



T.C.

ALTINBAŞ ÜNİVERSİTESİ

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı / Uluslararası Ticaret Hukuku
Programı

**ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN
DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ TAHKİM
YOLUYLA ÇÖZÜMÜ**

Büşra NURENGİN

Yüksek Lisans Tezi

Danışman

Doç. Dr. İlyas GÖLCÜKLÜ

İstanbul, 2024

**ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ**

Büşra NURENGİN

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

ALTINBAŞ ÜNİVERSİTESİ

2024

Büşra NURENGİN tarafından hazırlanmış ve 10/10/2024 tarihinde sunulmuş “ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ” başlıklı tez Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak **oy birliği** ile kabul edilmiştir.

Doç. Dr. İlyas GÖLCÜKLÜ

Danışman

Tez Savunma Sınavı Jüri Üyeleri:

Doç. Dr. İlyas GÖLCÜKLÜ

Özel Hukuk Bölümü,
Altınbaş Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM

Özel Hukuk Bölümü,
Altınbaş Üniversitesi

Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN

Özel Hukuk Bölümü,
Eskişehir Osmangazi
Üniversitesi

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak bütün şartları sağladığını beyan ederim.

Bu tezdeki tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik davranışlara uygun olarak edinildiğini ve sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca, bu kuralların ve davranışların gerektirdiği şekilde, bu çalışmada, orijinal olmayan tüm materyalleri ve sonuçları tamamen alıntı yaptığımı ve referans gösterdiğimi de beyan ederim.

Büşra NURENGİN

İmzası



ÖNSÖZ

Bu tezimle ilgili olarak değerli görüş ve desteklerini benden esirgemeyen, Milletlerarası Özel Hukuk alanına yönelmemde katkıları büyük olan çok değerli tez danışmanım Doç. Dr. İlyas GÖLCÜKLÜ'ye, yüksek lisans tez komitemde yer alarak beni onurlandıran saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM ve Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN'e saygı ve minnetlerimi sunarım. Ayrıca eğitim hayatımda bilgi ve birikimlerini benden esirgemeyen sevgili annem Nagühan Nurengin'e, avukatlık mesleğini icra ederken her zaman rol modelim olan babam Av. Tunca Nurengin'e ve çok kıymetli ablam E. Nevra Nurengin'e destekleri ile yanımda oldukları için minnet ve en içten duygularıyla teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

NURENGİN, Büşra

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Altınbaş Üniversitesi

Danışman: Doç. Dr. İlyas GÖLCÜKLÜ

Tarih: Ekim / 2024

Sayfa: 149

“Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Ticari Tahkim Yoluyla Çözümü” başlıklı bu monografik çalışmada; inşaat sözleşmelerinden kaynaklı doğabilecek uyuşmazlıkların, sözleşme taraflarının bulunduğu ülkelerin ulusal mahkemelerinde çözüme ulaştırılabileceği gibi tahkim vb. alternatif hukuki çözüm yollarına başvurarak da çözümlenebileceğini ve bu çözüm yönteminin avantajları milletlerarası hukuk kapsamında ve Türk hukuk sistemine göre yürürlükteki mevzuat çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenerek, inşaat sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları uyarınca tespit edilmesi gerektiğinde uyuşmazlığın nerede çözüleceği hususu göz önüne alınarak yararlı tespitlerde bulunmak amaçlanmıştır. Bu nedenle yabancı unsurlu inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti konusu, uyuşmazlığın devlet mahkemesinde ve tahkim mahkemesinde çözülmesi şeklinde ikiye ayrılarak araştırılmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar bağımsız üçüncü bir tarafça karara varılarak devlet yargılamasına gidilmeksizin çözülebilmektedir. Türk hukuk sistemi incelendiğinde ülkemizde bu tür uyuşmazlıkların sonuca ulaşmasının uzun süreler aldığı görülmektedir. Tahkim yargılamasının geçerlilik şartları ve uygulanabilirliğinin incelendiği çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk sistemi ve Türk Hukuk sisteminde inşaat sözleşmeleri kapsamında doğacak uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile çözümü incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, FIDIC, Uyuşmazlık, İnşaat, Sözleşme.

ABSTRACT

RESOLUTION Of DISPUTES ARISING FROM INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS THROUGHT COMMERCIAL ARBITRATION

NURENGİN, Büşra

M.A., Private Law, Altınbaş University

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. İlyas GÖLCÜKLÜ

Date: October /2024

Pages: 149

This monographic study titled "Resolution of Disputes Arising from International Construction Contracts through Commercial Arbitration" examines how disputes arising from construction contracts can be resolved either in the national courts of the countries where the contracting parties are located or through alternative legal resolution methods such as arbitration. It evaluates the advantages of this resolution method within the framework of international law and the applicable legislation of the Turkish legal system, while also considering the objective connecting factors that determine the law applicable to the essence of construction contracts. The study aims to provide useful insights by taking into account where the dispute will be resolved. Therefore, the issue of determining the applicable law for foreign elements in construction contracts is investigated by dividing it into two categories: resolution in state courts and resolution in arbitration tribunals. Disputes between the parties can be resolved by an independent third party without resorting to state litigation. An analysis of the Turkish legal system reveals that such disputes often take a long time to reach a conclusion in our country. Our study examines the conditions for the validity of arbitration proceedings and their applicability, focusing on the resolution of disputes arising from construction contracts through arbitration in both comparative legal systems and the Turkish legal system.

Keywords: Arbitration, FIDIC, Dispute, Construction, Contract.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR	xii
1. GİRİŞ.....	1
2. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN GENEL ESASLARI.....	3
2.1 İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TANIMI	3
2.2 İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	4
2.3 İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE DAİR MEVZUAT	5
2.3.1 Devlet İhale Kanunu	7
2.3.2 Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi	7
2.3.3 Kamu İhale Kanunu	8
2.3.4 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu	8
2.3.5 Yapı İşleri Genel Şartnamesi	9
2.3.6 İmar Kanununun İlgili Maddeleri	9
2.3.7 Borçlar Kanununun İlgili Maddeleri	10
2.4 ULUSLARARASI İNŞAAT SEKTÖRÜNDE GÖRÜLEN BAŞLICA İŞ ORTAKLIĞI TÜRLERİ	10
2.4.1 Joint Venture (Ortak Girişim)	11
2.4.2 Konsorsiyum (Şirketler Birliği)	14
2.4.3 The European Interest Grouping (Avrupa Ekonomik Gruplaşması).....	16
2.5 “ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ” KAVRAMI	17
2.6 ULUSLARARASI STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ TÜRLERİ	20
2.6.1 Uluslararası Standart İnşaat Sözleşme Çeşitleri.....	21

2.6.1.1 ICE (Instituton of civil engineers) Sözleşmeleri	22
2.6.1.2 JCT (The joint contracts tribunal) Sözleşmeleri.....	22
2.6.1.3 NEC (New enginneering contract) Sözleşmeleri.....	22
2.6.1.4 FIDIC (International federation of consulting engineers) Sözleşmeleri.....	23
3. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ TAHKİMİNDE UYGULANACAK HUKUK.....	24
3.1 GENEL OLARAK	24
3.2 TARAFLARCA YAPILAN HUKUK SEÇİMİ	27
3.2.1 Açık Hukuk Seçimi	30
3.2.2 Zımni Hukuk Seçimi	31
3.3 HUKUK SEÇİMİ YAPILMAMASI DURUMUNDA HAKEMLERCE HUKUKUN BELİRLENMESİ.....	34
3.4 TÜRK KANUNLAR İHTİLAFI SİSTEMİ UYARINCA HUKUKUN HAKEMLERCE BELİRLENMESİ	38
3.4.1 Genel Olarak	38
3.4.2 MÖHUK Madde 24/1 Yönünden İnceleme	41
3.4.3 MÖHUK Madde 24/4 Yönünden İnceleme	43
3.4.4 İnşaat Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallar	49
3.4.5 Uygulanacak Hukukta Kamu Düzeni Sınırlaması.....	53
3.4.6 Genel İşlem Şartları Bakımından İnceleme	55
3.5 FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER	58
3.5.1 FIDIC Kırmızı Kitap	59
3.5.2 FIDIC Sarı Kitap	60
3.5.3 FIDIC Gümüş Kitap	60
3.5.4 FIDIC Altın Kitap.....	61
3.5.5 FIDIC Zümrüt Kitap.....	61

3.5.6 FIDIC Yeşil Kitap	61
3.5.7 FIDIC Diğer Kitaplar.....	62
3.5.8 FIDIC Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk.....	62
3.6 LEX MERCATORIA’NIN İNŞAAT TAHKİMİNDE UYGULANMASI.....	64
4. ULUSLARARASI İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM USULÜ VE UYGULAMASI.....	66
4.1 GENEL OLARAK	66
4.2 TAHKİM DIŞI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	67
4.2.1 Müzakere Yöntemi	67
4.2.2 Teknik Bilirkişi Yöntemi	68
4.2.3 Uzlaştırma Yöntemi.....	73
4.2.4 Arabuluculuk Yöntemi	75
4.2.5 Mahkemelere Başvurulması.....	76
4.3 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARI ÖZELİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULLARI	77
4.3.1 Dispute Adjudication Board (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu).....	78
4.3.2 Dispute Review Board (Uyuşmazlık İnceleme Kurulu)	78
4.3.3 Combined Dispute Board (Karma Uyuşmazlık Kurulu)	79
4.4 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARI ÖZELİNDE TAHKİM ANLAŞMASININ GENEL ESASLARI	79
4.4.1 Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı	79
4.4.2 Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği	82
4.5 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ.....	82
4.5.1 Objektif Tahkime Elverişlilik	86
4.5.2 Subjektif Tahkime Elverişlilik	86

4.6 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİMİN AVANTAJLARI	87
4.7 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA TEDBİRLER VE ACİL DURUM HAKEMİ UYGULAMASI.....	95
4.8 TAHKİM YÖNTEMİNİN UYGULANDIĞI BAŞLICA İHTİLAF ÇEŞİTLERİ	97
4.8.1 Genel Olarak	97
4.8.2 Geç Teslim	99
4.8.3 İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme	105
4.8.4 Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi	107
4.8.5 İnşaatın Ayıplı Olacağının Önceden Anlaşılması	108
4.8.6 Eserin Tesliminin İmkansız Olması	112
4.8.7 Kamu-Özel Ortaklığından Doğan Uyuşmazlıklar	113
4.8.8 Sözleşme Bedelinin Ödenmemesi	115
4.9 ÖNERİLERİMİZ	117
5. SONUÇ.....	120
REFERANSLAR	124

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
AEG	:	Avrupa Ekonomik Gruplaşması
B.	:	Bölüm
BM	:	Birleşmiş Milletler
CIARB	:	Birleşmiş Hakemler Kurumu
E	:	Esas Numarası
FIDIC	:	International Federation of Consulting Engineers
HD	:	Hukuk Dairesi
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	:	International Code Council
ICE	:	Instituon of Civil Engineers
IMF	:	International Monetary Fund
JCT	:	Joint Contracts Tribunal
JV	:	Joint Venture
K	:	Karar Numarası
KİK	:	Kamu İhale Kanunu
M	:	Madde
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NEC	:	New Engineering Contract
PPP	:	Public Private Partnership
S	:	Sayfa
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
UÇK	:	Uyuşmazlık Çözüm Kurulu
UNCITRAL	:	United Nations Commission on International Trade
UNIDROIT	:	United Institute for The Unification of Private Law
YD	:	Yargıtay Dairesi

1. GİRİŞ

Uluslararası inşaat sözleşmeleri; hazırlanma süreci, teknik özellikleri, tarafların birbirine yüklediği edimler dikkate alındığında karakteristik edimli, komplike ve uygulama alanı geniş sözleşmelerdir. Tarafların hukuk seçimi yapmaları ve doğabilecek olası uyuşmazlıklara ilişkin alternatif ihtilaf çözüm metodlarına sözleşmelerinde usulüne uygun olarak yer vermeleri ve kontrollü bir şekilde sözleşme yönetimi yapmaları gerekmektedir. Sözleşmeye aykırı davranışlar, sözleşme rejimi yönünden ciddi edimler yüklemekte ve Uluslararası projelerin aksama riskini oluşturmaktadır. Bu çalışma inşaat sektöründe olası ihtilafların çözümünde tahkim yargılamasının tercih edilmesinin avantajlarını analiz etmek ve global düzeyde ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasının tercih edilmesini arttırmayı hedeflemektedir.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin farklı devlet ülkeler arasında meydana gelen uyuşmazlıkları barındırması durumunda birbirinden bağımsız birden fazla hukuk sistemine bağlı olacağı ve yeknesanlığı sağlayabilmek adına hukuk seçiminin önemli olacağı gibi, uyuşmazlıkların devlet yargılamasında çözülme riskinin taraflar açısından ; mahkemelerin öngörülemeyen, tarafsızlıktan uzak ve uzun yıllar çözilemeyen yargılama sistemlerine takılarak ticari işlerinin aksamasına, özellikle de inşaat sözleşmelerine konu olan projelerin başarılı bir şekilde tamamlanmasına engel teşkil etmektedir. Bu durum zamanla telafisi güç sonuçlara yol açabilecektir. Taraflar, devlet yargılamasından bağımsız kararın icrasındaki kolaylık, hukuka uygunluk ve yargılama süresi olarak avantajlarına olacak alternatif çözüm yollarına ihtiyaç duymaktadır.

