfizi, yalnızca New York Sözleşmesinde sayılan sınırlı durumlarda engellenebileceğinden, hakemlerin verecekleri bu tür kararların tenfizini engelleyecek bir durum bulunmaması nedeniyle, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, herhangi bir millî hukuk kapsamında verilmeyen bu tür kararların da geçerli ve tenfiz edilebilir olacağı belirtilmektedir⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Akıncı, İnşaat, s. 29; Ekşi, FIDIC, ss. 62 – 63.

⁶⁴⁴ Akıncı, İnşaat, ss. 29-30.

⁶⁴⁵ Kanashevsky, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 270; Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 145; Akıncı, İnşaat, s. 30.

⁶⁴⁶ Akıncı, İnşaat, s. 30.

⁶⁴⁷ Akıncı, İnşaat, s. 30.

IV. STANDART KURALLARIN MİLLÎ HUKUKTAKİ EMREDİCİ NİTELİKTEKİ KURALLARA UYARLANMASI

A. Standart Kuralların Türk Hukukunun Emredici Nitelikteki Kurallarına Uyarlanması

Yukarıda belirtildiği üzere, taraflar imzaladıkları inşaat sözleşmesine standart sözleşme şartlarını dâhil ettiklerinde, bu kurallar sözleşmeye uygulanacak devletin millî hukukunun emredici nitelikteki kurallarına aykırı olmamalıdır. Aksi takdirde, devletin millî hukukunun emredici nitelikteki kurallarına aykırı olan standart sözleşme şartları geçersiz sayılır.

Bu bağlamda, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku seçildiğinde veya sözleşmeye Türk hukukunun uygulanacağı objektif bağlama kurallarına göre tespit edildiğinde, standart sözleşme şartlarındaki hükümlerin Türk hukukundaki kurallarla uyumlu olup olmadığının incelenmesi önemlidir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, md. 20-25'de genel işlem koşullarına ilişkin hükümler mevcuttur. TBK md. 20 uyarınca, bir sözleşme yapılırken, sözleşmeyi düzenleyen ilerde çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı olarak hazırlayıp, karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerine *genel işlem koşulları* denir⁶⁴⁸. Madde 21'de genel işlem koşullarının yürürlük ve md. 25/5'de ise içerik denetimine tâbi tutulduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında sözleşme şartlarını düzenleyen tarafın, karşı tarafa bu koşulların varlığı konusunda ona açıkça bilgi vermesine, bunların içeriğini öğrenme imkânını sağlamasına ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesine bağlıdır⁶⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin karşı tarafı (yüklenici), sözleşme şartları hazırlanırken sözleşme şartlarını düzenleyen (iş sahibinin) onun menfaatine aykırı genel işlem şartları öngördüğü konusunda bilgilendirilmiş ise, bu şartların içeriğini

⁶⁴⁸ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 14 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, ss. 26-27, 162; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası (İlave Bası), Turhan kitabevi, Ankara 2012, ss. 110-111; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 285; Turgut Akıntürk ve Karaman Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 48.

⁶⁴⁹ Oğuzman ve Öz, ss. 164 – 165.

öğrenme imkânına sahip olmuşsa ve bu şartları kabul etmişse, inşaat sözleşmesindeki şartlar onun menfaatine aykırı olsa dahi geçerlidir. Aksi takdirde, genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. Md. 21’de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının da yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. TBK md. 22 gereği, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümler geçerliliğini koruyacaktır⁶⁵⁰. Meselâ, inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin edimini gerektiği şekilde yerine getirmediğinde (inşaatın süresinde tamamlanmaması, inşaatın ayıplı olması vs.), iş sahibine sözleşmenin toplam tutarından %30 oranında para cezası ödeyeceği, buna karşılık iş sahibinin edimini gerektiği şekilde yerine getirmediğinde (tamamlanan işin süresinde teslim alınmaması, yapılan iş karşılığında ödemenin yapılmaması vs.) iş sahibinin yükleniciye sözleşmenin toplam tutarından %10 oranında para cezası ödeyeceği düzenlenmiş olabilir. Böyle bir durumda, inşaat sözleşmesindeki yüklenicinin %30 oranında para cezası ödemesi gerektiğine dair şart “*genel işlem şartları*” yazılmamış sayılması için md. 21’de belirtilen durumlar gerçekleşmişse, söz konusu şart md. 22 gereği yazılmamış sayılacaktır. Bunun sonucunda, bu hükmün dışında kalan sözleşmenin diğer şartları geçerliliğini koruyacaklardır. Bunun yanı sıra, md. 22’de sözleşme şartlarını düzenleyenin (iş sahibinin) md. 27/2’deki sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması imkânından yararlanamayacağı düzenlenmiştir⁶⁵¹.

TBK’nun 25. maddesinde ise içerik denetimine dair hüküm bulunmaktadır. Buna göre, “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*”. İnşaat sözleşmesinde böyle bir hüküm mevcut ise geçersiz sayılacaktır⁶⁵².

Standart sözleşme şartlarını içeren inşaat sözleşmesi Türk hukukuna tâbi ise, öncelikle yukarıda açıkladığımız “*genel işlem koşulları*” denetiminden geçebilmesi gerekir⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Oğuzman ve Öz, ss. 164 – 165.

⁶⁵¹ Nihat Yavuz, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 75; Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 2013 (107), 2013, s. 94 (Borçlar Kanunu).

⁶⁵² Oğuzman ve Öz, ss. 166 - 167.

⁶⁵³ Budak, s. 95.

İnşaat işinin tamamlanması, tamamlanan işin teslimi ve kabulü konusunda FIDIC sözleşme şartları ile Türk hukukunda farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar etkisini özellikle ayıp ihbar süresinin başlangıç tarihinin tespitinde gösterir⁶⁵⁴.

FIDIC sözleşme şartlarında işin tesliminde hem geçici kabul belgesinin hem de kesin kabul (*performance certificate*) belgesinin düzenlenmesi öngörülmüştür. FIDIC kuralları gereği geçici kabul belgesinin düzenlenmesi, inşaat işinin kesin kabulü anlamına gelmez. Geçici belgenin düzenlenmesinden sonra iş sahibi teslim edilen nesneyi/projeyi veya onun bir bölümünü kullanma yetkisine sahip olur ve hasar riski iş sahibine geçer. Yükleniciye yapılan işteki veya onun bir bölümündeki eksikliklerin ve ayıpların giderilmesi için verilecek süre geçici kabul belgesinin tanziminden sonra başlar. FIDIC kurallarına göre ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında yüklenicinin sorumluluğu yalnızca kesin kabul belgesi düzenlendikten sonra başlar⁶⁵⁵. Bu nedenle, kesin kabule kadar iş sahibi tarafından yükleniciye süre verilerek işi sözleşmede belirtildiği şekilde tamamlanmasının istenmesi, ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında ayıbın giderilmesi için süre verilmesi olarak değil, aynen ifa talebi olarak nitelendirilmelidir⁶⁵⁶. FIDIC kurallarında, geçici kabul ile kesin kabul arasında yükleniciye ayıp ihbar süresinin verilmesinin sebebi, *Anglo – Sakson* hukuk sisteminde sözleşmeye aykırılık halinde hâkimin tazminattan başka bir yonteme başvurma yetkisinin bulunmamasıdır⁶⁵⁷.

Türk hukukunda inşaatın tamamlanmış kabul edilmesi için sözleşmede öngörülen işlerin bütünü tamamlanmış olması gerekir⁶⁵⁸. İnşaatın hangi durumda tamamlanmış sayılacağı konusunda Yargıtay, “*objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir olma*” esasını kabul etmektedir⁶⁵⁹. Bu esasa göre bir inşaatın tamamlanmış olduğundan söz edebilmek için, onun objektif ölçüler içinde, tahsis edilen amaca uygun olarak kullanılabilir olması gerekir. Eğer, inşaat özgülendiği amaca uygun kullanmaya elverişli değilse, inşaat tamamlanmamış sayılır. Bu bağlamda, örneğin, hastane bina inşaatının tamamlanmış kabul edilmesi için binanın bu amaca uygun kullanmaya elverişli olması gerekir.

⁶⁵⁴ Budak, s. 95.

⁶⁵⁵ Akıncı, İnşaat, s. 52; Acar, s. 83; Budak, s. 97.

⁶⁵⁶ Acar, s. 83; Budak, s. 97.

⁶⁵⁷ Acar, s. 83; Budak, s. 97.

⁶⁵⁸ Budak, s. 95.

⁶⁵⁹ Budak, s. 95.

Eserin teslim borcu, genellikle tamamlanmış olan eserin sözleşmenin ifası amacıyla verilmesi anlamını taşır⁶⁶⁰. Tarafların inşaat sözleşmesinde öngördükleri bütün işler yapıp tamamlandığında iş sahibi inşaatı hukukî anlamda teslim almış sayılır. Sözleşme konusu nesnenin/projenin iş sahibine teslim edilmesi TBK md. 474 gereği yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu tutulmasına nedendir⁶⁶¹.

Kabul, Türk hukukunda, iş sahibinin teslim edilen inşaatın sözleşmeye uygun, tam ve noksansız olduğunu belirten irade beyanıdır. İş sahibi kendisine teslim edilen inşaat konusu nesneyi/projeyi açıkça veya zımnen kabul etmişse, yüklenici ayıp sebebiyle sorumluluktan kurtulur. Fakat yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi veya usûlüne göre gözden geçirme sırasında fark edilmeyecek gizli ayıpların bulunması halinde yüklenicinin sorumluluğu devam eder⁶⁶².

Bu nedenle, Türk öğretisinde, teslim ve kabul kavramlarının birbirlerinden farklı olduğu, kabul kavramından eserin geçici kabulünün değil, kesin kabulünün anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶³. Geçici kabul aşamasında inşaatteki eksiklik ve ayıpların varlığı varsayılır ve bu süre içinde bunların ortaya çıkması beklenirken, kesin kabul aşamasında ise iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuramayacağı kabul edilir⁶⁶⁴. Yani bu durumda yükleniciye gizli ayıplar dışında ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

FIDIC sözleşme şartlarında kullanılan esas dil İngilizce'dir. TMMMB tarafından Kırmızı Kitap ve Sarı Kitap'ın Türkçeye çevrili yapılmasına rağmen, öğretilde, FIDIC sözleşme şartlarında ağırlıklı *Anglo - Sakson* hukuk sistemine ait kavramlar kullanılmış olduğundan, bazı hukukî kavramların açıklamasında standart kurallardaki hükümlerin içeriğinin tam olarak yansıtlamadığı belirtilmektedir⁶⁶⁵. Bu nedenle, öncelikle sözleşmede kullanılacak FIDIC sözleşme şartlarının İngilizce metninin detaylı bir şekilde incelenmesi önerilmektedir⁶⁶⁶. Her şeye rağmen belirtmeliyiz ki, 10.04.1926 tarihli ve 805 sayılı İktisadî Müesseselerde Mecburî

⁶⁶⁰ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 759.

⁶⁶¹ Aydoğdu ve Kahveci, s. 760; Budak, s. 95.

⁶⁶² Budak, s. 96.

⁶⁶³ Acar, s. 85.

⁶⁶⁴ Acar, s. 83; Budak, s. 97.

⁶⁶⁵ Budak, s. 101.

⁶⁶⁶ Budak, s. 101.

Türkçe Kullanılması Hakkında Kanunun⁶⁶⁷ 1. maddesi uyarınca, sözleşme taraflarının her ikisinin de Türk olması durumunda sözleşme dilinin Türkçe olması mecburîdir. Bu durum sözleşme iki dilde hazırlansa bile, Türkçe metne üstünlük tanınacağı anlamına gelir. Sözleşme taraflarından birinin yabancı olduğu durumlarda ise 805 sayılı Kanundaki hüküm uygulanmayacaktır⁶⁶⁸.

B. Standart Kuralların Kazak Ve Rus Hukukunun Emredici Nitelikteki Kurallarına Uyarlanması

Yukarıda tespit edildiği üzere inşaat alanındaki standart kurallar Rus veya Kazak hukukunun emredici nitelikteki hükümleri ile çeliştiği takdirde, o kurallar uygulanmayacaktır⁶⁶⁹. Bu durumda ilgili devletin emredici nitelikteki kuralı uygulanır. Böyle bir sonuç ile karşılaşmamak için öğretide söz konusu kuralın ya sözleşme hükmünden kaldırılması gerektiği ya da değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷⁰.