Çalışmamın kapsamında; uluslararası inşaat sözleşmelerinin genel esasları, inşaat sözleşmeleri kavram ve tanımının açıklanmasının devamında, inşaat sözleşmelerine Türk hukuk sisteminde uygulanabilen mevzuat ve uluslararası hukukta inşaat projelerinin ve bu projelerin uygulanmasında inşaat sözleşmelerinin önemi ve usulünün irdelenmesi ile, devamında uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ve bu sözleşmelere alternatif çözüm yolu olarak tahkim yargılamasının uygunluğu spesifik olarak incelenmiştir. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk birden fazla hukuk sistemine bağlı olabileceğinden uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için yeknesanlığı sağlamak amacı ile FIDIC ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku

Hakkında Kanun (“MÖHUK”)¹ açısından analiz edilerek düzenlenmiştir. Çalışmayı sonlandırırken, uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile çözümünün avantajları ve milletlerarası tahkim düzenlemeleri göz önünde bulundurularak tahkim yargılamasının ülkemizde çözüm yolu olarak tercihinin artırılması hedeflenerek, güncel mevzuat sorunlarının çözüme ulaşması adına fikirler üretmek ve katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.



¹ Kanun numarası: 5718, kabul tarihi: 27.11.2007, yayımlandığı resmi gazete tarih: 12.12.2007, sayı: 26728, yayımlandığı düstur tertip: 5, cilt :47.

2. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN GENEL ESASLARI

2.1 İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TANIMI

İnşaat sözleşmeleri Türk Borçlar Kanununda² (TBK) iş görme sözleşmeleri arasında bulunan bir sözleşme türüdür. İnşaat sözleşmesi kavramından anlaşılan taşınmaz yapımını konu edinen eser sözleşmeleridir³. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin esas borcu, taşınmazı sözleşmeye uygun şekilde tamamlayıp kendi hakimiyet alanından çıkartarak iş sahibinin zilyetlik alanına geçilmesini desteklemektir⁴. Mevzuat kapsamında eser sözleşmesi yüklenicinin, iş sahibinin taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirmeyi üstlendiği sözleşme tipi olarak tanımlanmaktadır⁵. TBK Md. 470. uyarınca: “eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” İnşaat sözleşmeleri, tarafların yüklenici ve iş sahibi olduğu, yüklenicinin rizikosunun kendisine ait olduğu ve bir yapının bir kısmının veya tamamının inşa edilerek teslim edilmesinin, ücret karşılığında üstlenildiği bir sözleşmedir⁶.

Mevzuat kapsamında düzenlenen ve tür olarak en yakın eser sözleşmeleri kapsamında sayılabilecek sözleşme olan inşaat sözleşmeleri; iki tarafa borç yükleyen, ani edimli bir

² Kanun numarası: 6098, Kabul tarihi: 11.01.2011, Yayımlandığı resmi gazete sayı: 27836, tarih: 04.02.2011, yayımlandığı distür: Tertip:5, cilt :50.

³ **AKINCI** Ziya; “**Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri**” Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2023, s.3; **EREN** Fikret “**Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri**” “İnşaat Sözleşmeleri, yönetici – işletmeci mühendis ve hukukçular için ortak seminer, Ankara (18 – 30 Mart 1996) 2. Baskı, BTHAE, Ankara, 2001, s.34; **YAVUZ** Cevdet; “**Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**” Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2016, s.537; **SELİMOĞLU** Yaşar Engin “**İstisna (Eser) Sözleşmesi**”, 4. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2017 s.2 ; **GÖNEN** Doruk “**İnşaat Sözleşmesinde Bedel**” Oniki levha yayınları, İstanbul, 2016, s.5 ; **KOCAAĞA** Köksal “**İnşaat Sözleşmesi**” “Yetkin yayıncılık, Ankara, 2014, s.25; **KURT** Leyla Müjde “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**” Yetkin yayıncılık, Ankara, 2012, s.68; **GÜMÜŞ** Mustafa Alper “**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**” 2. Cilt, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.1; **KAPLAN** İbrahim “**İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**” yetkin yayınları, Ankara, 2013, s.43.

⁴ **EREN** Fikret; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**” “Yetkin yayınları,26. Baskı, 2021, Ankara, s.584.

⁵ **TANDOĞAN** Haluk; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**” İkinci cilt, Ankara, 1982 s.1; **YAVUZ**, *Borçlar Özel*, s 444; **EREN**, Fikret “**İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi**” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 1996, BATİDER Yayını, Ankara 2002, s.49.

⁶ **GÜLEÇ** Şafak “**Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Sebebiyle Feshi**”, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.23; **BAYGIN** Cem “**Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**” Beta yayıncılık, İstanbul, 1999, s.5; **GÖNEN**, *İnşaat*, s.6, **SELİÇİ** Özer “**İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**”, Fakülteler matbaası, İstanbul,1978, s.4.

yapıdadır⁷. Eser sözleşmelerinin ani edim veya sürekli edim kapsamına girip girmediği konusu literatürde sıkça tartışılan bir konudur. Yargıtay kapsamında ani edimli olarak sayılmaktadır. Ani edim; kural olarak geçmişe etkili çözülürken (*ex tunc*) sürekli edimde ise ileriye etkili bir çözüm (*exnunc*) söz konusu olduğunda borç sona ermektedir⁸. Bir diğer görüş ise, Kamu İhale Kanunu⁹ (K.İ.K) uyarınca olup, bu kanun kapsamında inşaat işleri “Yapım İş” olarak adlandırılmıştır. K.İ.K Md.4 Uyarınca; “Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, altyapı, boru iletim hattı, enerji santral vb. her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili imalat, nakliye, tesisat, restorasyon, onarım, çevre düzenlemesi, montaj ve güçlendirme işleri ile benzeri yapım işlerini” ifade etmektedir.

2.2 İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İnşaat sözleşmelerinin en önemli unsurlarından biri; bir eseri inşa etmektir. Sözleşmenin konusu olan inşaat eseri, taşınmaz eser niteliğinde iken istisna sözleşmesinin konusunu oluşturmakta olan “eser” ilke olarak taşınır eser niteliğindedir¹⁰. İnşaat maddi nitelikte olan her türlü yapı eserini kapsamaktadır¹¹. İnşaat; taşınmaz inşaatı ve taşınır inşaatı olarak ikiye ayrılır. TBK Md. 363 taşınmaz inşaatını konu alırken, Türk Medeni Kanunu¹²(TMK) Md. 654 menkul inşaatı konu alır. Mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak şartı ile taşınır inşaatı da inşaat sözleşmelerinin konusunu oluşturabilmektedir. Bir yapı eseri, sürekli veya geçici nitelikte olabilmektedir. Kulübeler, şantiye binaları, barakalar vb. yapılar geçici inşaat örneklerdir.

⁷ YAVUZ, *Borçlar Genel*, s. 483; ŞAHİN Turan “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü” Ankara 2012, s.102; YILDIRIM Sümeyye Hilal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” yüksek lisans tezi, Ankara, 2011, s. 3.

⁸ SEÇİLİ Özer; “Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi” 1. Baskı, İstanbul, 1978, s.26.

⁹ Kanun numarası: 4734, Kabul tarihi :04.01.2002, yayımlandığı resmi gazete tarihi: 22.01.2002, sayı: 24648, yayımlandığı düstur tertip: 5, cilt:42.

¹⁰ ZEVLİLİLER Aydın; “İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat “Ankara Üniversitesi Yayınları,1. Baskı, Ankara, 1982, s.136.

¹¹ KÖKSAL Tünay; “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci” Tbb Dergisi, 2013, s.413.

¹² Kanun numarası: 4721, Kabul tarihi :22.11.2001, yayımlandığı resmi gazete tarihi: 08.12.2001, sayı: 24607, yayımlandığı düstur tertip: 5, cilt :41.

İnşaat sözleşmelerinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi olmasa da uygulama açısından incelendiğinde yazılı hatta resmi şekilde akdedilmesinde fayda vardır. Örneğin; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bağımsız bölüm ilişkin payların mülkiyetinin geçirilmesi konusunda uyuşmazlık çıkmaması için, resmi şekilde yapılması ispat niteliğinde olacaktır. İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği, sözleşmenin türüne ve içeriğine bağlı olarak değişebilmektedir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile kamu ihalesi kapsamında inşaat sözleşmeleri farklı türde iki inşaat sözleşmesidir. Farklı hukuki niteliklere sahiptirler ve sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları farklıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, inşaatı yapma borçlusunun edimi açısından borçlar hukuku eser sözleşmelerinin içeriğinde yer alan bir sözleşme türüdür¹³. Buna karşılık, inşaatı yaptıranın edimi bakımından ise taşınmaz satımı özelliği göstermektedir. KİK’de inşaat işleri yapım işleri kapsamında olup, yapım sözleşmeleri kural olarak eser sözleşmesi niteliğinde olmayıp, bu sözleşmeler arsa payı inşaat sözleşmelerden edim, sözleşme türü, tarafların borçları yönünden birbirinden ayrılmaktadır.

Hukuki nitelik sözleşmenin hangi hukuk kurallarına tabi olduğunu, taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri, cezai hükümlerini içerir ve inşaat sözleşmeleri, sözleşme türlerine göre farklı hukuki nitelikte incelenmektedirler. Aynı zamanda hukuki nitelik sözleşmenin hangi türde olduğunu belirlemektedir. İnşaat sözleşmelerinde hukuki nitelik; sözleşme türüne ve tarafların karşılıklı yükledikleri borçlara bağlı olarak değişebilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin dikkatli olarak incelenmesi ve hukuki niteliğinin anlaşılması hususu önemlidir.

2.3 İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNE DAİR MEVZUAT

İnşaat sözleşmelerine uygulanacak mevzuat; TBK, Türk Ticaret Kanunu¹⁴(TTK) ve TMK gibi genel hukuk kurallarına ek olarak, spesifik olarak inşaat sözleşmeleri için özel hükümler içeren düzenlenmeler bulunmaktadır. İnşaat sektöründe sıkça kullanılan FIDIC gibi sözleşme şartnameleri ve standartlar bulunmakta ve hukuk sistemimizde hükme esas alınmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde şayet “yabancılık unsuru” söz konusu ise, sözleşme milletlerarası özel hukuk kapsamında değerlendirilecektir. Milletlerarası Özel Hukuk ve

¹³ AKINCI Ziya; “Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri”, 1. Baskı, Oniki levha yayıncılık, İstanbul,2023, s.4.

¹⁴ Kanun numarası: 6102, kabul tarihi: 13.01.2011, yayımlandığı resmi gazete tarih: 14.02.2011, sayı: 27846, yayımlandığı düstur: Tertip: 5, cilt: 50.

Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁵ (MÖHUK) Md. 1 Kapsamında; kanunun kapsamını belirlerken yabancı unsur kavramından hareket etmiş, ancak yabancılık unsurunu tam olarak tarif etmemiştir. Bir hukuki olayı veya ilişkiyi birden fazla hukuk ile ilişkili hale getiren unsura yabancılık unsuru denilmektedir. Örneğin; inşaat sözleşmesinin taraflarının farklı ülkelerde yerleşik olması ancak inşaatın farklı bir ülkede yapılması yabancılık unsurunu oluşturur¹⁶. İnşaat sözleşmelerinde tarafların bu durumda milletlerarası nitelikli doğabilecek uyuşmazlıklarda direkt olarak Türk hukuku uygulanmayacaktır.

Türk hukuk sisteminde taraflar sözleşmeye uygulayacağı hukuku serbestçe seçebilirler. Bu seçim sonucu kararlaştırılan başka ülke hukuku ile Türk hukuk sistemi bertaraf edilebilmektedir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeleri uyuşmazlığın çözümünde ilk ve en önemli kısım olup, sözleşmenin ifası açısından ilk tespit niteliğindedir. Uluslararası alanda geçerli evrensel bir Ticaret Kanunu veya Borçlar Kanunu gibi maddi kurallar bütünlüğü olmadığından, uyuşmazlıkların çözüm yolu kanunlar ihtilafı kuralları gereğince değerlendirilecektir. Bu sebeple taraflar uygulamada, uluslararası sözleşmelerde genellikle taraflara uygulanacak hukuku seçmektedir. Bir inşaat sözleşmesi şayet yabancı unsurlu ise, “uyuşmazlığa öncelikli olarak hangi ülke hukukunun uygulanacağı” hususunun belirlenmesi gerekir¹⁷. Esasa uygulanacak hukukun tespiti, çözüm yolunun ilk aşamasıdır.

Farklı hukuk mevzuatları arasındaki uyuşmazlıklar kanunlar ihtilafı kapsamındadır. Uyuşmazlığın hangi ülkenin hukuk normu çerçevesinde çözümleneceğinin tespiti gerekmektedir. Bu durumda taraflar arasında ihtilaf varsa öncelikle Uluslararası antlaşmalar kapsamında çözülecektir. MÖHUK Md. 1 uyarınca; “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlemlerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tenfiz ve tanınması bu kanunla düzenlenmiştir.” Mahkeme tarafından yabancılık unsurunun tespiti sonucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁸ (HMK) Md. 33 uyarınca hakimin

¹⁵ Kanun numarası :5718, kabul tarihi: 27.11.2007, yayımlandığı resmi gazete tarih: 10.12.2007, sayı :26278, yayımlandığı düstur tertip :5, cilt: 47.

¹⁶ AKINCI, *İnşaat*, s.313.

¹⁷ ŞANLI Cemal; “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları” Beta Yayıncılık, İstanbul,2019, s.48.

¹⁸ Kanun numarası: 6100, kabul tarihi: 12.01.2011, yayımlandığı resmi gazete tarih: 04.02.2011, sayı: 27836, yayımlandığı düstur: tertip :5, cilt: 50.

Türk hukukunu resen uygulayacağı söz konusu olsa da uyuşmazlığın farklı hukuk devleti ile ilişki barındırması ile MÖHUK özel kanun olarak dikkate alınacaktır.

Çoğu zaman inşaat sözleşmeleri hazırlanırken tarafların seçtiği milli hukuk eser sözleşmesine ilişkin normları uygulamaya gerek kalmadan, uyuşmazlıklar tarafların serbest iradeleri ile sözleşme hükümlerince çözümlenebilecektir. FIDIC sözleşmeleri başta olmak üzere uygulamada taraflar arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar genellikle milli hukuk sistemlerinin eser sözleşmesine ilişkin kurallarından çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmekte olup, sözleşmede uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ayrıntılı madde bulunmaması halinde, mevzuattan yararlanmak veya tarafların milli hukuk sistemlerinden yararlanmak gerekecektir ve bu durum dezavantaj yaratacaktır. Şöyle ki; milli mahkemelerin yargılama faaliyetleri yürütülürken hakimler oldukları devletin etnik, ekonomik, siyasal politikaları çerçevesine bağlı kalarak o devletin vatandaşı olmayan karşı tarafın lehine objektif olarak değerlendirilmeksizin karar verilebilme riski doğuracağından adil kararlar verilmesi zorlaşmaktadır. Bu durumda taraflar kendi hukuk sistemi kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalmakta olduğundan davalar uzayarak yargılama komplike hale gelmektedir.

Ayrıca, ulusal mahkemelerde kararların, davalının mal varlığını ilgilendiren konularda şayet malvarlığı kararın verileceği ülkede bulunmuyorsa kararın icrası zorlaşacaktır. Tanıma ve tenfiz usulü, red sebepleriyle sınırlı bir yöntem olup taraflara problem yaratabilmektedir.

2.3.1 Devlet İhale Kanunu

Devlet İhale Kanunu, (DİK)¹⁹ Türkiye ‘de devletin hizmet ve mal alımları ile yapım işlerinin nasıl gerçekleştireceğini düzenleyen kanunlardan biridir. Bu Kanun, kamu kurum ve kuruluşlarının devletin ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile gerçekleştireceği ihalelerin kurallarını belirler. Şeffaf, objektif ve kamu yararını hedefleyen bir ihale sistemi amaçlar.

2.3.2 Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Türkiye’de bölgelerin yaşam koşullarının uygunluğunu sağlamaya ve yerleşim yerlerini geliştirmeye kısacası yapım işeri, altyapı projeleri, inşaat ve

¹⁹ Kanun numarası: 2886, kabul tarihi: 08.09.1983, yayımlandığı resmi gazete tarih: 10.09.1983, sayı: 18161, yayımlandığı düstur: tertip :5, cilt: 22.

tesisat işleri vb. bayındırlık işlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere hazırlanan bir idari ve teknik şartnamedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının gerçekleştirdiği inşaat ve yapım işlerinde, ihale sürecinden işi tamamlanmasına kadar tüm sürede uygulanacak standard kuralları belirler. Bayındırlık işleri genel şartnamesi'nin temel özellikleri ve düzenlediği konular; ihale süreci, Teknik şartlar, sözleşme koşulları, iş programı ve süre, ihalelerde kabul işlemleri ve denetim, ödeme koşulları, cezai şart, tüm yaptırımlar ve çevre koruma - iş güvenliği gibi konuları kapsar.

2.3.3 Kamu İhale Kanunu

Bu kanun, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet ve mal alımları ile yapım işlerini düzenleyen ve bu alımların objektif, eşitlikçi ve hesap verilebilerek kamu yararını öncelik alan şekilde gerçekleştirilmesini amaçlayan kanuni bir düzenlemedir. Kamu alımlarının yapılma şeklini, ihaleye katılım süreçlerini itiraz ve şikayet yolları gibi konuları düzenlemektedir. KİK'de; ihale usulleri, şeffaflık ve rekabet, eşit değerler, teknik ve mali yeterlilik, itiraz ve şikayet konuları düzenlenmiştir. Bu kanunda; açık ihale, belirli istekliler arasında ihale, pazarlık usülü gibi farklı ihale usulleri belirlenerek kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması amaçlanarak usulsüzlüklerin önüne geçmek ve adil bir rekabet ortamı oluşturmak amaçlanmıştır. İhale süreçlerinin objektif ve rekabetçi bir halde ilerlemesi amaçlanarak ihalelere katılımın arttırılması teşvik edilmiştir. İhalelere belirli mali büyüklükler için belirlenen eşik değerler bu kanun ile incelenmiştir. Ayrıca ihaleye katılacak firmaların teknik ve mali yeterlilikleri incelenmiştir. İhale sürecine ilişkin itiraz ve şikayetlerin yapılış usulleri ve nasıl değerlendirilecekleri kanunun incelemesi kapsamındadır.

2.3.4 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

Türkiye'de kamu kurum ve kuruluşlarının Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK)²⁰ kapsamında yaptıkları ihaleler neticesinde imzalanan sözleşmelerin düzenlenmesini sağlayan yasal düzenlemedir. Bu kanunun esas amacı, kamu ihaleleri neticesinde akdedilen sözleşme taraflarının hak ve yükümlülüklerini, sözleşme süreçlerini ve süreçlerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğini veya önleneceğini belirlemektir. Kanun

²⁰ Kanun numarası: 4735, kabul tarihi: 05.01.2002, yayımlandığı resmi gazete tarih: 22.01.2002, sayı: 24648, yayımlandığı düstur: tertip :5, cilt: 42.

kapsamında; Sözleşmelerin yürütülmesi, sözleşme değişiklikleri, fesih halleri, cezai şartlar ve diğer önemli hususlar düzenlenmiştir.

2.3.5 Yapı İşleri Genel Şartnamesi

İnşaat sözleşmelerinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Türkiye'de kamu ihale süreçlerinde uygulanan temel bir belgedir.²¹ Bu şartname, yapım işlerinin gerçekleştirilmesi sırasında uyulması gereken genel kuralları ve standartları belirler. İşin tanımı, tarafların hak ve yükümlülükleri, işin süresi, iş programı, yer teslimi, süre uzatımı gibi genel konuları ele alır. Sözleşmenin nasıl hazırlanacağı, ek belgeler, proje ve teknik dokümanları barındırır. İşin tamamlanması ve geçici kabul, varsa eksikliklerin giderilmesi ve kesin kabul işlemleri gibi temel konular şartname hükümlerine tabidir. İnşaat projelerinde belirli bir standardın sağlanması ve işlerin kaliteli bir şekilde yürütülmesi amacına hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Projelerin daha verimli ve etkin bir şekilde tamamlanması için hazırlanmıştır.

2.3.6 İmar Kanunun İlgili Maddeleri

İmar Kanunu (İK)²², inşaat ve yapı faaliyetlerinin düzenlenmesi açısından önemli bir mevzuat olup, inşaat sözleşmeleriyle doğrudan ilgili bazı maddeleri içerir. Bunlar Md. 21 hükmü²³; inşaat ruhsatı ve eklerini düzenler ve yapı ruhsatı alınması gereken durumları ve yapı ruhsatının düzenlenme esaslarını belirler. Bir inşaatın yasal olarak başlayabilmesi için ruhsat alınması zorunludur. Md. 22 hükmü²⁴ ; yapı ruhsatı başvurusu

²¹ Bu şartname, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi idareler tarafından bu kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerini kapsar.

²² Kanun numarası:3194, kabul tarihi :03.05.1985, yayımlandığı resmi gazete tarih: 09.05.1985, sayı: 18749, yayımlandığı düstur: tertip :5, cilt: 24.

“Yapı ruhsatiyesi almak için belediye, valilik (...) bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir.Belediyeler veya valiliklerce (...) ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir.Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir.”

²⁴ Yapı ruhsatiyesi almak için belediye, valilik (...) bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce (...) ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir.

için gerekli belgeler ve prosedürler bu maddede belirtilmiştir. Başvuruda bulunacak kişilerin sağlaması gereken şartlar ve izlemeleri gereken adımlar detaylandırılmıştır.Md. 23 hükmünde ²⁵ : Yapı ruhsatının geçerlilik süresi ve ruhsatın yenilenmesi ile ilgili kurallar bu maddede yer alır. Belirli bir süre içinde inşaat başlanmaması durumunda ruhsatın iptal edilmesi gibi hususlar açıklanmıştır.

2.3.7 Borçlar Kanunun İlgili Maddeleri

TBK, inşaat sözleşmelerine dair hükümler içermektedir. Bu hükümler, inşaat sözleşmelerinde tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenler ve inşaat işlerinin nasıl yürütüleceğine dair temel prensipleri belirler. Borçların ifa edilmemesinin genel sonuçları, sorumluluk giderimi borçlu temerrüde düşme hali, ve en genel kapsamı ile inşaat sözleşmelerini kapsayan eser sözleşmelerini düzenleyen işbu Kanunun inşaat sözleşmelerine dair mevzuatı şekillendirdiğini söylemek yanlış olmaz.

2.4 ULUSLARARASI İNŞAAT SEKTÖRÜNDE GÖRÜLEN BAŞLICA İŞ ORTAKLIĞI TÜRLERİ

Ülkemiz globalleşmeden doğan milletlerarası ilişkilerin artışı ile, uluslararası ihaleler kapsamında geniş boyutta alt yapı ve yatırım sözleşmeleri sürecine katılmış ve konsorsiyum, joint venture gibi kavramlar literatürümüze girmiştir. Uluslararası rekabet sonucu bazı edimlerin tek bir firma tarafından karşılanmasının önüne geçilmiş ve tek bir firmanın iş alma yönteminin kar düzeyini düşürdüğü görülmüştür. Uluslararası inşaat sektöründe birtakım inşaat firmalarının gruplaşması durumu söz konusudur. Şöyle ki, firmalar kendi başarı ve bağımsızlıklarını koruyarak belirli işlerin ifası için ortaklık kurmaktadır. Bu iş ortaklıklarının başlıca türleri; konsorsiyum, joint venture ve AB ülkeleri ile onların hukukunu benimseyen diğer ülkelerde Avrupa Ekonomik Menfaat Gruplaşması (The

²⁵ “...İskan hudutları içinde olup da, imar planında beldenin inkişafına ayrılmış bulunan sahalarda her ne şekilde olursa olsun, yapı izni verilebilmesi için; a) Bu sahaların imar planı esaslarına ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak parselasyon planlarının belediye encümeni veya il idare kurulunca tasdik edilmiş bulunması.... Bu yapılmadığı takdirde yapıya kullanma izni verilemez. Bu bağlantılar mal sahibi tarafından ilgili idarece yapılacak tebligatla verilecek müddet zarfında yaptırılmadığı takdirde ilgili idare tarafından yıktırılır...” hükmü yer alır.

European Economic Interest Grouping) olup uluslararası inşaat yatırımlarına katılmada finansman sorununa çözüm getiren ve iş almayı oldukça kolaylaştıran ortaklıklardır.

2.4.1 Joint Venture (Ortak Girişim)

Bir sözleşme uyarınca her biri işin tamamından sorumlu olarak bir araya gelen sözleşme taraflarına iş ortağı denilmektedir. Doktrindeki tanıma bağlı olarak günümüz uygulamalarında joint venture kavramı iktisaden ve hukuken birbirinden tamamen bağımsız olan şirketlerin akdetmiş oldukları sözleşme uyarınca sözleşme konusu işin rizikosunu müştereken ve müteselsilen paylaşmak üzere tarafların bir işi birlikte ifa etmek amacıyla bir araya gelmeleri ile oluşmaktadır. Uluslararası yatırım ve ticaret ilişkilerinde, iş birliği çeşitlerinden en çok tercih edileni olan joint venture iki veya daha fazla kişinin bir işin gerçekleşmesi, kar elde edilmesi ve paylaşılmasına istinaden kurduğu ortaklıktır²⁶. Birçok ülkenin hukuk mevzuatları incelendiğinde görülecektir ki, herbir ülke joint venture ortaklığını kendi menfaatleri doğrultusunda algılar ve dolayısıyla ortaklık nitelikleri farklı şekillerde ortaya çıkar.²⁷

İnşaat sektöründe projelerin yüksek miktarlara ulaşması nedeni ile uluslararası ihalelerde proje masraflarının, malzemelerin karşılanmasında sözleşme temeline dayanan ortak girişimler oluşturulmaktadır.

Şirketlerin ortak girişim oluşturmalarının esas amacı kar elde etmek, finans kaynağına sahip olmak, fiziksel yerleşim kaynağı sorununu çözmek, iş gücünü az maliyete indirmek, pazar bilgisi, yeni pazarlara giriş imkanı, ölçek ekonomilerden faydalanmak, rekabet riskini azaltmak vb. ortak girişimin şartları; iki veya daha fazla birbirinden bağımsız ortağın müteselsilen işbirliği yapmak amacı ile anlaşmaları, ortaklık unsuru, kar elde etme amacı ve

²⁶ **PORAY** Reha / **TEKİNALP** Ünal / **ÇAMOĞLU** Ersin; “Ortaklıklar Hukuku” Vedat Yayıncılık, 15. Baskı, İstanbul 2021, s.150; **TEKİNALP** Gülören / **TEKİNALP** Ünal; “Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı” Ankara, 1988, s.176; **TİLE** Latif; “Türk Hukukunda Joint Venture Kavramı”, Dergipark, 2018, s.17; **BEAMISHW.** Paul / **KILLING** J. Peter; “International Management” Boston: Richard D. Irvin Inc., 1991, s. 72; **ÖZALP** İnan; “Çok Uluslu İşletmelerin Az Gelişmiş Ülkelerdeki Joint Venture Stratejileri”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi UBF. Dergisi, 1987, s. 8.