Standart kuralların mahiyeti, Kazakistan'da ve Rusya'da kullanılan inşaat sözleşmelerinden farklıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, inşaat sözleşmeleri yalnızca inşaat işini değil, bununla birlikte onunla beraber yapılması gereken diğer işlerin yapılmasını veya hizmetin sunulmasını da gerektirebilir. Bu nedenle, “*inşaat sözleşmesi*” kavramının genel itibariyle şartlı olduğu belirtilmektedir⁶⁷¹. Standart sözleşme şartlarını, Kazakistan'ın uygulanmasında kullanılan inşaat sözleşmelerden ayıran husus, inşaat işi ile birlikte değerlendirilen diğer iş ve hizmetler bakımından, bu konuları düzenleyen farklı standart (tip) kurallarının mevcudiyetidir⁶⁷². Zira hem Kazakistan'da hem de Rusya'da kullanılan inşaat sözleşmelerinde genellikle, tarafların asıl hak ve borçları, tarafların sorumluluğu, mücbir sebepler, uyuşmazlık çözüm yöntemleri belirlenir. Buna karşılık projenin uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel riskler detaylı bir şekilde düzenlenmez. Bu bağlamda inşaat

⁶⁶⁷ RG, Tarih 22.04.1926 ve Sayı 353.

⁶⁶⁸ Budak, s. 101.

⁶⁶⁹ Евгений Смирнов, Типовые Формы Международных и Национальных Строительных Контрактов, и их Адаптация к Условиям России, **Конкурсные Торги**, № 5-6, 2002, стр. 44-45 (Evgeny B. Smirnov, Uluslararası Ve Ulusal İnşaat Sözleşmelerinin Standart Formları ve Onların Rusya Şartlarına Uyarlanması, **İhaleler**, Sayı: 5-6, 2002, ss. 44 – 45); Varvarenko, s. 87.

⁶⁷⁰ Smirnov, ss. 44 - 45; Varvarenko, s. 87.

⁶⁷¹ Yessimkhanov, s. 55.

⁶⁷² Bu konuya dair detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II.

projesinin uygulanması ile doğrudan ilgili olmayan konular, meselâ, sözleşmede kullanılan kavramların açıklaması, ihtarnameler, sözleşmenin bütünlüğü, sözleşmeye göre hak ve borçların devredilmesi, yenileme, onay ve teminatlar gibi konular sözleşmede detaylı bir şekilde düzenlenmez⁶⁷³.

Kazakistan ve Rusya’da kullanılan inşaat sözleşmelerinde yalnızca ana konuların düzenlenmesinin asıl nedeni olarak inşaat işlerinin uzun sürmeleri, iş sahibinin ise inşaatın hızlı başlatılması ve hızlı bir şekilde tamamlanmasını istemesi belirtilebilir. Bu bağlamda, yüklenici bir an önce işe başlayabilmesi ve inşaatı süresinde tamamlayabilmesi için sözleşme şartlarına fazla zaman ayrılmadan genel konuları düzenleyen daha basit inşaat sözleşmesi kurulur.

2007 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde başlayıp dünyaya yayılan finansal kriz, Kazakistan ve Rusya’nın inşaat alanında, milletlerarasında kabul edilen standart inşaat kurallarının uygulanmasına neden olmuştur. Bilindiği üzere, batı borsalarındaki likidite krizi sonucunda, Kazakistan ve Rusya bankaları daha önce alınan kredilerin yeniden finanse edilmesi ve inşaat alanının aktif olarak kullandığı yeni fonlar alma fırsatını kaybetmişlerdir⁶⁷⁴. Bu durum yeni inşaat projeleri için yatırım yapma ve finansal krizden önce başlatılan inşaat projelerinin tamamlanması için para yatırma imkânını ortadan kaldırmıştır⁶⁷⁵.

İnşaat sektöründeki düşüş, finansal krizden önceki dönemde mevcut olan “*zaman eksikliği*” gibi sorunu ortadan kaldırmıştır⁶⁷⁶. Bu durum hem Rusya’da hem de Kazakistan’da inşaat sözleşmelerinin daha detaylı bir şekilde hazırlanmasına ve uluslararası alanda kabul edilen FIDIC, JCT ve NEC gibi standart kuralların uygulanmasına neden olmuştur. Kazakistan ve Rusya’da inşaat alanında en çok kullanılan standart kural FIDIC sözleşme şartlarıdır. Bu bağlamda Kazakistan’da Nur – Sultan ve Almatı şehirlerindeki konut ve konut dışı komplekslerinin tasarımı/projelendirilmesi ve inşaatı Kırmızı Kitap olarak adlandırılan FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartlarına dayanılarak yapılmıştır. Batı Avrupa – Batı Çin otomobil

⁶⁷³ Yessimkhanov, s. 55.

⁶⁷⁴ Yessimkhanov, s. 55.

⁶⁷⁵ Yessimkhanov, s. 55.

⁶⁷⁶ Yessimkhanov, s. 63; Камал Канаткалиевич Сабиров, «Некоторые особенности и проблемы юридической адаптации форм строительных контрактов FIDIC в Республике Казахстан», **Вестник Института законодательства РК**, №4 (53), 2018, стр. 179 (Kamal K. Sabirov, “Kazakistan Cumhuriyetinde FIDIC İnşaat Sözleşme Formlarının Bazı Özellikleri Ve Hukukî Açıdan Uyumlaştırma Sorunları” **KC Mevzuat Enstitüsünün Bülteni**, Sayı: 4 (53), 2018, s. 179).

yolunun inşaatı projesinin gerçekleştirilmesinde ise Gümüş Kitap olarak adlandırılan FIDIC Anahtar Teslim/EPC Sözleşme şartları esas alınmıştır.

Günümüzde inşaat faaliyetini düzenleyen esas hukukî düzenlemelere, 16.07.2001 tarih ve 242 sayılı “Mimarî, Kentsel Planlama ve İnşaat Faaliyetleri” hakkında kanun, 9 Kasım 2004 tarih ve 603 sayılı Teknik Düzenleme hakkında kanun girer. Kazakistan’ın inşaat alanının dünya ekonomisine entegrasyonunu sağlamak amacıyla 17.11.2010 tarihli ve 1202 sayılı Hükümet Kararı ile “Bina ve Yapıların, İnşaat Malzemelerinin ve Ürünlerin Güvenliğine Dair Talepler” hakkında teknik düzenleme hazırlanmıştır. Söz konusu teknik düzenleme ile bina ve yapıların taşıyıcı yapılarının projelendirme/tasarlama yöntemini öngören Avrupa şartnamelerinin (*Eurocod’ların*) birebir aynısı olan teknik düzenleme sistemi hazırlanmış ve onaylanmıştır. Bunun dışında 31 Aralık 2013 tarihli ve 1509 sayılı “Kazakistan Cumhuriyetinin İnşaat Alanında Hukukî Düzenlemeler Temelinin Oluşturması Hakkında Konsept” hazırlanmıştır. Söz konusu konsept ile inşaat alanında Avrupa standartlarına kademeli geçiş kararı alınmıştır. Bu geçiş, Gümrük Birliğine üye Beyaz Rusya, Rusya ve Kazakistan’ın inşaat piyasasının uyumlaştırılması amacıyla Birlik kapsamında gerçekleşmektedir⁶⁷⁷.

Kazakistan hukukundaki uygulamaya bakıldığında FIDIC kurallarının, büyük inşaat projelerinin inşaatında ve yabancı şirketlerin katılımıyla yapılan inşaatlarda uygulandığını görebiliriz. Kazakistan Cumhuriyetinin inşaat alanındaki hukuk kurallarının reformu süreci tamamlandığında yani 2025 yılında inşaat alanının tamamen FIDIC kurallarının uygulanmasına geçeceği beklenmektedir⁶⁷⁸.

Standart kuralların, yukarıda belirtilen projelerin hayata geçirilmesi sırasında uygulanması, bu kuralların Kazakistan ve Rusya hukuk kurallarına uyarlanmasını gerektirir. Bu uyarlanma yapılmadığı takdirde standart kurallar beklenen olumlu etkiyi göstermeyebilirler⁶⁷⁹. Bu uyarlanmanın sağlıklı yapılabilmesi için standart kurallardaki hükümler ile Rus ve Kazak hukukundaki hükümler kıyaslanmalıdır. Bu bağlamda,

(1) Tamamlanan işin teslimi/kabulü. Rus hukukuna göre tamamlanan işin teslimi/kabulü iş sahibi tarafından organize edilir. Tamamlanan inşaat iş sahibi

⁶⁷⁷ Sabirov, s. 180.

⁶⁷⁸ Sabirov, s. 181.

⁶⁷⁹ Sabirov, s. 180; Yessimkhanov, s. 63.

tarafından bakılır, deney yapılır (test edilir) ve yapılan işleme dair taraflarca teslim/kabul tutanağı tutulur. Bu tutanağın imzalanması projenin sözleşme şartlarına uygun olarak işin yapıldığı ve inşaatın tamamlandığı anlamına gelir (RF MK md. 753, KC MK md. 630). Teslim/kabul tutanağının imzalanması ile kaza sonucu mülkiyet hakkının kaybı riski yükleniciden iş sahibine geçer. Ayrıca tutanağın imzalanması, nihaî iş bedelinin yükleniciye ödenmesine nedendir. Böylece, iş sahibi, yükleniciye inşaatı tamamlanan proje ile ilgili tüm ödemeleri yapmış olması gerekir. Bu aşamadan sonra, yüklenici yalnızca projenin işletilmesi sırasında ortaya çıkabilecek gizli ayıplardan dolayı sorumlu tutulur.

FIDIC kurallarında ise, tamamlanan inşaatın teslimi/kabulü, teslim alma belgesi (*taking over certificate*) ile gerçekleşir. Bu belge, yüklenici destekleyici belgeler ile birlikte mühendis veya iş sahibinin kabul edeceği formatta bir “İş Bitirme Raporu”nu iş sahibi veya mühendise sunduktan, inşaatı tamamlanan projenin olumlu kontrolü ve denetimi yapıldıktan sonra verilir (md. 10.1. Genel hükümler FIDIC, Kırmızı, Sarı ve Gümüş Kitap). Bu teslim alma⁶⁸⁰ belgesinin iş sahibine teslim edilmesi ile ayıplara ilişkin talepleri ileri sürme süresi hesaplanmaya başlar⁶⁸¹. Diğer bir ifadeyle, belirli zaman dili içinde yüklenicinin inşaatı tamamlaması ve tüm ayıpları gidermesi gerektiği süre hesaplanmaya başlayacaktır. Teslim alma belgesinin karşılığında iş sahibi yükleniciye ödemenin bir kısmını yapmalıdır. Yalnızca, ayıbın giderilmesi ile ilgili talebin ileri sürülmesi süresi geçtikten sonra, yüklenici edimlerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirdiği takdirde, mülkiyet hakkının kaybı riski yükleniciden iş sahibine geçer ve iş sahibinin yükleniciye nihaî iş bedelini ödeme borcu doğar. Bu durumda iş sahibi kesin kabul belgesini (*performance certificate*) düzenler⁶⁸².

(2) İnşaat süresinde tamamlanmadığında yüklenicinin sorumluluğu. Hem Rus hem Kazak hukukunda inşaat sözleşmesinin süresi, sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir (RF MK md. 708; KC MK md. 620). Rus hukukunda, Kazak hukukundan farklı olarak yüklenicinin (inşaatı başlama, tamamlama ve ara sürelerle) uymaması, işin teslim alınmaması nedenidir. Bu durum yalnızca, inşaat süresinde

⁶⁸⁰ Türk hukukunda “geçici kabul” olarak adlandırılmaktadır. Acar, s. 83; Budak, s. 97.

⁶⁸¹ Varvarenko, ss. 26- 27; Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 89 - 90; Klee ve Nikiforov, ss. 178 - 179; Novoselov, ss. 105 – 106.

⁶⁸² Varvarenko, ss. 26- 27; Hughes, Champion ve Murdoch, s. 89-90; Klee ve Nikiforov, ss. 178 - 179; Novoselov, ss. 105 – 106.

tamamlanmadığında, iş sahibinin o projenin teslim alınmasında menfaati kaybolduğu durumlarda geçerlidir. (RF MK md. 405/2, 708). Yüklenici inşaatı geciktirdiği hallerde iş sahibi yükleniciden uğrayan zararın tazmini talep edebilir. İnşaatın süresinde tamamlanmamasına, iş sahibinin karşılıklı edimlerini yerine getirmemesi neden olmuşsa, yukarıda belirtilen hükümler uygulanmaz.

FIDIC standart kurallarında ise, inşaatı tamamlama süresinin, sözleşmenin esaslı/önemli unsuru kabul edilebilmesi için bu durumun sözleşme şartlarında açıkça düzenlenmiş olması gerekir veya bu sonuç muamelenin niteliğinden ya da somut olayın özelliklerinden ortaya çıkmalıdır⁶⁸³. Bu bağlamda inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ilave süre talep etme hakkı öngörülmüşse, inşaatı tamamlama süresi sözleşmenin önemli unsuru niteliğini taşır⁶⁸⁴. Bu hak FIDIC Genel hükümler, Kırmızı Kitapta, Sarı ve Gümüş Kitapta md. 8.4.'de düzenlenmiştir. Yüklenici işin tamamı için ilave süre isteyebileceği gibi, sözleşmede işin bir bölümünün teslimi kararlaştırıldığı durumlarda işin bir bölümü için de ilave süre isteyebilir⁶⁸⁵.

Süre uzatımını gerektiren durumlar mevcut ise yüklenici md. 20.1.'de düzenlenen usûle uygun olarak hareket etmelidir. Söz konusu hükümde ihbar talebi şekil ve usûl olarak sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlara uyulmaması halinde yüklenicinin süre uzatımını veya uğrayan zararın tazminini talep etme imkânı ortadan kalkacaktır⁶⁸⁶.

Yüklenicinin süreyi uzatma talebine mühendisin cevap verme zorunluluğu mevcuttur. Mühendis bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, iş sahibi sözleşmeyi feshetme hakkını kaybeder ve inşaatın geciktirilmesi nedeniyle yükleniciden bundan dolayı uğradığı zararın (*liquidated damages*) tazminini talep edemez⁶⁸⁷. Buna karşılık, yüklenici süresinde, süre uzatımı talebinde bulunmazsa, gecikmeden dolayı sorumlu tutulur⁶⁸⁸.

(3) Para cezasının uygulanması. Rus ve Kazak hukukunda, para cezası edimlerin yerine getirilmesini güvence altına alma yöntemidir. Kanunda veya sözleşmede açıkça belirtildiği takdirde uygulanabilen sorumluluk türüdür (RF MK

⁶⁸³ Varvarenko, s. 28.

⁶⁸⁴ Varvarenko, s. 28.

⁶⁸⁵ Acar, s. 36.

⁶⁸⁶ Acar, s. 36.

⁶⁸⁷ Varvarenko, ss. 28 – 29; Novoselov, s. 106; Acar, ss. 38 – 39.

⁶⁸⁸ Varvarenko, s. 29; Hughes, Champion ve Murdoch, s. 90; Acar, ss. 38 - 39.

md. 330; KC MK md. 293). İlgilinin para cezasının ödenmesi talebi reddedilemez, mahkeme talep edilen ceza tutarının sözleşmenin ihlalinin sonuçlarına uygun olmadığına kanaatine varırsa yalnızca onun miktarını azaltabilir. Meselâ, sözleşmenin ihlali sonucunda, iş sahibi 10.000 TL tutarında zarara uğramışsa ve yükleniciden bu zararın tazmini ile birlikte, 50.000 TL tutarında para cezasının ödenmesini mahkemeden/hakemden talep ederse, mahkeme para cezasının miktarını azaltabilir.

FIDIC kurallarının hiçbirinde, para cezasına dair hüküm bulunmamaktadır. Zira *Anglo - Sakson hukukunda (common law)*, para cezası sözleşmeler hukukunda uygulanması mümkün olmayan “*penalty*” (para cezası) cezalandırma aracı olarak nitelendirilir⁶⁸⁹. Kazak ve Rus hukukundaki para cezasının FIDIC kurallarındaki karşılığı ihlalden doğan zararlar (*liquidated damages*).

Rus ve Kazak hukukundaki inşaat sözleşmelerine dair kurallar ile FIDIC kurallarının karşılaştırılması, bazı konularda farklılıkların mevcut olduğunu ortaya koymuştur⁶⁹⁰. Bunun başlıca nedeni olarak, FIDIC kurallarının kaynağını *Anglo – Sakson hukuku (common law)* oluşturduğu, Rus ve Kazak hukukunun kaynağını ise *Kıta – Avrupası* hukuk sistemi oluşturduğu belirtilebilir.

Konuyla ilgili önem arz eden bir diğer husus, standart kurallarda düzenlenen, mühendisin/müşavirin (*engineer*) ve sözleşme yöneticisinin (*contract administrator*)⁶⁹¹ inşaat projelerindeki rolüdür. FIDIC md. 1.1.2.4 gereği, “*iş sahibi tarafından sözleşme amaçları için mühendis olarak faaliyette bulunmak üzere atanan ve sözleşme ekinde ismi belirtilen kişi ya da iş sahibi tarafından zaman zaman atanan ve yükleniciye md. 3.4. gereği bildirilen diğer kişidir*”⁶⁹².

Öğretide, Mühendisin/sözleşme yöneticisinin 3 görevinden bahsedilir⁶⁹³. Bunlar, (1) idarî görev; (2) bilgilendirme görevi; (3) kontrol etme ve denetleme görevidir. Mühendisin yukarıda belirtilen görevleri incelendiğinde, onun inşaat projesinde bağımsız, üçüncü kişi olduğu ortaya çıkmaktadır⁶⁹⁴. Bu bağlamda, mühendisin/sözleşme yöneticisinin asıl görevi, sözleşme taraflarından birinin hak ve

⁶⁸⁹ Varvarenko, ss. 28 – 29; Novoselov, s. 106; Hughes, Champion ve Murdoch, s. 90.

⁶⁹⁰ Novoselov, s. 104.

⁶⁹¹ Standart kurallarda sözleşme yönetici görevini mimarın veya hesap uzmanının üstleneceği belirtilmiştir Uygulama da bu yöndedir. Hughes, Champion ve Murdoch, s. 462.

⁶⁹² Acar, s. 12; Varvarenko, s. 42.

⁶⁹³ Varvarenko, s. 42; Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 451- 461.

⁶⁹⁴ Acar, s. 16; Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 85, 461 - 462; Varvarenko, s. 42.

menfaatlerinin sağlanması değil, sözleşmenin amaca ulaşmasının sağlanmasıdır, yani inşaat yatırım projesinin başarıyla tamamlanmasıdır⁶⁹⁵. Bu amaca ulaşabilmek için mühendis hem hukukî hem yöneticilik anlamda geniş yetkiye sahiptir⁶⁹⁶. Bununla birlikte mühendisin/sözleşme yöneticisinin yetkileri incelendiğinde, onun tam anlamda bağımsız olduğundan söz edilemez. Zira, ona verilen bazı yöneticilik görevleri onun iş sahibinin temsilcisi gibi hareket etmesini gerektirir. Belirtmek gerekirse, mühendis/sözleşme yöneticisi, Infrastructure Conditions of Contract 11 md. 40; FIDIC Kırmızı Kitap md. 8.8. uyarınca yükleniciye inşaatın tamamını veya bir kısmını durdurma talimatını verebilirken, JCT SBC 11 kapsamında ise inşaatı tamamlama süresini erteleme talimatını verebilir. Mühendis/sözleşme yöneticisi idarî görevleri yerine getirirken, iş sahibi adına özenle ve profesyonelce davranmalıdır. Sözleşme yöneticisi bu görevini ihmal ederse, iş sahibine karşı sorumlu tutulur. Örneğin, *West Faulkner Associates v. Newham LBC*⁶⁹⁷ dâvasında yüklenici inşaatı süresinde tamamlama ve edimlerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirme borcunu ciddî bir şekilde ihlal etmiştir. İstinaf mahkemesi, sözleşme yöneticisinin, yükleniciye sözleşmenin feshine dair ihtarnameyi göndermesi gerektiğini, bunu yapmadığından dolayı, iş sahibinin uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁹⁸. Bunların dışında mühendisin/sözleşme yöneticisinin iş sahibine bilgi verme ve tavsiyede bulunma, yükleniciye talimat verme, yükleniciyi bilgilendirme ve sözleşme, proje dokümantasyonunu teslim etme, inşaat işini denetleme gibi borçları da mevcuttur. Mühendis/sözleşme yöneticisi bu edimleri yerine getirirken iş sahibinin temsilcisi olarak hareket eder. Buna karşılık, mühendis/sözleşme yöneticisi, yükleniciye ödemenin yapılmasına dair sertifikalar⁶⁹⁹ hazırladığında bağımsız kişi olarak davranır. Burada asıl incelenmesi gereken konu, mühendisin/sözleşme yöneticisinin iş sahibine ve yükleniciye karşı sorumluluğudur. Bu sorunun cevabı bize, mühendisin/sözleşme yöneticisinin gerçek anlamda bağımsız üçüncü kişi olup

⁶⁹⁵ Varvarenko, ss. 45 - 46.

⁶⁹⁶ Varvarenko, ss. 45 - 46; Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 451- 461.

⁶⁹⁷ *West Faulkner Associates v. Newham LBC*, (1994), 71 BLR 1, Hughes, Champion ve Murdoch, s. 448.

⁶⁹⁸ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 451.

⁶⁹⁹ Standart kurallara göre mühendis/sözleşme yöneticisi, şu sertifikaları, geçici sertifika (*Interim Certificate*), kesin sertifika (*Final Certificate*), belirli eylemleri kaydeden sertifika (*Certificates Recording An Event*), inşaatın tamamlanmadığına dair sertifika (*Non-Completion Certificate*), inşaatın fiilen tamamlandığına dair sertifika (*Practical Completion Certificate*), ayıpların giderildiğine dair sertifikayı (*Certificate of Making Good*) hazırlama yetkisine sahiptir. Detaylı bilgi için bkz. Hughes, Champion ve Murdoch, ss. 463 - 464.

olmadığını gösterir. Mühendis/sözleşme yöneticisi tamamlanan inşaatın kalitesi veya yükleniciye ödenecek tutar hakkında karar verirken, iş sahibi ile yüklenici arasında hakem olsaydı nasıl bir karar verirdi düşüncesiyle davranmalıdır. Buna dayanılarak, mühendisin/sözleşme yöneticisinin hâkimlerde/hakemlerde olduğu gibi, taleplere/dâvalara karşı dokunulmazlık bulunması gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır. Buna istinaden 1901 yılında, İstinaf Mahkemesi sözleşme yöneticisinin ağır ihmal nedeniyle iş sahibine karşı sorumlu tutulamayacağını düzenlemiştir⁷⁰⁰. Fakat, *Sutcliffe v. Rhackrach*⁷⁰¹ dâvasında bu yaklaşım Lordlar Kamarası tarafından reddedilmiştir. Söz konusu dâvaya konu olan olayda, mimar, birkaç sertifika ile inşaatın maliyet bedelini yüksek göstermiştir ve bu sertifikalara istinaden iş sahibi yükleniciye ödeme yapmıştır. Fakat inşaat tamamlanmadan yüklenici tasfiye aşamasına girdiğinden, iş sahibi fazla ödenen parayı iade edememiştir. Lordlar Kamarası mimarın yarı-yargısal (*quasi-judicial*) sıfatında faaliyette bulunmadığını, bu nedenle taleplere karşı dokunulmazlığından söz edilemeyeceğini belirterek, iş sahibinin kaybettiği paraların, mimardan tahsil edilmesine karar vermiştir⁷⁰². Böyle bir durumda, sözleşme yöneticisinin, sertifika ile inşaatın hacmini azaltması durumunda, yükleniciye karşı sorumlu olup olmayacağı konusu da gündeme gelmiştir. Lordlar Kamarası üyesi Lord Solomon, *Sutcliffe v. Rhackrach* dâvasında sözleşme yöneticisinin, tamamlanan inşaatın hacmini az göstermesi durumunda, sözleşme yöneticisi özenle ve ihtiyatlı davranma borcunu ihlal ettiğinden, yüklenicinin uğradığı zararı haksız fiil kapsamında ödemesi gerektiğini görüşünü ileri sürmüştür. Fakat, istinaf mahkemesi *Pacific Associates Inc. V. Baxter*⁷⁰³ dâvasında sözleşme yöneticisine özenle ve ihtiyatlı davranma borcunun yüklenmesinin âdil olmayacağını ve gerekçesinin bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme kendi görüşünü şu şekilde açıklamıştır: “*somut olayın özellikleri dikkate alındığında mühendisin gönüllü olarak yükleniciye karşı sorumluluğu üstlendiği veya yükleniciler faaliyette bulunurken ona güvendikleri söylenemez. Eğer mühendisin ek edim borcunu üstleneceği kararlaştırılmışsa, inşaat sözleşme şartları müzakere edilirken bu durum ek sözleşmede (zeyilnamede) belirtilmeli idi*”. Böyle bir sözleşme

⁷⁰⁰ Chambers v. Goltore, (1901), 1 KB 624, Detaylı bilgi için bkz. Hughes, Champion ve Murdoch, s. 472.