²⁷ **KAPLAN** İbrahim “İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture” Ankara, 1994, s.5, **BARLAS** Nami; “Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri” İstanbul, 1998, s.174; **ÖZALP** İnan/ **HAŞİT** Gürkan / **ŞAKAR** Nurhan; “Çok Uluslu İşletmelerin Geleceğine Bir Çözüm Yolu Olarak Joint Venture’in Analiz Edilmesi ve Tusaş A.Ş.’de Yapılan Bir Araştırma” Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 1993, s.208.

müşterek yönetimdir. Doktrinde ortak girişim konusu, sermayeye katılımlı ortak girişim ve sözleşmeye dayalı ortak girişim şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Her iki girişimde temelinde sözleşmeye dayalıdır.²⁸

Mevzuatta ortak girişim kavramı; sermayeye katılımlı ortak girişim ve sözleşmeye dayalı ortak girişim olarak bir ayrıma tabidir. Her ikisi de esasında sözleşmeye dayalı girişimlerdir²⁹. Sermayeye katılımlı ortak girişimde uygulamada taraflar arasında tüzel kişiliğin bulunması gerekmekte ve taraflar biraraya gelerek bir şirket kurmaktadır. Sözleşmeye dayalı ortak girişimde temel sözleşme adi şirkete dayanır. Ortak girişimde taraflar farklı ülkede yer alıyorsa bu durumda uluslararası ortak girişim kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda yerli ve yabancı şirketlerin ortak bir hedef ile ortak kar paydasında buluşarak risk paylaşımı ile oluşturdukları işbirliği durumu söz konusudur. En az kullanılan ortak girişim türü olsa da aynı şekilde, başka ülkelerde olmak üzere iki yabancı şirkette bir ortaklık paydasında birleşebilmektedir. Bu durumda da ortak girişimden bahsetmek mümkündür.

Mevzuatımızda ortaklık sözleşmelerini düzenleyen kanun boşlukları nedeni ile Türk hukukunda konsorsiyum ve joint venture ortaklıklar TBK ilgili hükümlerince düzenlenmektedir. Ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından ticari sicil kayıtları olmamaktadır ve hak ehliyeti bulunmasa da kolaylıkla kurulup tasviye edilebilir nitelikte olduğundan ticari hayatın ihtiyacı olan esnekliğe sahip yapısıyla tercih edilme oranı yüksektir.

Uluslararası para fonu (IMF)³⁰, Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşlar ortak girişimlerin artmasını desteklemektedirler. Bu ortaklık türünde taraflar sözleşme öncesinde, sözleşmenin girişi şeklinde ön kuruluş sözleşmesi talep edebilmektedir. Şöyle ki; temel sözleşmenin girişi şeklindedir. Temel sözleşme imzalanırsa geçerli olan bu ön kuruluş sözleşmesi, temel sözleşme şayet imzalanmazsa ortadan kalkmaktadır. Temel sözleşmede ise taraflar arasındaki ortaklık ilişkisi kurulur ve ortaklığın faaliyet alanı, amacı, yönetimi, süresi, kar dağıtımı, uyuşmazlık çözüm yolları gibi hususlar düzenlenir. Ortaklar, kuracakları ortaklığın hukuki şekline değinmeksizin yalnızca ortaklığın temsili, yönetimi ve

²⁸ **PORAY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU**; s.156., **KAPLAN**, *inşaat*, s.5; **ARSARI** Danyal; “Ortak Girişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” İstanbul Üniversitesi Y.L Tezi,2014, s.5.

²⁹ **PORAY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU**; s.156.

³⁰ Küresel finansal düzeni takip etmek, döviz kurları, borsa gibi konularda denetim ve organizasyon yapmak, aynı zamanda finansal ve teknik destek sağlamak gibi görevleri bulunan bir organizasyondur. 1944 yılında kurulmuştur ve Merkezi Amerika Birleşik Devletleri, Washington’dadır.

ortaklığın sonlandırılması konularını düzenleyebilirler. Bu durumda eser sözleşmelerinin en çok kullanılan örneklerinden biri olduğundan³¹, örneğin Türkiye’de TBK ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Yüksek çaplı inşaat projelerinde proje konusu edimi işveren birden fazla firmaya tamamlamak isterse, işi yapan firmaların kendi aralarında bir joint venture kurarak ihaleye katılımını isteyebilir. İhalenin kazanılması halinde işveren firmaları temsil için ortaklardan biri lider (pilot) firma belirleterek bu firmaya temsil yetkisi verebilmektedir. Ancak ihale sonrası kurulan joint venture ortaklıklarında işin yürütülmesi esnasında genelde pilot şirketin sorumluluğu veya ortaklığın sona erme rejiminde birtakım uyumsuzluklar doğabilmektedir. Bu ortaklıkta yönetim sorumluluğu ortaklarca müşterek şekilde kullanılır olup bu yönetim şekline “İnşaat Komisyonu” adı verilmektedir. Bu komisyon direkt olarak faaliyette bulunmayıp, denetim organı olarak görev yapar ve alt organlara yetki devreder. Bu ortaklıklarda yönetim yetkisi teknik yönetim, mali yönetim ve pilot firma arasında paylaşılmaktadır.

Joint Venture ile sözleşme tarafları söz konusu hukuki ilişkiden doğacak borç ve haklarını ayrıntılı olarak düzenlerler. Şayet boşluk kalan bir husus olursa TTK adi şirket hükümleri uygulanır. Joint venture’ da ortaklıkların kara katılma, sermaye koyma borcu, rekabet yasağı ve zarara katılma yükümlülüğü gibi hak ve borçları vardır. Burada esas kural şirketin ortaklar tarafından bir arada yönetilmesidir. Ancak ortaklar daha sonrasında şirketin yönetimini aralarında veya üçüncü bir kişiye devredebilirler. Sözleşmeye dayalı olan joint venture ilişkisinde hukuki ilişki genelde tek bir iş için olduğundan, işin ifası ile hukuki ilişki de sona erecektir.

Günümüzün sınırlar ötesi iş dünyası, birleşme ve devralmaların haricinde ortaklıkların değişik formlarını kullanmaktadır. Bu iş ortaklıklarında belli bir projeyi birlikte üstlenen firmalar, aynı zamanda hukuki bağımsızlıklarını korumaktadırlar. İş ortaklığına dahil müteşebbisler arasındaki bağ sıkı veya gevşek olabilir. Uluslararası ticaret hukukunda, uluslararası inşaat sektöründe görülen başlıca iş ortaklığı türleri; joint venture, konsorsiyum ve AB ülkeleri ile onların hukukunu benimseyen diğer ülkelerde Avrupa Ekonomik Menfaat

Gruplaşması (The European Economic Interest Grouping)’dır. Türk inşaat sektöründe 1960’lı yıllardan sonra özellikle yatırım projelerinin gündeme gelmesi ve buna paralel olarak, Türk inşaat sektörünün gerek teknolojik gerek organizasyon ve finansman yönünden gelişip güçlenmesi, bu büyük inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde Türk müteahhitlerin de yer alması nedeniyle, joint venture ve konsorsiyum gibi ortak girişim modelleri kullanılmaya ve gelişmeye başlamıştır. Bununla birlikte, Türkiye’de bu tür iş ortaklıklarının kurulmasını düzenleyen ve işleyişini yönlendiren mevzuat, günümüz ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Bir diğer görüş ise ortak girişimlerin, endüstrileşme ile artan riskli faaliyetlerle gündeme gelen bir yöntem ve örgütlenme modeli olduğudur³².

Gelişmekte olan ülkelerde yabancı yatırımın ülkeye girmesi ve joint venture kurması çoğunlukla tercih edilmektedir. Bazı gelişmekte olan ülkelerde ise yabancı yatırımcıya ancak bir Joint Venture kurması halinde yatırım izni sağlanmaktadır.

2.4.2 Konsorsiyum (Şirketler Birliği)

Konsorsiyum mevzuatımızda adi ortaklık hükümlerine tabidir. Konsorsiyum uluslararası kurulabilen bir organizasyon çeşidi olup bazı durumlarda uluslararası konsorsiyumlar, farklı ülkelerde bulunan şirketler tarafından oluşturulur. Konsorsiyum, iki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin belli bir işi yapmak maksadı ile ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmelerine denir³³. Bu şekildeki konsorsiyum Avrupa Kalkınma Fonu³⁴ve Dünya Bankası gibi uluslararası kalkınma ve finans kuruluşlarının programları için elverişlidir. Konsorsiyum, bir ülkenin inşaat firması tarafınca yurtdışında demir çelik tesisleri, petrol rafinerileri, lastik fabrikaları vb. kolektif mühendislik projelerini gerçekleştirmek için kurulmaktadır.

³² HENN Harry G./ ALEXANDER John R.; “**Laws of Corporations**”, West Publishing Co. Yayınevi, 1983, s. 105.

³³ TEKİNALP Gülören / TEKİNALP Ünal, “**Joint Venture**”, s. 162; KORKUT Ömer, “**Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı**” Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2007, s.1164; KAPLAN İbrahim; “**İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture**”, Ankara 2007, s. 37.

³⁴ 18 Şubat 2004’te “Yeni Uyum Ortaklığı: Yakınsama, Rekabetçilik ve İşbirliği” başlıklı üçüncü ekonomik ve sosyal uyum raporunun Avrupa Konseyince kabul edilmesiyle AB Bölgesel Politikası ile Uyum Politikası ile birlikte kullanılmaya başlanmıştır.

Konsorsiyum altyapı projeleri, savunma sanayii, havaalanı vb. geniş altyapı projelerinde ve büyük finansman gereken işlerde akdedilen bir ortaklık türüdür. Bu ortaklık türünde finansal yapı ve kar dağıtımına özellikle dikkat etmek gerekecektir. Ülkemizde Keban Barajı konsorsiyumlar tarafından inşaa edilmiştir. Proje İtalyan – Fransız konsorsiyumu SCI – Impreglio tarafından yürütülerek 1974 yılında, toplam maliyet tahmini 85 milyon ABD Doları ile 300 milyon ABD Doları arasında tamamlandığı saptanmıştır.

Konsorsiyum projelerinde olası uyuşmazlıkların çözümü için ortakların karşılıklı görev ve hakları önceden sözleşmede kararlaştırılmalı ve konsorsiyum kurucu sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir. Konsorsiyum ve joint venture ortaklığı sık sık karıştırılmakta olup aralarındaki temel fark; konsorsiyum joint venture'in aksine öz sermaye yatırımı gerektirmemektedir. Konsorsiyum büyük çaplı bir projeyi gerçekleştirmek amacı ile oluşturulup burada ortakların taahhütleri sınırlıdır. Bir diğer fark; joint venture belirli bir işin tamamlanması için kurulmakta ve ortakları girişimin borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaktadır. Konsorsiyumda ise, ortakların sorumlulukları yalnızca taahhüt edilen iş çerçevesinde sınırlıdır. Konsorsiyumda joint venture'in aksine bir organizasyon olması gerekmemekte iken joint venture'da ortak amaç müşterek organizasyona ihtiyacın giderilmesidir.

Konsorsiyumun üç temel özelliği; ortak amaç, sözleşme ve ortaklıktır. Adi şirket niteliğinde akdi bir birleşmedir. Bir organizasyona ihtiyaç olmaksızın geçici ortaklık niteliğindedir. Geçerliliği için şekil şartı bulunmayan bir sözleşme mevcuttur. Sözleşme uyarınca ortaklar işin belirli kısmından sorumlu olup, ortak bir ekonomik amaç vardır. Uygulamada joint venture ile konsorsiyum aynı anlamda kullanılsa da, ikisi birbirinden farklı kavramlardır³⁵. Sonuç olarak; iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişiden her birinin, belirli bir işi yapmak amacı ile ortaklaşa taahhüt etmiş olduğu işin bir bölümünü yerine getirilme sorumluluğunu diğerinden bağımsız olarak yüklenmek amacı ile katkılarını birleştirmeleri konsorsiyumdur³⁶.

³⁵ TANDOĞAN Haluk; “Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi” Müteahhitler Konsorsiyumu, Batıder, Sayı 3-4, 1986, s.34; BARLAS, Nami; “Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri”, İstanbul, 1998, S.176. TEKİNALP Gülören / TEKİNALP Ünal; “Joint Venture “, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Beta yayıncılık, Ankara 1988, s.150.

2.4.3 The European Interest Grouping (Avrupa Ekonomik Gruplaşması)

25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Tüzüğü uyarınca Avrupa Birliği³⁷ (AB) tarafından hukuki form olarak oluşturulmuştur. Bu tüzük, Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET) kuran antlaşmanın Md. 253'e dayanmaktadır. Taraflar arasında akdedilen sözleşme ile kurulan bu gruplaşma Avrupa Ekonomik Gruplaşmasının bulunduğu AB üyesi ülkede ticaret siciline kayıt ettirilmelidir. Avrupa Ekonomik Gruplaşması, bir özel hukuk tüzel kişiliğidir³⁸. Ancak paylarla sınırlı şirket olarak nitelendirilmez. Yalnızca Avrupa Birliği üyesi devletlerde ikamet eden firma ve şahıslar tarafından kurulabilmektedir. Bu kuruluşun sözleşme yapma, dava açma ve hakkında dava açılma ehliyeti vardır. AEG'nin bir şirket gibi başlangıç sermayesine sahip olmasına veya halk yatırıma tabi olmasına gerek yoktur. Yalnızca AEG'yi kuran sözleşmede ortakların nakit veya diğer çeşit sermaye katkısında bulunma şartı bulunmaktadır.

Avrupa Ekonomik Gruplaşmasına üye ortaklar tüm borçlardan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Bu gruplaşmanın amacı, üyelerinin iş yükünü hafifleterek, işlerin sonuçlarını genişletmektir. Gruplaşmanın amaçları ise kuruluş sözleşmesinde mutlaka belirtilmelidir.

Uluslararası inşaat sektöründe kurulacak bir AEG'nin tarafları, kendi firmalarının sınırını aşan bir proje için bir araya gelip ihale almak için rekabet haline girerlerse bir grup olarak yarışarak ihaleyi kazanmaları halinde aralarında görev dağılımı yaparlar. Bu görevlerin ifasının koordinasyonu denetime tabidir. Bu şekilde meydana gelen bir AEG, konsorsiyumun amaçlarına benzer amaçlar güderek hukuki form olarak konsorsiyumdan farklıdır. Büyük inşaat projelerinde AEG iş ortaklığı modeli yaygın olarak tercih edilmektedir. AB üyesi ülkeler dışında da özellikle Fransız hukuku etkisinde olan Fas,

³⁷ Avrupa Birliği'nin temelleri 1951 yılında, üyeleri arasındaki kömür ve çelik endüstrilerinin yönetimini bir araya getirmek amacıyla kurulan ve kurucu üyeleri Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'na dayanmaktadır. 1967 yılında, imzalanan Brüksel Antlaşması ile var olan 3 topluluk, Avrupa Topluluğu (AT) adıyla tek bir çatı altında toplanmıştır. 7 Şubat 1992 tarihinde yürürlüğe sokulan Maastricht Antlaşması ile ilk kez Avrupa Birliği terimini kullanılmıştır. 27 üye ülkeden oluşmaktadır. Avrupa Birliği'nin kurumları; Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği Konseyi, Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi, Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Birliği Sayıştay, Bölgeler Komitesi ve Avrupa Merkez Bankasıdır. https://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_Birli%C4%9Fi (Erişim Tarihi: 04.07.2024)

³⁸ KÖKSAL Tünay; "Yurtdışı Müteahhitlik Hizmeti Sektöründe Kullanılan Çeşitli Uluslararası İş Ortaklığı Modellerinin Hukuki Çerçevesi" "Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010, s.3.

Tunus, Cezayir gibi ülkelerde inşaat işi üstlenmek isteyen yabancı firmalar çoğu zaman yerli firmalar ile bir noter sözleşmesi kanalı ile AEG oluşturmaktadır.

2.5 “ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ” KAVRAMI

Uluslararası inşaat projelerinde; kültür, dil, hukuk sistemleri ve uygulamalardaki farklılıklarından dolayı taraflar arasında kurulan sözleşme büyük önem taşır. Sözleşmeler projenin uyuşmazlık çıkmadan tamamlanması ve tarafların işbirliğini sağlamlaştırmayı amaçlamaktadır. Uluslararası inşaat projeleri FIDIC sözleşme şartları gibi çeşitli standart kurallarla hazırlanır³⁹.

Uluslararası inşaat; tarafların birbirinden farklı ülke hukukuna tabi olduğu yüksek ölçekli ve yabancı sermayeli şirketlerin projelerini kapsar. Bu projelerin yönetim rejimi uluslararası inşaat sözleşmelerinin kurulması ile sağlanır. Sözleşmeler; taraflar arasındaki olası risk durumunu belirleyerek uyuşmazlıkların çözümü için taraflara risk yönetimi sağlar. Uluslararası inşaat projelerinde taraf şirketlerin birbirinden farklı ülkede olması nedeni ile anlaşmazlıkların çözümü farklı ülke hukuk sistemlerine tabi olabilmektedir. Bu durumda sözleşmede hukuk seçimi yapılması ve alternatif çözüm yolları belirlenmesi büyük önem taşır. İnşaat sözleşmeleri, proje taraflarının ifa ve yükümlülüklerini düzenleyerek, sözleşme şartlarının belirlenmesi ile projenin yürütülmesini sağlar. İnşaat sözleşmeleri uluslararası standartlarda projenin kabul görme şartlarını düzenler ve tarafların birlikte çalışma şartlarını düzenleyerek projelerde yatırımcıların güvenini sağlamak, projenin başarısı için sistemi oluşturmak açısından kritiktir. İnşaat sözleşmeleri projelerin uluslararası standartlara uygun olarak kabul görmesine ve tarafların uyum içinde çalışmasına zemin hazırlar. Taraflar arasında hukuki standartları sağlar.

İnşaat projelerinde taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında alternatif çözüm yollarına başvurmak avantajlı olacaktır. Taraflar arasında detaylı bir sözleşme sağlanması halinde, projenin tamamlanması aşamasında ihtilaf çıkırsa dahi şantiyede çözüm sağlayabilecek

³⁹ HÖK Götz Sebastian; “Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar”, Çeviri: Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet yayınları, 2009, s.2; TÜZEMEN ATİK Ebru, “FIDIC (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu”, GÜHFD, C. 2014, S. 2, s. 54.

çözüm mekanizmalarına ihtiyaç duyulur⁴⁰. Projelerde müteahhit ile işveren arasındaki olası risklerin bertaraf edilmesi için objektif hükümleri içeren sözleşmenin olması kritiktir.

İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmeleri niteliğinde sözleşmeler olup sözleşme; fiil ehliyetine sahip iki veya daha fazla sayıda tüzel veya gerçek kişinin, karşılıklı irade beyanının birbirine uygunluğu sonrasında kurulur. İnşaat sözleşmelerinin bir alt türünü kapsayan TBK Md. 355’de düzenlenen eser sözleşmeleri, iş sahibinin sözleşmede vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında müteahhidin iş sahibine eseri meydana getirmek üzere borçlanmasıdır⁴¹. İnşaat sözleşmeleri niteliği açısından bakıldığında bir istisna sözleşmesidir. Bu sözleşmeye göre müteahhit eser meydana getirmeyi, iş sahibi ise karşılığında belirli bir ücret ödemeyi taahhüt eder⁴². Sözleşme uyarınca tarafların birbirine sorumlulukları doğacaktır. TBK Md. 356 Uyarınca; inşa eserinin meydana gelmesinde gerekli olan araç ve gereçleri temin borcu müteahhide ait olacaktır. Sözleşmenin kurulması ile taraf sorumlulukları başlar ve proje boyunca devam eder. Taraflar arasında sözleşme hükümleri sözleşme serbestisi ilkesi hükümleri uyarınca diledikleri gibi kararlaştırılabilir.

Uluslararası inşaat projelerinde akdedilen inşaat sözleşmeleri, uluslararası sözleşme olup, farklı devletleri bağlayıcı niteliktedir. Sözleşmenin tarafları farklı ülkelerde mutad meskene sahipse veya sözleşme konusu hizmet veya ödeme bir ülkenin sınırlarını aşmakta ise bu durumda, o sözleşme uluslararası nitelikte olacaktır. Uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası Kanun veya uluslararası sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları kesin şekilde karara bağlayacak bir uluslararası Mahkeme söz konusu değildir. Bu nedenle, uluslararası sözleşmelerin maddi içeriğini ve şeklini ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yollarını esasen ulusal hukuk sistemleri ve taraf iradeleri belirlemektedir. Ancak uluslararası sözleşmeyi hazırlarken tarafların dikkate alacağı çeşitli uluslararası sözleşme ve şartnameler, yeknesak kural ve uygulamalar mevcuttur. Bir uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları sözleşmeyi hazırladıkları esnada

⁴⁰ **KÖKSAL** *Uluslararası İnşaat*, s.1; “**EREN**, Fikret, “**Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri**”, **İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer**, 18-29 Mart 1996, Ankara, BTHAE, 2001, s. 49.

⁴¹ **EREN**, “*Borçlar Kanunu Açısından*” s. 55; **KAPLAN** İbrahim; “**İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu**”, **İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer**,1996, Ankara, BTHAE, 2001, s. 119; **ZEVKLİLER** Aydın/ **GÖKYAYLA** Emre “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2014, s. 119; **YAVUZ** Cevdet/**ACAR** Faruk/**ÖZEN** Burak, “**Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**,” İstanbul, Beta yayıncılık, 2014, s. 985-986.

⁴² **EREN**, *Borçlar Genel*, s.49.

sözleşme kapsamını tüm yönleri ile dikkatle ele aldıklarında taraflar kendi iradeleri ile doğması muhtemel uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına engel olabilirler. İşte burada uluslararası inşaat projelerinde sözleşmenin önemi somut şekilde anlaşılmaktadır. Sözleşme ile dikkate alınan ilkeler uyarınca doğması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçmek veya uyuşmazlıklara alternatif çözüm yolları sunmak olasıdır.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri veya iş ortaklığı sözleşmelerinin hazırlanması aşamasında doğabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi için dikkate alınması gerekli durumlar vardır. Uyuşmazlıkları önlemek için dikkat edilmesi gereken hususlar; tarafların akdettikleri sözleşmenin geçerli olabilmesi için tabi oldukları ulusal hukuk sistemlerine göre sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Tarafların müzakere aşamasında veya sözleşmenin akdedilmesi aşamasında birbirlerinin yetki belgeleri veya sirkülerini incelenmesinde fayda vardır. Uluslararası sözleşmeyi akdedecek tarafların muhataplarının hukuken ehil olup olmadığını değerlendirmek durumundadırlar.

Sözleşmenin akdedilmesi esnasında tarafların birbirlerinin imza sirkülerini ve yetki belgesini detaylı olarak gözden geçirmeleri gerekmektedir. Uluslararası sözleşmeyi akdedecek tarafın muhataplarının hukuken ehliyetli olup olmadığı onların tabi olduğu hukuk sistemine göre değerlendirilmelidir. Sözleşmede mutlaka tüm detaylara yer verilmelidir.

Tarafların akdettiği sözleşmede tüm detaylara yer verilmemesi durumunda, sözleşmenin yorum ve ifasından doğan sorunların bertaraf edilmesi için sözleşmede boşluk bulunan konularda kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüm aranır. Sözleşmede boşluk olması durumunda uyuşmazlık maddi hukuk sistemine tabi olacaktır. Şayet milli hukuk sistemine başvurulursa kanunlar çatışması ile karşılaşılacaktır. İşte burada mutlaka dikkat edilmesi gereken husus, uluslararası iş ortaklıklarında sözleşmelerin milli hukuk sistemine başvuru en minimale indirgeyecek şekilde boşluk bırakılmayarak hazırlanılmasıdır. Bir diğer önemli hususta sözleşmeye uygulanacak olan hukukun seçimi ile sözleşme hükümlerinin uyumudur. Taraflarca sözleşmede seçilen ülke hukuku ile sözleşmeye uygulanan hukuk farklı ise sözleşme hükümleri geçerli olmamaktadır. Sözleşme hazırlanırken seçilen hukuk ile sözleşmeye uygulanacak hukuk aynı seçilirse bu sorun oluşmayacaktır.

Mevzuatımız kapsamında MÖHUK Md. 7 uyarınca; sözleşmenin akdedildiği ülkenin veya esasa uygulanan hukukun öngördüğü şekle uygun olan sözleşmeler şekil bakımından geçerli

olacaktır. Taraflar sözleşmenin uygulanması aşamasında sözleşmenin esas ve şekil bakımından özellikle sözleşmenin ifa edileceği ülke hukuku dikkate alınarak şekil şartları incelenmeli ve buna uygun olarak düzenlenmelidir.

Uluslararası iş ortaklığı sözleşmeleri ahde vefa ilkesi prensibine tabidirler. Ancak, bazen sözleşmenin kurulduğu zamanki şartlar devam eden süreçte öyle değişir ki artık borçlunun ediminin ifasını etmesini beklemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁴³. Sözleşmenin ifasının imkansız olması durumunda bu ilkeden istisna edilerek sözleşme yeni şartlara uyarlanır ve ya feshedilir. Örneğin; savaşlar, deprem ve yangınlar gibi beklenmedik durumlar karşısında ülke ekonomisinde meydana gelebilecek düşüşler durumunda sözleşme ifasında ekonomik dengenin bozulması halinde ifasının istenmesi hakkaniyete aykırı hale geldiği durumlar oluşabilmektedir. Böyle mücbir sebep durumlarında sözleşme uyarlanır veya feshedilebilir. Tüm bu hususların uluslararası sözleşme hükümlerinde düzenlenilmesinde fayda vardır.

2.6 ULUSLARARASI STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ TÜRLERİ

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin geçerliliği projenin yürütülmesi için mutlak bir şarttır. Sözleşmenin geçerlilik şartları belirli hukuki prensipler ve standartlar çerçevesinde incelenir. Sözleşmeler tarafların irade serbestliği ilkesine göre şekil şartına tabi olmadan düzenlenebilmektedir. Ancak uluslararası inşaat sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için geçerli bir inşaat projesi de olmalıdır.

İnşaat sektöründeki uluslararası kurum ve kuruluşlar standart sözleşmeler hazırlayarak, sözleşme taraflarını ortak bir noktada buluşup, sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerin

⁴³ **TEKİNAY** Selahattin Sulhi /**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 368; **EREN**, s. 481; **OĞUZMAN** Kemal /**ÖZ** Turgut; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 12. Baskı, İstanbul 2014, s. 203 ; **KAPLAN**, s.119; **TUNÇOMAĞ** Kenan; “**Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler**”, İÜHFM, 1966,s. 885; **GÜLEKLİ** Yeşim; “**Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi**”, İÜMHAD,1990, s. 43; **SCHWARZ** Andreas B.; “**Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri**”, Çev. Hikmet Belbez, Adliye Dergisi,1944, s. 190; **AKMAN** Sermet; “**Karşılaştırmalı olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar**”, İBD, 1989, s. 626; **DOĞANAY** İsmail; “**Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?**”, Yargıtay Dergisi, 1975, s. 27; **DURAL** Mustafa; “**Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**”, İstanbul 1976, s. 29.