⁷⁰¹ Sutcliffe v. Rhackrach&Edmondson, (1971) 18 BLR 149. Hughes, Champion ve Murdoch, s. 472.

⁷⁰² Hughes, Champion ve Murdoch, s. 472.

⁷⁰³ Pacific Associates Inc. V. Baxter, (1989), 2 All ER 159. Hughes, Champion ve Murdoch, s. 473.

eki (zeyilname) bulunmadığından, mahkeme yüklenicilerin ihale sırasında sözleşme şartlarını anladıklarını dikkate alarak sözleşmeden doğan ilişkilerde, haksız fiillere dair hükümlere ek edim borcunu yükleme imkânını tanımamıştır⁷⁰⁴.

Yukarıda incelediğimiz kararlar, mühendisin/sözleşme yöneticisinin inşaat sözleşmesinin amacına ulaşması için iş sahibi ile kurulan sözleşme şartlarına göre hem iş sahibinin temsilcisi hem bağımsız üçüncü kişi gibi davranması gerektiğini ortaya koymaktadır. Burada önemli olan husus, mühendisin/sözleşme yöneticisinin projenin gerçekleştirilmesinde etkin rol oynamasıdır. Bu bağlamda projenin amacına uygun olarak kaliteli ve süresinde tamamlanması için iş sahibine yardımcı olması, tamamlanan inşaatın hacminin ve yükleniciye ödenecek bedelin belirlenmesinde ise bağımsız hakem gibi hareket etmesi gerektiğidir.

Milletlerarası inşaat projelerinin Kazakistan’da, Rusya’da standart kurallar uygulanmak suretiyle ifası sırasında, mühendisin/sözleşme yöneticinin görevlerinin uygulamada taraflarca, mühendis/sözleşme yönetici görevini üstlenen kişilerce halen iyi bir şekilde anlaşılmadığı mahkeme/hakem kararlarından görülmektedir. Moskova Tahkim mahkemesinde bakılan bir dâvada, “*Transstroy*” Mühendisli Şirketi KAŞ, RF Bölge Geliştirme Bakanlığına karşı inşaat sözleşmesinin süresinin uzatımı talebiyle başvurmuştur. Tarafların imzaladıkları inşaat sözleşmesi FIDIC standart kurallarını esas alarak hazırlanmıştır. Sözleşme şartlarına ve Rusya Medenî Kanunu gereği iş sahibi mühendis olarak “*Генинжконсалтинг*” (“*Geninjkonsalting*”) KAŞ mühendislik şirketinin atamıştır. İlk derece mahkemesi, davacının süre uzatımı ile ilgili talebini, yüklenicinin süre uzatımını talep etme hakkının bulunmadığına dayanarak reddetmiştir. İstinaf mahkemesi, yüklenicinin talebini kabul ederek, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. Kararın kaldırılmasına neden olan durumlardan biri, davacının (yüklenicinin) inşaat sözleşmenin süresinin uzatılması için nedeni tespit ettikten sonra konu hakkında mühendisi “*Генинжконсалтинг*” (“*Geninjkonsalting*”) KAŞ’e bilgilendirmiş olmasıdır. Bu bağlamda mühendis sözleşmenin md. 3.5. gereği konuya ilişkin karar vermesi gerekirken, sözleşme hükümlerini ihlal ederek süre uzatımına dair kararı vermemiştir. Mühendis yalnızca, yüklenicinin süre uzatımı talebine istinaden inşaat sözleşmesinin süresinin uzatılması talebiyle iş sahibine başvuracağını bildirmiştir. Mahkeme mühendisin ve iş sahibinin

⁷⁰⁴ Hughes, Champion ve Murdoch, s. 474.

eylemine sözleşme şartlarına ve RF MK md. 718, 719 aykırı tanıyarak, dâvanın kabulüne karar vermiştir⁷⁰⁵. Bu örnek, bize mühendisin görevlerinin Kazak ve Rus mühendislik şirketlerince halen iyi bir şekilde anlaşılmadığını göstermektedir.

Yukarıda görüldüğü üzere, standart kuralların Kazak ve Rus hukukuna uyarlanmadan uygulanması uygulamada bazı sorunların, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durum, standart kuralların olumlu etkisini zayıflatır. Bu tür sorunlar ile karşılaşmamak amacıyla, *Sabirov*, öncelikle FIDIC kurallarının tek resmî Rusça diline çevrilen tercümesinin bulunması gerektiğini ve bu çevrinin FIDIC'in Rusça konuşan üyelerinin katıldığı konferansta onaylanması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰⁶. FIDIC kurallarının resmî Rusça tercümesinin bulunması, ayrıca sözleşmenin yasa dışı yollarla edinilen fotokopilerinin yayılması ve “*serbest*” çeviri sorunlarını ortadan kaldırmış olacaktır.

⁷⁰⁵ Dokuzuncu İstinaf Tahkim Mahkemesinin 09АП – 15826/2009 – ГК sayılı ve 11.09.2009 tarihli, А40 – 4363/09-104 –30 dâva dosyası ile ilgili verilen karar. Varvarenko, ss. 46 - 47.

⁷⁰⁶ Sabirov, s. 181.

SONUÇ

İnşaat alanı, her devletin, özellikle gelişmekte olan devletlerin ekonomisinin güçlenmesinde büyük önem taşır. Bunun başlıca nedenleri, inşaatın uluslararası finans kuruluşları ve/veya yatırımcılar ile bağlantılı olması, projenin hazırlanması, inşaatın yapılması, inşaat malzemelerinin temini işlerinden oluşması, inşaatı tamamlanan projenin ise iş sahibine gelir elde etme imkânı sunması, bazı durumlarda ise inşaatı tamamlanan projenin devletin veya belirli bir kentin sembolü haline dönüşmesi ile ilgili olmasıdır. Yani, bir projenin inşaatı düşünüldüğünde, özellikle büyük projelerde hem devlete paranın çekilmesi hem de işgücünün ve inşaat malzemelerinin temin edilmesi ihtiyacı duyulur. Bu durum, işçilerin iş ile istihdam edilmesi, diğer sektörlerin de gelişmesini sağlar. İnşaatı tamamlanan proje açısından baktığımızda ise, devletin uluslararası alanda ekonomik açıdan güçlü olduğunu gösterebilecek projelerin meydana gelmesi, bu bağlamda ülkeye turistlerin çekilmesi, projenin işletilmesi sırasında iş sahibinin gelir veya kâr elde etmesi söz konusu olur.

Türkiye, Kazakistan ve Rusya gelişmekte olan devletler listesinde yer almaktadırlar. Bu durum, adı geçen devletlerin ekonomilerini güçlendirmek amacıyla inşaat sektörünü desteklemelerinden, ülkeye yabancı yatırımların çekilmesi için yatırımcılara uygun koşullar sağlamaya çalıştıklarından görülmektedir. Yatırımcılara uygun koşulların sağlanması amacıyla zikredilen devletlerin tümünde Uluslararası Finans Merkezleri kurulmuştur. Bu bağlamda, Kazakistan'da 7 Aralık 2015 tarihinde Astana Uluslararası Finans Merkezi Hakkında Anayasal Kanun kabul edilirken, Rusya'da 19 Mayıs 2009 tarihli ve 445-III sayılı Moskova Şehrinin Ulusal Ve Uluslararası Finansal Hizmetler Merkezi Olarak Geliştirilmesi Konsepti hakkında Hükümet Kararı alınmıştır. Türkiye'de ise İstanbul Uluslararası Finans Merkezi ile ilgili 11 Kasım 2016 tarihli ve 2016/24 sayılı Başbakanlık Genelgesi çıkarılmıştır.

Gelişmekte olan devletlerin ekonomilerinin güçlenmesinde önemli etkenlerden biri hukukî ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarıdır. Bu bağlamda, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine ilişkin hüküm içeren kurallar önem taşır. Tarafımızca, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin karşılaştırmalı inceleme yapılırken bu husus da göz önünde bulundurulmuştur.

Türkiye, Kazakistan ve Rusya hukuklarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kanun hükümlerinin karşılaştırılması, aşağıdaki hususları ortaya çıkarmıştır.

1. Çalışmamızda incelenen devletlerden her birinin kanunlarında sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin taraflara geniş anlamda⁷⁰⁷ hukuk seçimi yapma imkânı sunulmuştur. Hukuk seçiminin açıkça yapılabileceği düzenlenmekle birlikte, zımnî hukuk seçimi de geçerli kabul edilmektedir. Hukuk seçiminin zımnî olarak yapıldığının kabulünde Kazakistan hukukunda daha dar bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu bağlamda, Türk hukukunda, “*Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerli*” iken, Rus hukukunda “*hukuk seçimine dair sözleşme, ... veya sözleşme şartlarından ya da durumun bütününden net bir şekilde anlaşılmalıdır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bunlara karşılık Kazakistan hukukunda ise, “*tarafların hukuk seçimine dair sözleşmeleri, ... veya bütünüyle değerlendirilen sözleşmenin şartlarından ve durumun özelliklerinden net bir şekilde anlaşılmalıdır*” şeklinde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla Kazakistan hukuku, hukuk seçiminin zımnî olarak yapıldığının tespiti için seçilen hukukun hem “*bütünüyle değerlendirilen sözleşmenin şartlarından*” hem de “*durumun özelliklerinden net bir şekilde anlaşılması*” gerektiği şartını aramaktadır.
2. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif esaslara göre tespit edileceği belirtilmiştir. Fakat belirtilmelidir ki, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği her devlette farklı şekilde kaleme alınmıştır. Türkiye hukuku, en sıkı ilişkili hukuk ilkesini esas alırken, Rusya hukuku, karakteristik edim kriteri ile birlikte en sıkı ilişkili hukuk ilkesini düzenlemektedir. Kazakistan hukuku ise, en sıkı ilişkili hukukun yalnızca, taraflardan hangisinin ediminin karakteristik edim olduğunun tespit edilemediği durumlarda uygulanacağı esasına dayanmaktadır. Belirtmek gerekirse, Türk hukukunda, en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim

⁷⁰⁷ Kanun koyucu, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilecek hukuk ile hukuki ilişki arasında herhangi bağ aramamaktadır.

borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku olduğu kabul edilmiştir. Rus hukukunda, öncelikle karakteristik edim borçlusunun ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukunun uygulanacağı; fakat kanunun kapsamından, sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden sözleşmenin başka bir devletin hukuku ile sıkı ilişkili olduğu ortaya çıkarsa, sıkı ilişkili devletin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Kazak hukukunda ise üreticinin devletin hukukunun uygulanacağına dair “*lex venditoris*” bağlama kuralına dayalı, karakteristik edim borçlusunun kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetini yürüttüğü yer hukuku esas alınmıştır. “*En sıkı ilişkili hukuk*” ise ancak sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan, uygulanması gereken şart tespit edilemediği takdirde uygulanacaktır.