öngörülebilirliğini ve uyumsuzluklar hususunda izlenilmesi gereken yöntemlerin bilinirliğini sağlamaktadır⁴⁴.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri hukuki rejimi olarak geçerlilik şartlarına dikkat edilerek hazırlanmalıdır. Sözleşmelerin tasarlanması ve akdedilmesi esnasında alınacak hukuki tedbirler ve oluşabilecek muhtemel ihtilaflara karşı çözüm yolları üretmelidir. Bu çözüm yolları üretilirken seçilecek olan hukuk ile sözleşmenin uygulanacağı hukuk birbirine uygun olmalıdır.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri komplike sözleşmeler olduğundan tarafların sözleşmeyi hazırlarken tüm detayları incelemeleri ve ortaya çıkabilecek potansiyel risk ve uyumsuzlukların üzerinde durulmalıdır. Mevzuatımızda bu husus ilgili kanun maddelerinde düzenlenilmiştir. TMK ve TBK'nın ilgili kanun maddelerinde sözleşmelerde yerine getirilmesi gereken şartlar; TMK Md. 9 hükmünde⁴⁵ fiil ehliyeti düzenlenilmiştir. Bu hüküm uyarınca tarafların hukuki işlem ehliyeti zorunluluğu düzenlenilmiştir. TBK Md. 19/2 hükmünde⁴⁶ hukuki işlem kuralları ve bu hüküm uyarınca hukuki işlemin ahlaka ve emredici kurallara uygunluğu düzenlenilmiştir. TBK Md. 23 hükmünde⁴⁷; “Bu hüküm uyarınca irade beyanı, hile, hata veya korkutma nedeni ile sakat olmaması gerektiği “düzenlenilmiştir. Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir.” Bu hüküm uyarınca irade beyanı, hile, hata veya korkutma nedeni ile sakat olmaması gerektiği düzenlenilmiştir.

2.6.1 Uluslararası Standart İnşaat Sözleşme Çeşitleri

İnşaat sektöründeki uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan belirli standart sözleşmeler, sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukların öngörülerek, ihtilaf durumunda takip edilecek yöntemleri düzenlemektedir. Milletlerarası inşaat projelerinde mutlaka standart sözleşme

⁴⁴ **ERKAN** Mustafa; “Möhuk Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s.106.

⁴⁵ Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.

⁴⁶ Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

⁴⁷ Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Bu hüküm uyarınca irade beyanı, hile, hata veya korkutma nedeni ile sakat olmaması gerektiği düzenlenilmiştir. Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir.

uygulama zorunluluğu yoktur. Ancak günümüzde, genellikle uygulamada birçok uluslararası firma, projeleri finanse etmeden önce sözleşmelerin uluslararası standart sözleşmelerce esas alınarak hazırlanılmasını tercih etmektedir. Uygulamada kullanılan standart inşaat sözleşmeleri; ICE: Institution of Civil Engineers (İnşaat Mühendisleri Enstitüsü), JCT: The Joint Contracts Tribunal (Ortak Sözleşmeler Mahkemesi), NEC: New Engineering Contract (Yeni Mühendislik Sözleşmesi), FIDIC: International Federation of Consulting Engineers (Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)

2.6.1.1 ICE (Institution of civil engineers) sözleşmeleri

ICE 1818'de Londra'da kurulmuş olup 96.000'den fazla üye ile Dünyanın ilk profesyonel kuruluşu olarak kabul edilmektedir. Uygulamada sıkça başvuru alan bu kuruluşun şartnamelerine göre, yüklenici üstlendiği işleri iş sahibinin şartlarına göre yürütür ancak tasarım konusunda sorumluluk mühendistedir. Mühendis inşaat işlerini inceler, işleri yürütür ve müşterilere önerilerde bulunur. Altı adet ICE sözleşme şartı vardır. Yedinci baskı olan son baskı 2003 yılında basılmıştır. Şartnameye göre taraf arasındaki uyuşmazlıklarda başvuru alan ilk karar mekanizması mühendistir. Mühendis kararına karşı yüklenici ya da iş sahibi tarafından tahkim, uzlaşma gibi alternatif çözüm yollarına veya Devlet yargı mercilerine başvurulabilmektedir. Tüm bu kapsamda ICE şartnameleri, uygulamayı yönlendirmektedir.

2.6.1.2 JCT (The joint contracts tribunal) sözleşmeleri

JCT İngiltere merkezli bir kuruluştur. Yedi üyeden oluşur İngilterede planlanan inşaat projelerinde sıkça başvuru alan standart sözleşmeler bu kuruluşun sözleşmeleridir. JCT'nin çıkardığı önemli standart sözleşmeler; ara inşaat sözleşmeleri, JCT büyük inşaat projesi tasarım ve yapı sözleşmesi, maaliyet sözleşmesi, yönetim yapı sözleşmesi, standart yapı sözleşmesi, ölçülen vadeli sözleşme, onarım ve bakım sözleşmesi ve küçük yapı sözleşmesi olmak üzeredir. JCT kuruluşu, inşaat alanında hazırladığı klavuz notlar, standart sözleşmeler, tüm inceleme ve belgeler çerçevesinde taraflar arasında objektif ve dengeli bir şekilde risk dağılımı yapmayı hedefler.

2.6.1.3 NEC (New engineering contract) sözleşmeleri

NEC uluslararası inşaat alanındaki bir diğer önemli sözleşmedir. Dört adet baskısı vardır. Bunlar; 1993, 1995, 2005 ve 2017 yıllarına aittir. İlk baskısı "New Engineering Contract

“(Yeni Mühendislik Sözleşmesi) olarak adlandırılmıştır. İkinci baskıda ise, “NEC” Nec Mühendislik ve inşaat sözleşmesidir. Zamanla ortaya çıkan ihtiyaç ve gelişmelere göre sözleşmeler revize edilerek yeni baskılarını almış ve güncellenmiştir. Bu standart sözleşmeler sözleşme tarafları arasındaki ilişkileri düzenleyerek, işlerin idare edilişi ve projelerin uygulanma rejimini düzenleyen büyük veya küçük tüm inşaat projelerinde uygulama alanı bulabilen sözleşmelerdir.

2.6.1.4 FIDIC (International federation of consulting engineers) sözleşmeleri

1913 yılında Merkezi İsviçre’nin Cenevre şehrinde kurulan bu kuruluş⁴⁸, 102 üyeye sahiptir. FIDIC (Federation of Consulting Engineers) Fransızca bir kavram olup, Uluslararası Müşavir ve Mühendisler Federasyonu’nun kısaltmasıdır. Müşavir ve Mühendisler Uluslararası Federasyonuna her ülkeden bir kuruluş üyedir. Ülkemiz Türk Müşavir ve Mühendisler ve Mimarlar Birliği temsilciliğinde 1987 yılında FIDIC’e üye olmuştur. FIDIC tarafından standart sözleşmeler yayımlanmaktadır ve inşaat alanında yaygın olarak kullanılmaktadır. Böylece farklı hukuk sistemlerine ve ülkelere ait taraflar arasında akdedilen sözleşmelerde standart ve ortak hükümler kullanılmak yoluyla uygulamada avantaj sağlamak mümkündür⁴⁹. Kuruluşun amacı; inşaat sektörünün uluslararası alanda gelişmesidir. Uluslararası alanda yeknesak kuralları olan FIDIC sözleşmeleri ilk olarak 1957 yılında yayımlanmıştır. Zamanla inşaat sektöründeki gelişmeler ve taraf talepleri doğrultusunda güncellenilmekte ve adil risk dağılımı yapmayı amaçlayarak, taraflar arasındaki menfaat dengelerini korumaya çalışmaktadır⁵⁰. Son sözleşme 2017 yılında yapılmıştır. Bu tarz standart sözleşmelerin kullanılması taraflarca her defasında yeni bir sözleşme müzakere edilmemesi için tercih edilmektedir. Günümüzde birçok uluslararası kuruluş, projeyi finanse etmeden önce sözleşmenin uluslararası standart sözleşmeler esas alınarak hazırlanmasını istemektedir.

⁴⁸ (<https://www.fidic.org/>) (Erişim Tarihi: 03.07.2024)

⁴⁹ AKINCI, *İnşaat*, s.22.

⁵⁰ TÖRE Nazlı; “Fidic Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri, Dayınlarlı Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2011, s.87.

3. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ TAHKİMİNDE UYGULANACAK HUKUK

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınacak önemli konulardan biri, esasa uygulanacak hukuk kavramıdır. Tarafların uygulanacak hukuku önceden seçmeleri mümkündür. Seçilen hukuk; sözleşmenin yorumlanması, ifası, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin sona ermesi gibi konularda uygulanacaktır. İnşaat sözleşmelerine hangi hukuk sisteminin uygulanacağı, sözleşmelerde taraflarca belirlenebilmektedir. Tarafların seçtiği hukukun kural olarak sözleşmeyle veya taraflarla bağlantılı olma zorunluluğu yoktur. Taraflar sözleşme konusuna en elverişli ve tarafsız olan devletin hukukunu tercih edebilirler. MÖHUK Md. 24 uyarınca; bizim hukuk sistemimizde de taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku aralarındaki sözleşme ile seçebilirler. Uluslararası nitelikli uyuşmazlıklara direkt Türk hukuku uygulanmadığından, öncelikli olarak uyuşmazlığa hangi ülke hukukunun uygulanacağı belirlenmelidir⁵¹. Burada “kanunlar ihtilafı” kuralı ile hangi hukukun uygulanacağı belirlenebilecektir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda uygulanacak hukuk ise tezim devamında işlenmiştir.

3.1 GENEL OLARAK

Milletlerarası özel hukuka tabi sözleşmelerde irade serbestisi ilkesi esas olduğundan, sözleşme tarafları bu kural uyarınca ihtilaflarına, kendi kararlaştırdıkları hukuk sistemini yetkili kılabilen serbesttirler. Uluslararası inşaat sözleşmeleri taraflarının farklı ülkelerde olması nedeni ile yabancı sermayeye tabi ihtilaflarda milli mahkemelerin objektiflik kriterine aykırı karar verme riskinden dolayı taraflar alternatif çözüm yollarına ihtiyaç duyarlar. Alternatif çözüm yollarının geçerli olabilmesi için örneğin en çok tercih edilen yöntem olan tahkim ile çözüm için tarafların akdettikleri sözleşmeye tahkim şartı eklemesi veya tahkim sözleşmesi akdetmesi tahkim ilk itirazı riski ile karşılaşılmadan çözümü kolaylaştıracaktır. Tahkim anlaşmalarında da tarafların seçtikleri hukuk önemli bir kriterdir. Taraflar şayet hukuk seçiminde bulunmamış ise, bu durumda “Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Sözleşmesi” uyarınca ; tahkim anlaşmasının esastan geçerliliğine uygulanacak

⁵¹ ŞANLI, *Uluslararası*, s.48.

hukukun tespitinde ilk olarak tarafların seçtiği hukuka, şayet bir hukuk seçimi yapılmamışsa hakem kararı ile tespit edilen hukuka veya ihtilaf ulusal mahkemelere konu edilirse hakem tespitinin nerede verileceğine karar verilememişse hakimin kendi milli hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edileceği sonucu genel görüş olarak kabul edilir⁵².

Milletlerarası sözleşmelerde irade serbestisi ilkesi hakim olsa da, bu ilke her hukuk sisteminde aynı anlamı doğurmamaktadır. Tarafların ICSID hukuk kurallarına göre *lex mercatoria*, milli hukuk sistemleri dışında kalan kuralları veya genel prensipleri uygulamak gibi seçimlik hakları vardır. Uyuşmazlığın tahkim ile çözüleceği hallerde esasa uygulanacak hukuk seçimi konusunda taraflara hukuk seçme imkanı getirilmişse, taraflar yalnızca milli bir hukuku seçme serbestisine de sahiptir. Buna ek olarak, tarafların hukuk kurallarını seçme imkanı varsa milli hukukun yanında anasyonel kurallar, genel prensipler ve *lex mercatoria*’yı da seçebileceklerdir⁵³.

Türk hukuk sisteminde yargılamaya konu sözleşme şayet yabancı unsurlu ise öncelikle tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda uygulanacak hukuk ise sözleşmeden doğan bir hükmün geçerliliği ve sözleşmenin geçerli olmasına bağlı olup, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan hukuka tabidir. Sözleşmeden doğan bir ilişkide taraflardan birinin davranışı sonrası hüküm oluşturma, uygulanacak olan hukuka tabi kılınması hususunun hukuka uygun olup olmayacağı olayın şartlarındansa, irade beyanının varlığına onayı olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır⁵⁴. İnşaat sözleşmelerinde genellikle sözleşme taraflarının seçmiş olduğu milli hukukun eser sözleşmelerine göre kuralların uygulanmasına gerek kalmadan uyuşmazlık, tarafların akdettikleri sözleşme hükümlerine göre çözümlenir.⁵⁵ Buna karşılık sözleşmede uyuşmazlık konusu ile ilgili

⁵² IŞIK Fatih; “Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk” 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tahkim-anlasmasin-esasina-uygulanacak-hukuk> (erişim tarihi: 25.09.2024)

⁵³ ÖZEL, s.373.

⁵⁴ AKINCI Ziya; “Milletlerarası Özel Hukuk”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s.50.; Y. 3.HD., 30.05.2012 T., 2012/8973 E., 2012/13817 K.; “Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık bu akitlere bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında TMK 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hasıl olur.” (Yargıtay Kararları Dergisi, 2012, s.10.

⁵⁵ AKINCI, *Milletlerarası*, s.312.; ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/FİGENMEŞE ATAMAN İnci; “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2023, s.32.

hüküm bulunmaması halinde belirli bir milli hukuk sisteminin kuralları veya o hukukun konuya ilişkin mahkeme kararlarından, doktrininden yararlanmak gerekebilir⁵⁶. İşte bu halde taraflarca kararlaştırılan hukuk uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca taraflar kısmi hukuk seçiminde de bulunabilirler. Şöyle ki proje kapsamında sözleşmenin ifasına dair tüm ihtilafları için Türk hukuku, ancak sözleşmenin sona erme rejimi bakımından Alman hukukunun uygulanmasını öngörebilirler. Türk hukuk sisteminde bu şekilde bir kısmi hukuk seçiminin geçerliliği mümkün olup aşağıda detaylarından bahsedeceğim.

Yabancılik unsuru taşıyan inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. MÖHUK kanunlar ihtilafı sisteminde yabancılik unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralları tespit edilir ve MÖHUK Md. 24/4 hükmü uygulanır. Sözleşmenin hangi hallerde uluslararası nitelik kazanacağı konusu önem taşır. Birden fazla hukuk sistemine tabi olması bu konudaki kıstaslardan biridir, diğer bir doktrin ise sözleşmenin milletlerarası niteliğini belirlenirken sözleşme ile ilgili kişisel ve coğrafi unsurlardır.