3. Bunun yanı sıra, Kazakistan ve Rusya hukuklarında, Türk hukukundan farklı olarak yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tespitinde özel bağlama kuralı getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda Kazak ve Rus hukukunda yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine inşaat sözleşmesi ile öngörülen sonuçlarının ortaya çıktığı devletin hukukunun uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu durum, Kazak hukukunda yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde en sıkı ilişkili hukukun uygulanmayacağını ortaya koymaktadır. Buna karşılık Rus hukukunda ise, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken, sözleşme ile öngörülen sonuçların ortaya çıktığı devlete nazaran sözleşmenin başka bir devletin hukuku ile sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, sözleşme ile sıkı ilişkili olan devletin hukuku uygulanacaktır.
4. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması kuralı yalnızca Türk hukukunda kabul edilmiştir. Ne Kazakistan hukukunda ne de Rusya hukukunda daha sıkı ilişkili hukuka ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Türkiye, Kazakistan ve Rusya hukuklarındaki bu tür farklı düzenlemeler bizim konuya dair şu sonuca varmamıza neden olmuştur. Yabancı unsurlu inşaat

sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin hüküm konulurken, öncelikle o devletin coğrafi, siyasî, kültürel özellikleri dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira farklı devletlerin hukuklarındaki hükümler bazen birebir olsa bile, hukuk kurallarını uygulayacak mahkemelerce/tahkim mahkemelerince devletin coğrafi, siyasî, kültürel özelliklerine bağlı olarak farklı yorumlanabilir ve uygulanabilir. Dolayısıyla, kanunda düzenlenen hükümler, ondan beklenen sonucu vermeyebilir. Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif esaslara göre tespitinde Rus hukukunda düzenlenen kural daha isabetli görülmektedir. Zira, Türk hukukunda esas alınan MÖHUK md. 24’de düzenlenen sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit etme yöntemi, daha önce Rus hukukunda düzenlenmekte idi. Öğretide hükmün mahkemelerce/tahkim mahkemelerince nasıl uygulanması gerektiği detaylı bir şekilde incelense dahi, kuralın karmaşık yapısı özellikle Rus devlet mahkemelerinde ve bazı tahkim mahkemelerinde farklı şekilde uygulanmasına neden olmuştur⁷⁰⁸. Şöyle ki, hükmün uygulanması sırasında en sıkı ilişkili hukuk ilkesinin esas alınması ve karakteristik edim borçlusunun ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukunun aksi ispatlanabilen karine şeklinde uygulanması gerekirken, mahkemeler/tahkim mahkemeleri bu yöntemin somut olayda nasıl uygulanması gerektiği konusunda zorluklarla karşılaştıklarından, en sıkı ilişkili devletin hukukunu araştırmadan karakteristik edim borçlusunun ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukunu uygulamışlardır⁷⁰⁹. Dolayısıyla, her ne kadar kanunda en sıkı ilişki hukuk ilkesi esas alınmış olsa dahi, mahkemeler/tahkim mahkemeleri bu ilkeyi somut olayda uygulamamışlardı. Rus hukukundaki yeni hem genel nitelikteki hem de özel nitelikteki yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin hüküm milletlerarası özel hukuk adaletine ve tarafların menfaatine uygun sonuç verebilecek düzenleme getirmiştir. Ayrıca, bu hükmün mahkemeler/tahkim mahkemeleri tarafından nasıl uygulanması gerektiği açıkça yazılarak basitleştirilmiştir.

Yukarıda tespit edildiği üzere, Kazakistan hukukunda, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde en sıkı ilişkili hukuk ilkesi, “*karakteristik edim*” kuralı ile kıyaslandığında ikincil niteliktedir. Bu durum yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitinde yalnızca sözleşme ile öngörülen

⁷⁰⁸ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, s. 136.

⁷⁰⁹ Kanashevsky, Milletlerarası Muameleler, ss. 136 - 137.

sonuçların meydana geldiği devletin hukukunun uygulanacağı sonucunu doğurmaktadır. İnşaat sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran husus, bu tür sözleşmelerinin karma nitelikli olması, ifasının uzun zaman gerektirmesi, sözleşmenin sonuçlarının farklı devletlerde meydana gelebileceğidir. Şöyle ki, inşaatı farklı devletlerde yapılacak tünel, yol yapımı, köprü inşaatı gibi projelere sözleşmenin sonuçlarının meydana geldiği devletin hukuku uygulandığında, aynı proje kapsamında yürütülen inşaat sözleşmelerine farklı devletlerin hukukunun uygulanması söz konusu olur. Bu durum, tarafları ve konusu aynı olan inşaat sözleşmelerinde farklı kararların verilmesine neden olabilir. Bu tür çelişkilerin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, Rus Medenî Kanunu'ndaki kuralların Kazak hukukunda da benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, “*karakteristik edim*” kriteri ile birlikte sözleşmeye uygulanabilecek “*en sıkı ilişkili hukuk*” tespit edildiğinde bu hukukun uygulanması gerektiğine ilişkin kural Kazakistan mahkemelerince/tahkim mahkemelerince yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde uygulanırsa hem tarafların menfaatine hem de milletlerarası özel hukuk adaletine uygun karar verilmiş olacaktır. Türk hukukunda ise, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde “*ifa yeri*”nin esas alınması gerektiğine dair görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda, yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde “*ifa yeri*”ni esas alan özel bağlama kuralının getirilmesi önerilebilir. Rus hukukundaki düzenlemenin Türk hukukunda benimsenip benimsenmeyeceği hususunun değerlendirmeye değer bir konu olduğu düşüncesindeyiz.

Yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde uluslararası ve meslekî kuruluşlar tarafından hazırlanan standart sözleşme şartlarının devlet ve tahkim mahkemelerince uygulanıp uygulanmayacağı, söz konusu kuralların hukukî niteliğine bağlıdır. Bu bağlamda, FIDIC, NEC, JCT gibi standart kuralların *lex mercatoria* olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz. Zira, *Lando*'nun haklı olarak belirttiği üzere, *lex mercatoria* bağımsız bir hukuk düzeni olmamakla birlikte, milletlerarası ticarete özgü hukuk kurallarının bütünüdür. Ayrıca belirtilmelidir ki, standart kuralların tümünü ticarî örf âdetler olarak nitelendirmek doğru olmaz. Bu konuda standart kuralların belirli bir devlette uygulanmasının yaygın olup olmadığına, yerleşik davranış kuralı vasfını kazanıp kazanmadığına bakılarak, bazı

standart sözleşme şartlarının “*ticarî iş âdetler*” olarak nitelendirmek daha doğru sonuç verebilir. Bu durum, bazı standart kuralların uyuşmazlığın esasına yalnızca taraflarca atıf yapıldığı takdirde uygulanabileceği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, taraflar örf âdet ve teamül olarak nitelendirilmeyen standart sözleşme şartlarına atıf yapmadıklarında mahkeme/tahkim mahkemesi bu kuralları uyuşmazlığın esasına doğrudan doğruya uygulayamaz. Diğer taraftan Türk öğretisinde tahkim mahkemelerinin standart sözleşme şartlarını doğrudan doğruya sözleşmenin esasına uygulayabilecekleri kabul edilmektedir. Bu durum ya sözleşmenin esasına uygulanacak millî hukukun tespitinin zor olduğu halde, ya da tarafların seçtikleri standart sözleşme şartlarında boşlukların bulunmadığı halde ortaya çıkabilir. Rus uygulamasında, bütün standart sözleşme şartları tahkim mahkemelerince ticarî örf âdet ve teamül olarak nitelendirildiğinden, uyuşmazlığın esasına doğrudan doğruya uygulanmaktadır.

Uyuşmazlığın nerede bakıldığına bağlı olarak standart kuralların uygulama alanı sınırlanabilir. Bu bağlamda, uyuşmazlıklar devlet mahkemesinde çözüldüğünde, standart kuralların uygulama alanı sözleşmenin esasına uygulanacak devletin hukukunun emredici nitelikteki kuralları ile sınırlanır. Uyuşmazlık tahkim mahkemesinde çözüldüğünde hakemler tahkim yargılama usûlüne Türk hukukunu uyguladıklarında, uyuşmazlık tarafların seçtikleri veya atıf yaptıkları hukuk kurallarına (standart sözleşme şartlarına) göre çözülecektir. Buna karşılık taraflar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kuralını (standart sözleşme şartlarını) seçmediklerinde, uyuşmazlığa sözleşme ile en sıkı ilişkili olan maddî hukuk kuralları uygulanacaktır. Tahkim mahkemesi tahkim yargılama usûlüne Kazak veya Rus hukukunu uyguladığında, standart kurallara atıf yapılmışsa veya bu kurallar uygulanacak hukuk kuralları olarak seçilmişse söz konusu kurallar uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık taraflarca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kuralı seçilmediğinde, uyuşmazlığın niteliğine göre hakemlerin uygun gördükleri devletin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre tespit edilen millî hukuk uygulanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakemlerin uygun gördükleri devletin millî hukukunun veya maddî hukuk kurallarının, yalnızca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk kuralı taraflarca seçilmediği takdirde uygulanacağıdır. Belirtilmelidir ki, tarafların seçtikleri standart sözleşme şartlarının uygulama alanı

tarafkların seçtikleri veya tahkim mahkemesince tespit edilen millî hukukun emredici nitelikteki kuralları ile sınırlıdır.



KAYNAKÇA

Абилова, Майра Н. **Определение Применимого Права: Вопросы Теории и Практики**, (Диссертация на соискание ученой степени доктор философии PhD), КАЗГЮУ им. Нарикбаева, Астана, 2015 (Abilova, Mayra N. **Uygulanacak Hukukun Tespiti: Kuram Ve Uygulama Sorunları**, (Yayınlanmamış doktora tezi), M. Narikbayev KAZGUU Üniversitesi, Astana, 2015).

Acar, Hakan. **FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Kırmızı Kitap (1999)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1996.

Akıncı, Ziya. **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, DEÜHF Yayınları, Ankara, 1992.

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Akıntürk Turgut ve Ateş Karaman Derya. **Borçlar Hukuku**, Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

Altuğ, Gülsün Gökçe. **Sözleşme İdaresinde Hak Talepleri Ve KİK Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki Hak Talebi Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2007.

Antalya, Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Aybay Rona ve Dardağan Esra. **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008.

Aydoğdu Murat ve Kahveci Nalan. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Balkar Bozkurt, Süheylâ. **“Kanunlar İhtilafı Kuralları Tehdit Altında mı?”**, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, (ed. Doğan Vahit, Alper Çağrı Yılmaz, Lale Ayhan İzmirli), 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Бардина, Марина П. “Определение Права, Применимого К Существованию Спора Международным Коммерческим Арбитражем”, **Государство и Право**, 2010, №9, стр. 81-90 (Bardina, Marina P. “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, **Devlet ve Hukuk Dergisi**, Sayı: 9, 2010, ss. 81 - 90).

Bayata Canyaş, Fatma Aslı, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012-02.

Белоглазев, Александр Й. **Европейское Международное Частное Право - Договорные Связи и Обязательства**, Том 1, Киев, Таксон, 2010 (Beloglavek, Aleksandr İ. **Avrupa Milletlerarası Özel Hukuku: Sözleşme ilişkisi ve borçları**, T. 1, Takson, Kiev, 2010).

Бендевский, Траян. **Международное Частное Право**, пер. Клейн С.Ю. Статут, Москва, 2005 (Bendevsky, Trayan. **Milletlerarası Özel Hukuk**, çev. Klein, S.Y., Statut, Moskova, 2005).

Богулавский Марк М., Лисицын - Светланов Андрей Г. и Трунк Александр. **Современное Международное Частное Право В России И Евросоюзе**, Норма, Москва, 2013, (Boguslavsky Mark M., Lisitsin-Svetlanov Andrey G. ve Trunk Aleksandr. **Rusya ve Avrupa Birliğinde Çağdaş Milletlerarası Özel Hukuk**, Norma, Moskova, 2013).

Богуславский, МаркМ. **Международное Частное Право**, 7-ое издание, Норма Инфра – М, Москва, 2018 (Boguslavsky, Mark M. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Baskı, Norma İNFRA - M, Moskova, 2018).

Bridgewater Martin and Hemsley Andrew. “NEC 3: A Change for the Better or Missed Opportunity”, **International Construction Law Review**, Cilt: 23, Sayı:1, 2006, ss. 39 - 58.

Budak, S. Asli. “**Türk Eser Sözleşmesi Işığında FIDIC Sözleşmeleri**”, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, (Ed. Atamer M. Yeşim, Süzel Ece Baş, Geisinger Elliott), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Can Hacı ve Toker Ali Gümrah. **Milletlerarası Özel Hukuk**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Çalışkan, Yusuf. **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Çelik, Çiğdem Bilgen. **Türkiye ve İngiltere İnşaat Sektörlerinde Kullanılan Sözleşmelerin Yapılarının KIK Ve JCT Dokümanları Çerçevesinde İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Çelikel Aysel ve Erdem Bahadır. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Çınar, Kazım. **Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Demirkol, Berk. **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Дмитриева, Галина К. **Международное Частное Право**, четвертое издание, Проспект, Москва, 2017 (Dmitriyeva, Galina K. **Milletlerarası Özel Hukuk**, dördüncü baskı, Prospekt, Moskova, 2017.

Doğan, Vahit. “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 15, Sayı: 1-2, 1995, ss. 21 – 42.

Doğan, Vahit. **Banka Teminat Mektupları**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Doğan, Vahit. **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

Doğan, Vahit. **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Duman, İlker Hasan. **Açıklamalı – İçtihatlı İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Durgut, Ramazan. “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması», **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 2005, ss. 105 – 128.

Ekşi, Nuray. “**FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar**”, (Ed. Atamer M. Yeşim, Süzel Ece Baş, Geisinger Elliott), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 59 – 88.

Ekşi, Nuray. “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 1992, ss. 1-10

Elçin, Doğa. **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Erdem, Ercüment. “**Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Âdetin Önemi**”, Uluslararası Ticarî Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, (Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, ss. 37 – 73.

Erdem, Ercüment. **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Erdoğan, Feyiz. **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Erkan, Mustafa. “MÖHUK md. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 2, 2011, ss. 81 – 121.

Гасанов К.К., Шмаков В.Н., Стерлигов А.В., Ивашин, Д.И. **Международное Частное Право Курс Лекций**, Юнити Дана, Москва, 2014 (Gasanov K.K., Shmakov V.N., Sterligov A.V. ve İvashin D.I., **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Uniti- Dana, Moskova, 2014).

Güngör, Gülin. **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Hughes Will, Champion Rohan ve Murdoch John. **Construction Contracts Law and Management**, çev. Belova Mariya T., Statut, Moskova, 2019.

Inal, Emrehan. **Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Испаева, Гульнар Б. «Особенности Коллизионного Регулирования Договорных Обязательств По Законодательству Российской Федерации И Республики Казахстан», **Журнал Российского Права**, №9, 2006, стр. 122 – 134 (İspaeva, Gulnar B. “Rusya Federasyonu’nun ve Kazakistan Cumhuriyetinin Hukuk Kuralları Gereği Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinin Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre İdare Edilmesinin Özellikleri”, **Rusya Hukuku Dergisi**, Sayı: 9, 2006, ss. 122 – 134).

Испаева, Гульнар Б. **Договор в Международном Частном Право: Коллизионные Проблемы**, автореферат диссертации на сосикание учебной степени доктор юридических наук, Астана, 2010 (İspayeva, Gulnar B. **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmeler: Kanunlar İhtilafı Sorunu**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) yayınlanan Doktora Tez Özeti, M. Narıkbayev KAZGUU Üniversitesi, Astana, 2010).

Кабатова, Елена В. **“Новый Этап Развития Российского Международного Частного Права”**, Российский Ежегодник Международного Права, Том 2003, Санкт Петербург, 2003, стр. 122- 131 (Kabatova, Elena V. “Rus Milletlerarası Özel Hukukunun Yeni Gelişme Aşaması”, **Rus Uluslararası Hukuk Yıllık Bülteni**, Cilt: 2003, Sankt Petersburg, 2003, ss. 122- 131).

Канашевский, Владимир А. **«Договоры Международного Подряда в Коммерческой Практике»**, Журнал Российское Право, № 7, 2010, стр. 85 – 91 (Kanashevsky, Vladimir A. “Ticarî Uygulamada Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri”, **Rusya Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, 2010, ss. 85- 91).

Канашевский, Владимир А. **Международные Сделки: Правовое Регулирование**, Второе издание, Международные отношения, Москва, 2019 (Kanashevsky, Vladimir A. **Milletlerarası Muameleler: Hukukî Düzenleme**, 2-ci Baskı, Uluslararası ilişkiler, Moskova, 2019).

Канашевский, Владимир А. **Международное Частное Право**, Международные отношения, Москва, 2006 (Kanashevsky, Vladimir A. **Milletlerarası Özel Hukuk**, Uluslararası ilişkiler, Moskova, 2006).

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**, Cilt: 22, Sayı: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt: II, ss. 1483 – 1529.

Казбекова, А.А. «Правовое Регулирование Договора Международного Строительного Подряда», **Вестник КазНУ**. Сер. Юридическая, №1(41), стр. 106-109 (Kazbekova, A.A. “Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinin Hukukî Düzenlenmesi”, **Kazak Millî Üniversitesi Bülteni**, Hukuk serisi, Cilt: 1, Sayı: 41, ss. 106 -109).

Kegel, Gerhard. “**Die Bankgeschäfte im deutschen internationalen Privatrecht**” in: **Gedachnisschrift für Rudolf Schmidt**, Berlin, 1966.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası (İlave Bası), Turhan kitabevi, Ankara 2012.

Клэе Лукаш и Никифоров Илья. **Контракты На Строительство По Правилам FIDIC, (Применение и Толкование)**, Статут, Москва, 2016 (Klee Lukash ve Nikiforov İlya. **FIDIC Kurallarına Göre İnşaat Sözleşmeleri (Uygulama ve Açıklama)**, Statut, Moskova, 2016).

Комаров, Александр С. **Принципы Международных Коммерческих Договоров УНИДРУА 2010**, пер. с англ., Статут, Москва, 2013 (Komarov, Aleksandr S. **Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri 2010**, Statut, Moskova, 2013).

Koral, Rabi. “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme (Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 3, Sayı: 3-4, 1964, ss. 745 – 783.

Köksal, Tunay. “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması Ve Uygulanması Süreci”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 2013 (109), 2013, ss. 409 - 450.

Köksal, Tunay. “Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları”, **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 2010-1, Sayı: 20, ss. 85 – 109.

Köksal, Tunay. **Model Sözleşme Örnekleri İle Uluslararası İnşaat Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Köseoğlu, Özdemir. **Uluslararası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, 2015.

Курбанов Рашад А. и Лалетина Алла С. **Международное Частное Право**, Проспект, Москва, 2016 (Kurbanov Rashad ve Laletina Alla. **Milletlerarası Özel Hukuk**, Prospekt, Moskova, 2016).

Lalive Pierre, Poudret Jean-François ve Reymond Claude. Le Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot S.A., Lausanne 1989 aktaran Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1996.

Lando, Ole. “**The Law Applicable to the Merits of the Dispute**”, Sacevic (ed.) Essays on International Commercial Arbitration, Boston, London 1991, https://www.trans-lex.org/114900/_/lando-ole-the-law-applicable-to-the-merits-of-the-dispute-in:-sarcevic-essays-on-international-commercial-arbitration-boston-london-1991-at-129-et-seq/, (20.12.2019) (Merits of the Dispute).

Lando, Ole. **“The Principles of European Contract Law and The Lex Mercatoria”**, Private Law in the International Arena: from national conflict rules towards harmonization and unification: Liber amicorum Kurt Siehr, (Ed.: Jürgen Basedow, Kurt Siehr, T.M.C. Asser Instituut), T.M.C. Asser Press; Cambridge, MA, ABD, Lahey, Hollanda, 2000 (Principles).

Лапшина, А.С. «К вопросу о праве применимом международным коммерческим арбитражем», **Сибирский Юридический Вестник**, №1 (52), 2011, стр. 142 – 147 (Lapshina, A.S. “Milletlerarası Tahkim Mahkemesinde Uygulanacak Hukuk Meselesine İlişkin”, **Sibirya Hukuk Bülteni**, Sayı: 1 (52), 2011, ss. 142 – 147).

Latham, Michael. **Constructing the Team: Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in the UK Construction Industry**, HMSO (Her Majesty's Stationery Office), 1994.

Лунц, Лазарь А. **Курс Международного Частного Права**, Спарк, Москва, 2002 (Lunts, Lazar A. **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Spark, Moskova, 2002).

Маковский Александр Л. и Суханов Евгений А. **Постатейный Комментарий к Части Третьей ГК РФ**, Юрист, Москва, 2002 (Makovsky Aleksandr L. ve Sukhanov Evgeny A. **Rusya Federasyonu Medenî Kanununun Maddelerinin Üçüncü Bölümün Açıklaması**, Yurist, Moskova, 2002).

Марышева Наталья и Ярошенко Клавдия. **Постатейный Комментарий к ГК РФ, Части Третьей**, (автор комментария Комаров А.С. (Marisheva Natalya I. ve Yaroshenko Klavdiya, B. **Rusya Federasyonu Medenî Kanununun Maddelerinin Üçüncü Bölümün Açıklaması**, INFRA yayınevi, Moskova, 2009, (maddeyi açıklayan Komarov A.S.).

Mayer P. und Heuzé V. **Droit international privé**, 7th ed., Paris (Montchrestien) 2001, sayı 547'dan aktaran Толстых, Владислав Д. **Международное Частное Право: Коллизионное Регулирование**, Издательство Асланова «Юридический Центр Пресс», Санкт Петербург, 2004 (Tolstikh, Vladislav L. **Milletlerarası Özel Hukuk: Kanunlar İhtilafı**, Aslanov Basım Evi “Yuridichesky Center Press”, St. Petersburg, 2004).

Molinet, Charles. **Moving Toward a Lex Mercatoria – A Lex Constructionis**, 14 J.Int'l Arb., Sayı 1, 1997, https://www.trans-lex.org/126700/_/a-lex-constructionis-14-j-int-l-arb-1997-no-1-at-55-et-seq/, (20.12.2019).

Mosey, David. **PPC 2000 amended - ACA Standart Form of Contract for Project Partnering**, Association of Consultant Architects (ACA), 2013.

Мосс, Кордеро Джудитта. **Автономия Воли в Практике Международного Коммерческого Арбитража**, Изд-во ИГиП РАН, Москва, 1996 (Moss, Djuditte Kardero. **Uluslararası Ticarî Tahkim Mahkemesinin Uygulamasında İrade Muhtariyeti**, Rusya Bilim Akademisinin Devlet ve Hukuk Enstitüsü Yayınları, Moskova, 1996).

Nomer, Ergin. **Devletler Hususî Hukuku**, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

Новоселов, Михаил А. “Применение Lex Constructionis в России Для Регулирования Договора Международного Строительного Подряда”, **Бизнес в законе**, №4'2014, 2014, стр. 104 – 107 (Novoselov, Mikhail A. “Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinin Düzenlenmesi Amacıyla Rusya'da Lex Constructionis'in Uygulanması”, **Hukukta Ticaret Dergisi**, Sayı 4'2014, 2014, ss. 104- 107).

Nygh, Peter. **Autonomy in International Contracts**, Clarendon Press, Oxford, 1999.

Nygh, Peter. “The Reasonable Expectation of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort”, **Recueil des cours Recueil des Cours**, Cilt: 251, 1995, ss. 269- 400.

Oğuzman Kemal ve Öz Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 14 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Özdemir Kocasakal, Hatice. “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK md. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 30, Sayı: 1-2, 2010, ss. 27 – 88.

Özdemir Kocasakal, Hatice. **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray, İstanbul, 2001.

Özel, Sibel. “**Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk**”, II. Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, (Ed. Ulusoy E., Yıldırım A.), 14 Şubat 2009, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa, İstanbul, 2009, ss. 371 – 378.

Özel, Sibel. “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, ss. 577 – 618.

Özel, Sibel. **Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği**, Beta Yayınları, İstanbul, 1991.

Öztürk, Neva Övünç. **ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2006.

Öztürk, Pinar. **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

Pauknerova Monika, **Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law**, ERA Froum, 2010, s. 33 aktaran Erkan, Mustafa. “MÖHUK md. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı: 2, 2011, ss. 81 – 121.

Пономаренко Багдан и Андреева Наталья. перев. Закона о международном частном праве Украины, **Журнал Международного Частного Права**, № 1 (51), стр. 41 – 67 (Ponomarenko Bagdan ve Andreeva Natalya. Ukrayna Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun çeviri, **Milletlerarası Özel Hukuk Dergisi**, Sayı: 1 (51), 2006, ss. 41 – 67).