Yabancılik unsuru taşıyan ve sözleşmeye uluslararası nitelik kazandıran şahsi veya coğrafi unsurlar olarak sözleşme taraflarının farklı vatandaşlığa, mutad meskene ya da yerleşim yerine sahip olması halinde sözleşmenin ifa yeri, kuruluş yeri veya sözleşme konusu edimin ülke sınırlarını aşması halinde sözleşme yabancılik unsuru taşır⁵⁷. Tüm bu nitelikler dışında sözleşmenin uluslararası ticareti ilgilendirmesi durumu da onun milletlerarası kapsamında değerlendirilmesi için bir nedendir. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şart ve sözleşmelerinde bu konuya ilişkin; taraflar tahkim yöntemine başvurulması durumunda uyulması gereken kurallarda sözleşmenin uygulanmasını yurt dışı kaynaklı teminat sağlanması veya yabancılik unsuru sağlayan hususlardan biri olarak belirtmiştir.

Uluslararası İnşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde diğer sözleşmeler gibi kesin bir hüküm yoktur. Kanunlar ihtilafı yöntemi ile uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Milletlerarası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde

⁵⁶ AKINCI, *İnşaat*, s.312.

⁵⁷ KARACA Akif H.; “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve Mühuk M.24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt :22, Sayı :3, 2016, s.1493.

karşılaşılan sorunlardan biri uygulanacak hukukun tespitindeki yöntemin seçimidir. Hukukumuzda bu konu tartışılmaktadır.

3.2 TARAFLARCA YAPILAN HUKUK SEÇİMİ

Hukuk seçimi yapıldığında yabancı hukukun seçimi dışında sözleşmede yabancılık unsuru bulunmaması halinde, sözleşmedeki emredici hukuk kuralları gereğince sözleşmenin irtibatlı olduğu hukuk normları uyarınca uygulama alanı sınırlandırılacaktır. Hukuk seçimi, objektif yönden yabancılık unsuru bulunmayan hukuki ilişkide yapılmışsa o hukuki ilişkiye yabancı unsur kazandırılması için, kanunda açık şekilde düzenlenilmesi gerekir. Hukuk seçimi, yabancılık unsuru kazandırmak için tek başına yeterli olmayacaktır.

Tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olması durumunda en önemli hususlardan biri sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimidir. TBK ile taraflara irade serbestisi ilkesi sağlanmıştır. Bu ilkeye göre taraflar aralarında akdedecekleri sözleşmelerin şeklini, türünü, muhdevasını istedikleri şekilde düzenleyebilirler. Uygulamada taraflar genelde hukuk seçiminde en kolay erişebilecekleri hukuku tercih etmektedirler. Otoriter olarak güçlü olan taraf sözleşmede kendi hukukunu tercih olarak karşı tarafa kabul ettirmede daha fazla şans sahibi olacaktır. Tarafların seçecekleri hukukun sözleşme ile herhangi bir bağlantısının olması zaruriyeti yoktur. Taraflar bağlantısız bir hukuku seçebilirler⁵⁸. Bu özgür yaklaşım, uluslararası ticaretin tarafları, sözleşmelerini uygun görecekları herhangi bir ülkenin hukuk sistemine tabi kılabilirler⁵⁹. Yabancılık unsuru olmayan sözleşmelerde hangi hukukun uygulanacağına ilişkin sorun ortaya çıkmaz. Uluslararası özel hukuk alanında olduğu gibi Uluslararası usul hukuku alanında da ihtilaf halinde taraflara başvurulacak yargı merciini seçme serbestisi tanınmıştır. Bu özgürlük tarafların tahkim veya yetki anlaşması akdetmesi

⁵⁸ AKINCI, *İnşaat*, s.314; TEKİNALP Gülören; “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları”, Vedat Yayıncılık, 2020, s. 351 ; ÇELİKEL Aysel / ERDEM B.Bahadır; “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.338 ; NOMER Ergin/ŞANLI Cemal; “Devletler Hususi Hukuku”, Beta Yayıncılık, 2007, İstanbul, s. 306; AYBAY Rona/DARDAĞAN Esra; “Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)”, İstanbul 2005 s. 228; ÖZKAN Işıl; “Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi” Ankara 2003, s. 124; EKŞİ Nuray; “Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu”, İstanbul 2004, (Roma Konvansiyonu), s. 91; DEMİR GÖKYAYLA Cemile: “Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri”, Ankara 2005 s. 275; ZHANG Mo: “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, Emory International Law Review, V. 20, Fall 2006, s. 552.

⁵⁹ ŞANLI, *Uluslararası*, s.84.

ile kullanılır. Ancak tarafların sözleşmelerinin tasarlanması sırasında dikkat etmesi gereken hususlar vardır. Hukuk seçimi uyuşmazlıklardan önce yapılabildiği gibi, eksikliği durumunda uyuşmazlıktan sonra da yapılabilmektedir. Sözleşme yapıldıktan sonra hukuk seçiminin kararlaştırılması ise MÖHUK Md. 24/3 Uyarınca geriye etkili olarak yönetilecektir⁶⁰. Taraflar arasındaki hukuki ilişki nedeni ile bazı hallerde birkaç sözleşme yapılabilmektedir. Bu durumda mümkün oldukça aynı hukukun seçilmesi gelecekteki uyuşmazlıklarda belirleyici olabilmektedir. Türk hukuk sisteminde MTK Md. 4/3 ve MÖHUK Md.2/4 Uyarınca; sözleşme tarafları aksini kararlaştırmadığı müddetçe seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır⁶¹.

Sözleşmenin hazırlanması sırasında yetkili mahkeme belirlenmelidir. Sözleşmede ileride ortaya çıkma riski bulunan uyuşmazlıkların çözümleneceği yargı merciinin önceden belirlenmesi durumu, taraflara aralarındaki ilişkinin geleceği hakkında güven verir. Sözleşme ilişkisinden uyuşmazlık doğması halinde taraflar uyuşmazlığın çözümünün hangi devlet mahkemesinde görüleceğini bilirler. Şayet sözleşmede uygulanacak hukuk seçimi yapılmamışsa uyuşmazlık doğduğunda davacı kendi lehine olan devlet mahkemesinde dava takibi yapacaktır. Bu durum karşı taraf için ciddi zorluklar meydana getirebilir. Bu şekilde olası ihtilaflarda belirsizlik yaşamamak adına hukuk seçiminin önceden yapılması gerekmektedir. Şayet taraflar hukuk seçimini yapmamışlarsa veya alternatif çözüm yolu merciilerine başvurulmamışsa, yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülkeler ihtilafların çözüm mercii olarak kendi mahkemelerinin yetkisini öngören klozları seçme taraftarı olacaktır.

Tarafların sözleşmede hukuk seçiminde bulunmamaları durumunda, olası ihtilafta objektif bağlama kuralına göre hukuk tespit edilir. Bağlama noktaları; *lex fori*, sözleşmenin ifa yeri, mutad mesken gibi unsurlardır. Bağlama noktasının fazlalığı ise işi komplike bir hale getirecektir. Bu durumda “karakteristik edim “unsuru devreye girecektir. Karakteristik edim ile mutad mesken, yakın bağlantılı hukuk olarak sayılır. Taraf iş yeri meskenine bakılır, yoksa yerleşim yerine bakılır. Karakteristik mutad meskeni, en yakın bağlantılı hukuk olarak

⁶⁰ AKINCI, *İnşaat*, s.315; ÖZDEMİR Hatice; “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, s. 928.

⁶¹ NOMER Ergin; “Devletler Hususi Hukuku”, beta yayıncılık, 2017, s.155; DOĞAN Vahit; “Milletlerarası Özel Hukuk”, savaş yayınevi,2020, s.235; ŞANLI / ESEN /ATAMAN-FİĞENMEŞE, *Milletlerarası*, s.63; ÇELİKEL /ERDEM, *Milletlerarası*, s.126.

kabul edilir. Uygulanacak hukukta öncelikle sözleşmenin ticari faaliyet veya mesleki faaliyet için kurulma hali incelenir. Tarafın işyeri meskenine, şayet yoksa mutad meskenine bakılarak MÖHUK Md. 24 uyarınca; uluslararası inşaat sözleşmelerinin esasa uygulanacak hukuku FIDIC Sözleşmesindeki normlar uyarınca ve MÖHUK Md. 24/4 istisna kuralı uyarınca karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku uygulanır. Bu durumun istisnası; sözleşmede saptanan hukuk dışında, daha sıkı ilişkide olunan hukuk bulunuyorsa, o hukukun uygulandığı haldir.

Uygulanacak hukukun belirlenmesinde uyuşmazlığın mahkemelerde veya tahkimde çözümlenmesi farklı bakış açılarının uygulanmasına neden olacaktır. Uluslararası tahkim uygulamasında uygulanacak hukukun tespitinde hakemlere büyük bir serbestlik tanınmıştır⁶².

Yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelere yabancı hukuk seçimi yapılmaması gerektiğine inanılan yönde doktrin görüşleri de mevcuttur. Bunun tam tersi yönünde görüşler de mevcuttur. Burada önemli olan husus irade serbestisi kavramıdır. Taraflar bu serbesti sayesinde kararlaştırdıkları hukuk sistemine göre işlem yapabileceklerdir. Milletlerarası hukuk kapsamında bu kavram bir bağlama kuralıdır. Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti bu bağlama kuralınca tespit edilir ve uyuşmazlık sözleşmede seçilen hukuka tabi olacaktır. Buradaki “irade serbestisi” kavramı yabancılik unsuru içerip içermediğinin tespitidir. Milletlerarası hukukta bu kavram daha geniştir. Şayet yabancılik unsuru içermiyorsa ve bizim hukukumuzda tabi ise o halde MÖHUK’ un inceleme alanına girmeyecektir.

Yabancılik unsuru içeren inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun saptanmasında iki önemli kriter vardır. Bunlar; “Kanunlar ihtilafı yöntemi” ve “Subjektif bağlama kuralı”dır. Kanunlar ihtilafı kuralında; sözleşmeye alternatif yöntem mi uygulanması gerektiği yoksa sözleşmenin milli hukuka mı tabi olduğu konusu tartışılır. Subjektif bağlama kuralına göre ise; uygulanacak hukuk tespit edilirken hangi bağlama noktasının tercih edileceği ve devletin

⁶² KALPSÜZ Turgut; “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, 2007, s. 75; DAYINLARLI Kemal, “UNCITRAL Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim”, 2000, s.61; AKINCI, “Milletlerarası Tahkim”, s.233; YEŞİLİRMAK Ali; “Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim”, 2011, s.112; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE ATAMAN, *Milletlerarası*, s.664; ÖZEL Sibel; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, 2008, s. 131.

hangi hukuku uygulayacağı meselesi ele alınır. Tüm bunlara göre; MÖHUK Md. 25 ve MÖHUK Md. 29 kapsamında; sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti özel kanunlar ihtilafı normlarına göre belirlenir. Bu kapsamda nitelendirilmeyen sözleşmeler ise MÖHUK Md. 24 kapsamında Genel Kanunlar ihtilafı normlarınca belirlenir. Yabancı unsurlu taşınmazların inşaatına ilişkin sözleşmeler MÖHUK Md. 25 kapsamında değerlendirilip değerlendirmeyeceği tespiti önem taşır. Belirtmem gerekir ki yabancı unsurlu taşınmaza ilişkin sözleşmeler Md. 25 kapsamına girmeyecektir. Başka bir anlatımla taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmişlerse; mahkeme tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna vararak, başka bir hukuku uygulamak üzere tahkim itirazını kabul edemez⁶³.

Bir diğer husus, yabancılık unsuru bulunmadığı halde, tarafların yabancı bir hukuk seçip seçemeyeceği halidir. Örneğin iki Hollandalı arasındaki çanta satımına ilişkin sözleşmede çantaların bir Fransız firma tarafından üretilmesi nedeni ile yabancılık unsuru bulunacaktır. Ancak belirtmekte fayda vardır ki “hukuk seçimi” kavramı, esas sözleşmenin bir maddesi, bir hükmü olarak tasarlanmış olsa dahi, bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmelidir⁶⁴.

3.2.1 Açık Hukuk Seçimi

Uluslararası sözleşmelerde taraflara tanınan irade serbestliği ilkesi, milli hukuk sistemlerine yönelik açık hukuk seçimlerini de kapsamaktadır⁶⁵. Tarafların seçtiği hukukun uyumsuzluk ile bağlantılı olma şartı yoktur⁶⁶. Hukuk seçiminin “açık” olmasından anlaşılması gereken, sözleşme taraflarının aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanmak üzere belirli bir devlet hukukunu seçtiklerinin ve bu seçimin kendi açık irade beyanlarından, başkaca bir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın direkt olarak anlaşıldığı hallerdir⁶⁷.

⁶³ HASCHER DT.; “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Commentary”,2011, s.80.

⁶⁴ ŞANLI, *Uluslararası*, s.107.

⁶⁵ SÖNMEZ İrfan; “Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:1, 2015, s.215.

⁶⁶ ZERBE, s.217.

⁶⁷ NOMER, s.322; ŞANLI/ESEN/FİĞANMEŞE, *Milletlerarası*, s.246; DOĞAN, s.401; DEMİRKOL Berk “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24.Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk” vedat yayıncılık,2011, s.141; ARSLAN İlyas; “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”,2013, s.7.