Roberts, J. “**International Sale of Goods**”, (Ed. DerrickWilde and RafiqulM. Islam) International Transaction Trade and Investment, Law and Finance, Law book Co., Sydney, 1993 aktaran Канашевский, Владимир А. **Международные Сделки: Правовое Регулирование**, Второе издание, Международные отношения, Москва, 2019 (Kanashevsky, Vladimir A. **Milletlerarası Muameleler: Hukukî Düzenleme**, 2-ci Baskı, Uluslararası ilişkiler, Moskova, 2019).

Розенберг, Михаил. **Практика Международного Коммерческого Арбитражного Суда при ТПП РФ за 2005 год**, Статут, Москва, 2006) (Rozenberg, Mikhail G. **Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin 2005 yılı Kararları**, Statut, Moskova, 2006).

Розенберг, Михаил. **Практика Международного Коммерческого Арбитражного Суда при ТПП РФ за 2006 год**, Статут, Москва, 2008 (Rozenberg, Mikhail G. **Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayî Odasına bağlı Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin 2006 yılı Kararları**, Statut, Moskova, 2008).

Розенберг, Михаил. **Международный Договор и Иностранное Право в Практике Международного Коммерческого Арбитражного Суда**, Статут, Москва, 1998 (Rozenberg, Mikhail G. **Milletlerarası Ticarî Tahkim Mahkemesinin Uygulamasında Milletlerarası Sözleşme ve Yabancı Hukuk**, Statut, Moskova, 1998).

Сабиров, Камал Канаткалиевич. «Некоторые Особенности и Проблемы Юридической Адаптации Форм Строительных Контрактов FIDIC в Республике Казахстан», **Вестник Института законодательства РК**, №4 (53) 2018, стр. 177 – 183 (Sabirov, Kamal K. “Kazakistan Cumhuriyetinde FIDIC İnşaat Sözleşme Formlarının Bazı Özellikleri ve Hukukî Açidan Uyumlaştırma Sorunları” **KC Mevzuat Enstitüsünün Bülteni**, Sayı: 4 (53) 2018, ss. 177 - 183).

Садиков, Олег Н. “Императивные Нормы в Международном Частном Праве”, **Московский журнал международного права**, № 2, 1992, стр. 71 – 84 (Sadikov, Oleg N. “Milletlerarası Özel Hukukta Emredici Hükümler”, **Moskova Milletlerarası Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, 1992, ss. 71 -84).

Sakmar, Ata. “Le Nouveau Droit International Privé Turc”, **RCADI**, Cilt: 223 (1990 - IV), ss. 303 – 416.

Sargın, Fügen. “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 2, 2001, ss. 37- 94.

Смирнов, Евгений. Типовые Формы Международных и Национальных Строительных Контрактов, и Их Адаптация к Условиям России, **Конкурсные Торги**, № 5-6, 2002, стр. 42-45 (Smirnov, Evgeny B. Uluslararası ve Ulusal İnşaat Sözleşmelerinin Standart Formları ve Onların Rusya Şartlarına Uyarlanması, **İhaleler**, Sayı: 5-6, 2002, ss. 42 - 45).

Сулейменов, Майдан Кунтуарович. «Правовое регулирование внешнеэкономических сделок в Казахстане», **Університетські наукові записки**, 2007, №2(22), стр. 69 -79 (Suleymenov, Maydan K. “Kazakistan’da Dış Ekonomiye Yönelik Muamelelere Dair Hukukî Düzenleme”, **Üniversite Bilimsel Notları**, Sayı: 2 (22), 2007, ss. 69-79).

Сулейменов Майдан и Басин Юрий. **Гражданское Право**, Том 3, НИИ Частного права КазГЮУ, Алматы, 2004 (Suleymenov Maydan K. ve Basın Yury G. **Medenî Hukuk**, Cilt 3, KAZGUU Özel Hukuk Bilimsel Araştırma Enstitüsü, Almatı, 2004).

Сулейменов, Майдан Кунтуарович. **Комментарий к Гражданскому Кодексу Особенная часть**, Жеты Жаргы, Алматы, 2003 (Suleymenov, Maydan K. **Medenî Kanun Açıklaması Özel Hükümler**, Zhetı Zhargı, Almatı, 2003).

Şanlı Cemal, Esen Emre, Ataman – Fıganmeşe İnci. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

Şanlı, Cemal. **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.

Şanlı, Cemal. **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Tarman, Zeynep Derya. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdî Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **BATİDER**, Cilt: XXVI, Sayı: 1, 2010, ss. 143-171.

Tekinalp Gülören ve Tekinalp Ünal. **Joint Venture**, Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1989, ss. 143 - 176.

Tekinalp Gülören ve Uyanık Cavuşoğlu Ayfer. **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Tıryakioğlu, Bilgin. “Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 1994, ss. 121- 136.

Tıryakioğlu, Bilgin. **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1996.

Толстых, Владислав. **Международное Частное Право: Коллизионное Регулирование**, Издательство Асланова «Юридический Центр Пресс», Санкт Петербург, 2004 (Tolstikh, Vladislav L. **Milletlerarası Özel Hukuk: Kanunlar İhtilafı**, Aslanov Basım Evi “Yuridichesky Center Press”, St. Petersburg, 2004).

Töre, Nazlı. **FIDIC Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara, 2010.

Uluocak, Nihal. **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

Варваренко, Виктор. **Типовые Договоры и Соглашения Международной Федерации Инженеров – Консультантов (FIDIC): Перспективы Применения в России**, сборник научных статей, издательство Супер, Санкт-Петербург, 2017 (Varvarenko, Viktor. **Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonunun (FIDIC) Standart Sözleşmeleri ve Şartları: Rusya’da Uygulama Perspektifleri**, Bilimsel makaleler derlemesi, Super Yayınevi, Sankt-Petersburg, 2017).

Yaşar, Tuğçe Nimet. “International Chambers of Commerce (ICC) Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 55, Mart ayı, 2011, ss. 15 - 23.

Yavuz, Nihat. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Yayla, Hilal. **İnşaat Sözleşmelerinde Değişiklik Talimatı Uygulanmasının FIDIC, AIA ve KIK Sözleşme Formları Kapsamında İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul 2009.

Yeniocak, Umut. “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 2013 (107), 2013, ss. 75 -96.

Yeniocak, Umut. **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2013.

Ершов, Олег. “Коллизионно – Правовое Регулирование Отношений Строительного Подряда”, **Международное Публичное и Частное Право**, №5 (50), 2009, стр. 12 – 14 (Yershov, Oleg G. “İnşaat Sözleşmesi İlişkilerinin Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Düzenlenmesi”, **Milletlerarası Kamu ve Özel Hukuk Dergisi**, Sayı: 5 (50), 2009, ss. 12-14).

Ешниязов, Нуржан. «Некоторые Замечания к Формулировке Принципа Наиболее Тесной Связи в Гражданском Кодексе Республики Казахстан», Materialy XII Mezinarodni vedecko – prakticka Konference “Aktualni vedecke vymoznosti -2016”, Publishing House “Educational and Science” s.r.o., Praha, 2016, p. 66 – 77 (Yeshniyazov, Nurzhan. “**Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanununda En Sıkı İlişkili Hukuk İlkesinin Kaleme Alındığına Dair Bazı Notlar**”, XII Uluslararası Hukuk ve Uygulama Konferansının Belgeleri, Publishing House “Educational and Science” s.r.o., Praga, 2016, ss. 66-77).

Есимханов, Ержан. «Применение Международных Форм Строительных Контрактов в Республике Казахстан», **Юрист**, 2009, №5, стр. 55 – 65 (Yessimkhanov, Erzhan. “İnşaat Sözleşmelerinin Milletlerarası Modellerinin Kazakistan Cumhuriyetinde Uygulanması”, **Yurist**, Sayı 5, 2009, ss. 55-65).

Захарова, Виктория. «Понятие Иностранного Элемента в Российской Федерации и Республике Казахстан», **International Journal of Humanities and Natural Sciences**, № 4-3, стр. 222-226 (Zakharova, Viktoria G. “Rusya Federasyonu’nda ve Kazakistan Cumhuriyetinde Yabancı Unsur Kavramının Tanımı”, **International Journal of Humanities and Natural Sciences**, Sayı: 4 – 3, ss. 222- 226).

Зыкин, Иван С. **Договор Во Внешнеэкономической Деятельности**, Международные отношения, Москва, 1990 (Zıkin, İvan S. **Dış Ekonomi Faaliyetlerine Dair Sözleşmeler**, Uluslararası İlişkiler, Moskova, 1990).

Wiegand, Ch. **The applicable Substantive Law in the Case of International Constraction Contracts. The Application to Constructions in Private International Law**, ICLR 149, 1989, s. 87 aktaran Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, DEÜHF Yayınları, İzmir, 1996.



EKLER

Ek 1: 1 Temmuz 1999 tarihli ve 409 sayılı Kazakistan Cumhuriyeti Medenî Kanunu Özel Hükümler (24.04.2019 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler)

Madde 1091. Emredici Kuralların Uygulanması

1. Hukuk kurallarının kendisinde belirtilmesi nedeniyle veya hukukî ilişkilerin katılımcılarının haklarının ve kanun ile korunan menfaatlerinin sağlanması için, onların özel öneme sahip olması nedeniyle uygulanacak hukuka bakılmaksızın, Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarının ilgili ilişkileri düzenleyen emredici kurallarının uygulanması bu bölümdeki kuralları etkilemez.

2. Herhangi bir devletin hukuku uygulanırken, bu bölümdeki kural gereği, eğer o devletin hukukuna göre uygulanacak hukuka bakılmaksızın, bu kurallar ilgili hukukî ilişkileri düzenlemesi gerekiyorsa, mahkeme, hukukî ilişki ile bağlantılı olan başka bir devletin hukukundaki emredici kuralları dikkate alabilir. Bu durumda mahkeme, bu tür kuralların amacını ve niteliğini ve bu tür kuralların uygulanmasının sonuçlarını dikkate almalıdır.

Madde 1112. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Anlaşılabilir Seçilmesi

1. Kazakistan Cumhuriyeti kanunî düzenlemeleriyle aksi öngörülmedikçe, sözleşme tarafların seçtikleri devletin hukukuna göre idare edilir.

2. Tarafların hukuk seçimine dair anlaşmaları açık olmalıdır veya bütünüyle değerlendirilen sözleşmenin şartlarından ve durumun özelliklerinden net bir şekilde anlaşılmalıdır.

3. Taraflar uygulanacak hukuku sözleşmenin tamamına seçebilecekleri gibi onun farklı kısımları için de seçebilirler.

4. Uygulanacak hukuka dair seçim, taraflarca her zaman, sözleşme akdedilirken yapılabileceği gibi sonradan da yapılabilir. Taraflar ayrıca sözleşmeye uygulanacak hukukun değiştirilmesine konusunda da her zaman anlaşabilirler.

**Madde 1113. Taraflar Hukuk Seçimine Dair Sözleşmeyi Akdetmedikleri
Takdirde Uygulanacak Hukuk**

1. Taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka dair sözleşmeyi akdetmedikleri takdirde, bu sözleşmeye,

- (1) Satış sözleşmesinde – satıcının;
- (2) Bağış sözleşmesinde – bağışlayanın;
- (3) Kira sözleşmesinde- kiraya verenin;
- (4) Kullanım ödöncü sözleşmesinde – ödöncü verenin;
- (5) Eser sözleşmesinde- yüklenicinin, eseri meydana getirenin;
- (6) Taşıma sözleşmesinde – taşıyıcının;
- (7) Sevkiyat (nakliye) sözleşmesinde- sevkiyat (nakliye) acentesinin;
- (8) Kredi veya herhangi bir borç sözleşmesinde – alacaklının;
- (9) Vekâlet sözleşmesinde – vekilin;
- (10) Komisyon sözleşmesinde- komisyoncunun;
- (11) Saklama sözleşmesinde – saklayanın;
- (12) Sigorta sözleşmesinde – sigortacının;
- (13) Kefalet sözleşmesinde- kefilin;
- (14) Rehin sözleşmesinde – ipotek ettiren borçlunun;
- (15) Münhasır hakların kullanımına dair lisans sözleşmesinde – lisans verenin kurulduğı, ikametgâhının bulunduğı ⁷¹⁰ veya esas faaliyetinin yürütöldüğü devletin hukuku uygulanır.

2. Konusu taşınmaz olan sözleşmelere, ayrıca malvarlıkların güvene dayalı yönetilmesi sözleşmelerinde kişilerin hak ve borçlarına malların bulunduğı devletin hukuku uygulanır, malvarlıkları Kazakistan Cumhuriyetinin Resmî Siciline kaydedilmiş ise – Kazakistan Cumhuriyeti hukuku uygulanır.

3. Sözleşmeye uygulanacak hukuka dair taraflarca sözleşme yapılmamışsa, işbu maddenin birinci fıkrasına bakılmaksızın:

- (1) Adî ortaklık sözleşmelerine ve inşaat sözleşmelerine- bu tür faaliyetin yürütöldüğü devletin hukuku veya sözleşmede belirtilen sonuçların ortaya çıktığı devletin hukuku uygulanır.

⁷¹⁰ Burada gerçek kişinin “ikametgâhından” bahsedilmektedir.

(2) İhale (açık artırma) sonucunda veya borsada akdedilen sözleşmelere ise – ihalenin gerçekleştiği veya borsanın bulunduğu devletin hukuku uygulanır.

4. İşbu maddenin 1-3 fıkralarında belirtilmeyen, sözleşmelere, sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında sözleşme yapılmadığı takdirde, bu tür sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan şartı uygulayan tarafın kurulduğu, ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetini yürüttüğü yer hukuku uygulanır. Sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan, yerine getirilmesi/uygulanması gereken şart tespit edilemediği takdirde, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan devletin hukuku uygulanır.

5. Aksi taraflarca kararlaştırılmadığından, sözleşmeye göre işin teslim alınmasına/kabulüne, bu teslim almanın/kabulün gerçekleştiği devletin hukuku dikkate alınır.

6. Sözleşmede, uluslararası alanda kabul edilen kavramlar kullanılmışsa, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, tarafların aralarındaki ilişkiye ilgili ticarî kavramlara ilişkin var olan örf âdet kurallarının uygulanacağını taraflarca kararlaştırıldığı kabul edilir.

Ek 2: 26 Ocak 1996 tarihli ve 14-Φ3 sayılı Rusya Federasyonu Medenî Kanunu Özel Hükümler (18.03.2019 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler)

Madde 1192. Doğrudan Uygulanan Kurallar

1. Bu bölümdeki kurallar Rusya Federasyonu mevzuatındaki emredici hükümlerin kendisinde belirtilmesi veya hukukî ilişkilerin taraflarının hak ve menfaatlerinin korunması amacını güden kurallar dâhil özel önemi nedeniyle uygulanacak hukuka bakılmaksızın ilgili hukukî ilişkileri düzenleyen emredici nitelikteki hükümleri etkilemez (doğrudan uygulanan kurallar).

2. Herhangi bir devletin hukuku uygulanırken, bu bölümdeki kurala göre, eğer o devletin hukukuna göre bu kurallar doğrudan uygulanan kural niteliğinde ise mahkeme, hukukî ilişki ile bağlantılı olan başka bir devletin hukukundaki emredici kuralları dikkate alabilir. Bu durumda mahkeme, bu tür kuralların amacını ve niteliğini ve bu tür kuralların uygulanmasının veya uygulanmamasının sonuçlarını dikkate almalıdır.

Madde 1210. Sözleşme Taraflarınca Hukuk Seçimi

1. Taraflar sözleşmeyi akdederken veya sonradan aralarında anlaşarak sözleşme gereği hak ve borçlarına uygulanacak hukuku seçebilirler.

2. Uygulanacak hukuka dair seçim açık olmalıdır veya sözleşme şartlarından ya da durumun bütününden net bir şekilde anlaşılmalıdır.

3. Sözleşme akdedildikten sonra yapılan hukuk seçimi, geriye dönük etkilidir ve üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmeyecek şekilde ve sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren sözleşmenin şekli geçerliliğine dair talep bakımından geçerli sayılır.

4. Uygulanacak hukuk taraflarca sözleşmenin tamamına seçilebileceği gibi belirli bir kısım için de seçilebilir.

5. Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken hukukî ilişkinin bütün unsurları (vakıaları) sadece bir devlet ilke sıkı ilişkili ise, tarafların farklı devletin hukukunu seçmeleri, hukukî ilişkinin bütün unsurlarının (vakıalarının) sıkı ilişkili olduğu devletin emredici kurallarına etki edemez.

6. Kanunda veya ilişkinin niteliğinden farklı bir sonuç ortaya çıkmıyorsa, işbu maddenin 1, 3 ve 5 fıkralarındaki hükümler, kanunen imkân verildiği takdirde, sözleşmeden kaynaklanmayan ilişkilerde tarafların anlaşarak seçtikleri hukuka uygulanır.

Madde 1211. Taraflar Sözleşmeye Uygulanacak Hukuku Seçmedikleri Takdirde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

1. Aksi işbu Kanunla veya diğer Kanunlarla öngörülmedikçe, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmedikleri takdirde, o sözleşmeye, sözleşmenin akdedildiği anda sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü yerine getiren tarafın ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürütüldüğü devletin hukuku uygulanır.
2. Sözleşmenin içeriği bakımından önem taşıyan (belirleyici) yükümlülüğü/borcu yerine getiren taraf olarak:
 1. Satış sözleşmesinde – satıcı;
 2. Bağış sözleşmesinde – bağışlayan;
 3. Kira sözleşmesinde- kiraya veren;
 4. Kullanım ödücü sözleşmesinde – ödünç veren;
 5. Eser sözleşmesinde- yüklenici, eseri meydana getiren;
 6. Taşıma sözleşmesinde – taşıyıcı;
 7. Sevkiyat (nakliye) sözleşmesi- sevkiyat (nakliye) acentesi;
 8. Kredi veya herhangi bir borç sözleşmesinde – alacaklı;
 9. Faktoring sözleşmesinde – faktoring şirketi;
 10. Mevduat hesabı ve bankacılık hizmet sözleşmesinde -banka;
 11. Saklama sözleşmesinde – saklayan;
 12. Sigorta sözleşmesinde – sigortacı;
 13. Vekalet sözleşmesinde – vekil;
 14. Komisyon sözleşmesinde – komisyoncu;
 15. Acentelik sözleşmesinde – acente;
 16. Hizmet sözleşmesinde – hizmet sunan;
 17. Kefalet sözleşmesinde- kefil;

18. Rehin sözleşmesinde – ipotek ettiren borçlu kabul edilir.
3. İnşaat sözleşmesinde, proje ve keşif sözleşmelerinde ise, ilgili sözleşme ile öngörülen sonuçların meydana geldiği devletin hukuku uygulanır.
4. Basit ortaklık sözleşmesine⁷¹¹, bu ortaklığın faaliyetini yürüttüğü devletin hukuku uygulanır.
5. Açık arttırma, ihale sonucunda akdedilen sözleşmelerde veya borsada akdedilen sözleşmelerde açık arttırmanın veya ihalenin yapıldığı ya da borsanın bulunduğu devletin hukuku uygulanır.
6. Ticarî imtiyaz sözleşmesiyle⁷¹² ilgili olarak, telif hak sahibine (hak kullanıcısına) verilen münhasır hakların kullanmasına izin verilen devletin hukuku, bu kullanıma birden fazla devletin topraklarında izin veriliyorsa, hak sahibinin (hak kullanıcısının) aynı zamanda ikamet ettiği devletin veya asıl faaliyetini yürüttüğü devletin hukuku uygulanır.
7. Fikrî faaliyet sonucunda ortaya çıkan münhasır hakların veya kişiselleştirme araçlarının devredilmesine dair sözleşmede⁷¹³ telif hakkını devralacak kişiye devredilecek hakkın geçerli olduğu devletin hukuku uygulanır, eğer o hak birkaç devlette aynı zamanda geçerli ise telif hak sahibinin ikametgâhının veya esas faaliyetinin yürüttüğü yer hukuku uygulanacaktır.
8. Lisans sözleşmesinde, lisans alanın fikrî faaliyet sonucunu veya kişiselleştirme araçlarını kullanma hakkı verilen devletin hukuku uygulanır, bu tür kullanıma aynı zamanda birkaç devlette imkân verilmekte ise, lisans sahibinin ikametgâhının bulunduğu veya esas faaliyetinin yürüttüğü devletin hukuku uygulanır.
9. Kanunun kapsamından, sözleşmenin şartlarından veya niteliğinden sözleşmenin başka bir devletin hukuku ile sıkı ilişkili olduğu ortaya çıkarsa, işbu maddenin 1-8 alt bentlerinde belirtilen devletin hukuku ile kıyaslandığında, o ilişki ile sıkı ilişki içinde bulunan devletin hukuku uygulanacaktır.

⁷¹¹ Basit ortaklık sözleşmesinde iki veya birkaç kişi (ortak) kâr elde etmek veya kanuna aykırı olmayan diğer amaçlara ulaşmak için sermayelerinin birleştirip tüzel kişi kurmadan birlikte faaliyette bulunma borcuna girer. RF MK md. 1041.

⁷¹² Türk hukukundaki karşılığı Münhasır Lisans Sözleşmesi veya hak devir sözleşmesidir.

⁷¹³ Münhasır hakların devredilmesi sözleşmesi. RF MK md. 1234.

10. Farklı sözleşmelerin unsurlarını bir arada bulunduran sözleşmelere, kanundan, sözleşme şartlarından veya içeriğinden ya da durumun bütün şartlarından uygulanacak hukukun bu sözleşmenin her unsuru için uygulanacak hukukun ayrı bir şekilde belirlenmesi gerektiği ortaya çıkmıyorsa, sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde sözleşme ile sıkı ilişkide bulunan devletin hukuku uygulanır.
11. Sözleşmede uluslararası kabul edilen kavramlar kullanılmışsa, aksi sözleşmede belirtilmemişse, tarafların aralarındaki ilişkiye, ilgili ticarî kavramlara dair örf – âdet kurallarını kabul ettikleri varsayılır.



Ek 3: 8 Nisan 2016 tarihli ve 488 – V No’lu Kazakistan Cumhuriyeti’nin Tahkim Hakkında Kanunu (21.01.2019 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler)

Madde 44. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Kurallar

1. Tahkim mahkemesi, tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak seçtikleri hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözer. Herhangi bir devletin hukukuna veya hukuk sistemine yapılan atıf, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına değil, doğrudan maddî hukuk kurallarına yapılan atıf olarak yorumlanmalıdır.

Kazakistan Cumhuriyeti gerçek ve (veya) tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar çözülrken, Kazakistan Cumhuriyeti mevzuatı uygulanır.

2. Uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir sözleşme bulunmadığı takdirde, tahkim mahkemesi uygulanacak hukuku bu durum için uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit eder.

3. Belirli bir ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralları bulunmadığı takdirde, tahkim mahkemesi o ilişkiye uygulanacak ticarî örf âdet kurallarına göre karar verir.

4. Uyuşmazlığa konu olan ilişki mevzuatta veya taraflarca açıkça düzenlenmemişse ve o ilişkiye uygulanacak örf âdet ve teamül bulunmuyorsa, bu tür ilişkilerde, onların özü ile çelişmediğinden, benzer hukukî ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları uygulanır ve bu kuralların yokluğunda, uyuşmazlık medenî hukukun genel esaslarına ve anlamına göre çözülr.

Ek 4: 29.12.2015 tarihli ve 382 – Φ3 sayılı Rusya Federasyonu’nda Tahkim (Tahkim Yargılaması) Hakkında Federal Kanun (27.12.2018 tarihinde yapılan değişiklikler ve ilaveler dâhildir) (ilgili hükümler)

Madde 31. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Kurallar

1. Rusya hukuk kuralları veya Rusya hukuku uyarınca taraflara kendi ilişkilerine uygulanacak hukuk olarak yabancı hukuku seçebilme imkânı verildiğinde, tahkim mahkemesi tarafların seçtikleri hukuk kurallarına, böyle bir seçim yapılmadığı takdirde, tahkim mahkemesinin onun uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen maddî hukuk kuralları gereği uyuşmazlığı çözer.

Herhangi bir devletin hukukuna veya hukuk düzenine yapılan atıf o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına değil, maddî hukukuna yapılan atıf olarak yorumlanmalıdır.

2. Tahkim mahkemesi, sözleşme şartlarına ve uygulanacak örf âdet ve teamüle göre karar verir.