Uluslararası akitleri kapsayan mevzuat çerçevesinde ve alternatif çözüm yollarına ilişkin düzenlemelerle, hukuk seçimini belirleyen kurallar bulunmaktadır. Örneğin, uyuşmazlıkların kurumsal tahkim yöntemiyle çözülmesi durumunda uygulanacak usul kuralları mevcuttur. Bu bağlamda ulusal, uluslararası ve bölgesel tahkim kurumları kurulmuştur. Dünya genelinde uluslararası ticaret ve yatırım sözleşmelerinde yaygın olarak kabul gören üç ana hakemlik kurumu bulunmaktadır: Birincisi, ICC (Uluslararası Ticaret Odası) Tahkim Komisyonu; ikincisi, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün UNCITRAL Tahkim Komisyonu; üçüncüsü ise Dünya Bankası'nın ICSID (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi) Tahkim Komisyonu'dur.

Açık hukuk seçiminde sözleşme tarafları yalnızca milli bir hukuku değil, milletlerarası hukuk kurallarını ya da *lex mercatoria* gibi ulusal olmayan hukuk kurallarını da seçebilmekte serbesttirler. İnşaat uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümünde sözleşmede açık bir hukuk seçiminin olması halinde MTK Md. 12 uyarınca; “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verecektir” hükmü yer alır. Bunun anlamı, sözleşmede açık bir hukuk seçiminin olması halinde hakemlerin bunu uygulamak zorunda olduklarıdır. Bu hüküm gereğince hakemler bunu uygulamak zorundadır. Aynı husus UNCITRAL tahkim yönetmeliği Md. 33 uyarınca ve ⁶⁸ MÖHUK ilgili maddelerinde de düzenlenmiştir. UNCITRAL Model kanununda bu konuya istinaden taraf egemenliğine öncelik tanınması konusunda düzenleme vardır⁶⁹. Doktrinde tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku “açıkça” kararlaştırmış olması şart değildir⁷⁰.

3.2.2 Zımnî Hukuk Seçimi

Zımnî hukuk seçiminde, açık hukuk seçiminde olduğu gibi tarafların serbest iradeleri esas olsa da, bu irade belirgin değildir. Taraflar “açıkça” bir hukuk sistemi seçimi yapmamışlar ise, tarafların aralarında “zımnî” bir seçimin varlığı aranır. Zımnî hukuk seçiminde tarafların “açık” irade beyanlarından hukuk seçimleri anlaşılamamak ile birlikte, sözleşmenin diğer

⁶⁸ **ALANGOYA Yavuz**; “UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1990, s.22.

⁶⁹ **GRANZOW Joachim**; “Das Uncitral- Modellgesetz über die internationale Handels gerichts barkeit von 1985”, s.167.

⁷⁰ **GRANZOW** s. 170.

hükümleri çerçevesinde veya sözleşmenin şartları çerçevesinde taraf iradelerinin yorumlanarak hukuk seçiminin anlaşılmasıdır⁷¹. Şöyle ki; iradenin belirgin olmaması karışıklığa sebebiyet verebileceğinden bu tür bir seçim, tarafların niyetlerini ve sözleşmenin uygulanacağı hukuk sistemini belirlemek için mahkemeler veya tahkim heyetleri tarafından yorumlanarak gerekli görülmesi halinde sözleşmeden çıkarılabilir. Örneğin, tarafların bir sözleşmede belirli bir ülkede düzenlenen kurallarına veya yerel uygulamalarına atıfta bulunmaları, o ülkenin hukukunu zımni olarak seçtikleri anlamına gelebilir. Zımni hukuk seçimi, tarafların ihtilaf durumunda hangi hukukun uygulanacağını belirlemek açısından önemli bir husustur. Esasa uygulanacak hukuku bulmadan, ihtilafı çözmenin mümkün olamayacağından sözleşmedeki bu çelişkiyi çözmek hakemlerin görevidir. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçiminde zımni hukuk seçiminin esas alınabilmesi için, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralında zımni seçime bir yetkisizlik verilmemiş olması şartı aranır⁷². Zımni hukuk seçiminin tespitinde; taraf iradelerinin yorumundan ziyade, taraf iradelerinin tahmini ile, sözleşmenin akdedildiği sırada bir hukuk seçselerdi bunun hangi hukuk olabileceği hakkında varsayımı yoluyla tespiti anlamında olan “farazi” iradeler ile yetkili hukukun tespitinden kaçınılmalıdır⁷³. Tarafların örtülü iradesinin belirli bir hukukun uygulanması şeklinde olduğu hallerde, sözleşmenin standart bir devlet hukukuna göre düzenlenen sözleşmeler kapsamına girip girmediği; sözleşme dili, yetki şartı, tarafların yargılama esnasında aynı veya belirli kanun hükmüne dayanmaları⁷⁴, yargılama sürecinde tarafların iddia ve savunmalarını aynı hukuka dayandırmaları, başka bir zımni hukuk seçimi olarak değerlendirilebilir. Bazı hallerde zımni seçim söz konusu olsa da sözleşmenin unsurları tek bir hukuka işaret edebilir⁷⁵. Örneğin, muayyen bir hukuk sistemine ait, dil ve

⁷¹ **NOMER** s.323; **DOĞAN**, s.401; **TEKİNALP** Gülören/ **UYANIK** Ayfer; “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları” Vedat Yayıncılık, s.281; **GÖKYAYLA/DEMİR** Cemile; “Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri” Seçkin Yayınları, 2011, s.309; **ARSLAN**, s.9.

⁷² **ULUSU** Elif Ayşe.; “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi”, Oniki levha yayıncılık, İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları,2021, s.32.

⁷³ **TEKİNALP/UYANIK**, s.282; **DOĞAN**, s.402; **NOMER** s.323; **ŞANLI /ESEN/FİGANMEŞE**, *Milletlerarası*, s.246; **ÖZDEMİR KOCASAKAL H**; “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK Md. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”,2010, s.44; **SARGIN** Fügen; “Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Turhan Yayıncılık,2002, s.198; **ÇALIŞKAN** Yusuf; “Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri”, Beta Yayınları, s.63; **ARSLAN**, s.15.

⁷⁴ **YARGITAY** 15.H.D. 2019/83 E. -2020/3914 K. Sayılı ve 07.10.2020 tarihli kararında; “Davacı ve davalı iddia ve savunmalarında TBK ‘a dayandırdıkları halde yargıtay Türk hukuku açısından zımni bir hukuk seçimini göz ardı etmiştir.”

⁷⁵ **SÖNMEZ**, *Milletlerarası*, s.217.

terminolojinin kullanılması, o ülke hukukun seçildiğine delalet eden bir irade olarak anlaşılabilir”⁷⁶. Zımni hukuk seçiminin geçerli olması için gereken haller; “ tarafların sözleşme sürecindeki veya yargılama esnasındaki davranışları”, hangi hukuk sistemine tabi olmak istediklerini gösterebilir. Belirli bir hukuk sistemine ait kurallara atıfta bulunmaları önem taşır. Bunun dışında, “sözleşmenin içeriği” kavramısözleşmenin belirli hükümleri veya maddeleri, tarafların hangi hukuk sistemini benimsediklerini dolaylı olarak ortaya koyabilecek niteliktedir. Taraflar tahkim anlaşmalarında tahkim kurallarından bahsetmez ve yalnızca tahkim kurumunu belirlerse bu durumda o kurumun kurallarını ve düzenlemelerini zımni olarak seçtikleri kabul edilecektir⁷⁷.

Tarafların daha önceki ilişkilerinde uyguladıkları hukuk sistemi, uygulanan pratikler de zımni bir seçim olarak değerlendirilebilir. Örneğin; iki şirket, yıllardır belirli bir sözleşme türünü aynı hukuk sistemine tabi olarak yürütmüşse, yeni bir sözleşme yaparken de aynı hukukun uygulanacağını zımni olarak kabul etmiş sayılabilirler. Taraflara tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçme alternatifi verilmesi, irade serbestisinin olduğu tahkim anlaşmaları ile de örtüşmektedir⁷⁸. Taraflar, geçmişte benzer bir uyuşmazlık yaşadıklarında belirli bir hukuk sistemine göre çözüm bulmuşlarsa (örneğin, İsviçre hukuku), yeni bir ihtilaf durumunda da bu hukukun geçerli olduğunu düşünebiliriz. Taraflar, geçmişte benzer bir uyuşmazlık yaşadıklarında da belirli bir hukuk sistemine göre çözüm bulmuşlarsayeni bir ihtilaf durumunda da bu hukukun geçerli olduğunu düşünülebilir. Bu şartlar, zımni hukuk seçiminin varlığını ortaya koymak için dikkate alınır ve mahkemeler veya tahkim heyetleri tarafından değerlendirilir.

⁷⁶ ŞANLI, s.214.

⁷⁷ BERGER Klaus; “Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”, Arbitration International, vol.34, 2018, s.477; AYGÜL Musa; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller”, İstanbul, On iki Levha yayıncılık, 2014, s.61; ARROYO Diego P. Fernandez; “Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?”, Limits to Party Autonomy in International Arbitration, Juris, 2016, s.201.

⁷⁸ BORN Garry; “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Prespective”, 2014, s.560; TEKİNALP Gülören /UYANIK Ayfer; “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları” Vedat Kitapçılık, 2016, s.318; ÖZEL, s.80.

3.3 HUKUK SEÇİMİ YAPILMAMASI DURUMUNDA HAKEMLERCE HUKUKUN BELİRLENMESİ

Taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde ya da hukuk seçimi yapılsa dahi seçilen devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları dahil olmak üzere esasa uygulanacak hukukun tespitinin, hakemlerce yapılması mümkündür. Tahkimde hukukun hakemlerce seçimi, uyuşmazlığın çözümünde hangi hukuk sisteminin uygulanacağını belirleme sürecidir. Bu süreç, hakemlerin tarafların iradesini, sözleşmenin içeriğini ve geçerli kuralları göz önünde bulundurarak gerçekleştirdikleri bir değerlendirmeyi içerir. Uyuşmazlığın özellikleri ve tarafların ihtiyaçları, hakemlerin en uygun hukuku belirlemelerinde aşağıda açıklayacağım üzere önemli bir rol oynar. Milletlerarası ticaret hakemleri bir *lex fori*’ye sahip olmadıklarından ve bir kanunlar ihtilafı sistemine sahip olmadıklarından bu boşluğu kendileri doldururlar. Hukuk tespitinde esas sorun, kanunlar ihtilafı seçiminin yapılmadığı hallerdedir. Bu hallerde hakemlerin bu seçimi hangi kriterlere göre gerçekleştireceği önem teşkil eder. Ancak, istisnai olarak hakemlerce ihtilafın esasına uygulanacak hukuku tespitte yardımcı olacak kanunlar ihtilafı düzenlemeleri vardır. Bu düzenlemeleri ayırmak gerekirse, kurumsal tahkimde hakemler, usul kurallarına ve önceden tanımlanmış bir kanunlar ihtilafı düzenlemesine başvurabilme olanağına sahiptir. Ad hoc tahkimde ise hakemler bu imkanlardan yoksun oldukları için daha zor bir hal almaktadır.

Uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde diğer sözleşmeler gibi kesin bir hüküm yoktur. Kanunlar ihtilafı yöntemi ile uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Milletlerarası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde karşılaşılan sorunlardan biri uygulanacak hukukun tespitindeki yöntemin seçimidir. Türk hukuk sisteminde genel kabul gören görüş İSTAC⁷⁹ Md. 25 uyarınca⁸⁰ hakem veya hakem kurulu, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda uygun bulduğu hukuk kurallarını uygular.

⁷⁹ 20.11.2014 tarihli ve 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kanunu’nun, 29.11.2014 tarihli ve 29190 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur.

⁸⁰ MADDE 25;” Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralları; 1. Tek hakem veyahakem kurulu, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmadıkları taktirde tek hakem veya hakem kurulu, uygun bulduğu hukuk kurallarını uygular. 2. Tek hakem veya hakem kurulu, taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olmaları koşuluyla, hakkaniyet ve nesafete göre karar verebilir.”

Milletlerarası hukuk uyuşmazlıklarının genel olarak kabul görmüş ilkelerinin benimsenmesi lehinde söylenebilecek çok şey vardır. Uyuşmazlığın bir hükümet ile başka bir hükümetin bir kuruluşu arasındaki ilişkilerden kaynaklanması, ona benzersiz bir uluslararası nitelik kazandırmaktadır. Bu nedenle, taraflar hakemlerin uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak hukuku belirlerken genel olarak kabul görmüş uluslararası hukuk çatışması kurallarını uygulayacaklarını makul bir şekilde düşünmüş olabilirler. Gerçekten uluslararası bir karaktere sahip olan mevcut tahkim koşullarında, Hakem heyeti, genel olarak kabul görmüş uluslararası hukuk çatışması kurallarını benimsemesi gerektiği görüşündedir⁸¹.

Hakemlerin uyuşmazlığa tabi hukukun seçimi, hem tarafların iradesini hem de uyuşmazlığın özel koşullarını dikkate alarak gerçekleştirilen bir süreçtir. Burada dikkate alacakları husus “kanunlar ihtilafı” kavramı mı yoksa tarafların bir hukuk sistemini sözleşmelerinde seçip seçmediği midir? Şeklinde bir çelişki vardır. Hakemler öncelikle, uyuşmazlığa tabi konu tarafların akdettiği sözleşmelerinde bir hukuk seçimi yapıp yapmadığını objektif olarak tespit etmektir. Sonrasında esasa uygulanacak hukuku irade serbestisi ile birlikte doktrin çerçevesinde tespit edecektir. Dünya genelinde, uluslararası tahkim yargılamalarında, birçok tahkim mahkemesi tahkime yetkili hukuku kanunlar ihtilafı hukuku sistemini baz alarak uygulamıştır. Ancak, bu yaklaşım tahkimin tarafsızlık nedenleriyle çelişmekte olmasıyla, günümüzde azalan bir popüleriteye sahiptir. Doktrinin belirttiği gibi, “bu eğilim, taraf özerkliğine gereksiz bir kısıtlama olarak forumun hukuk seçim kurallarının zorunlu uygulanmasını gören ‘değişken tahkim’ gelişiminin bir diğer yönüdür”⁸². Aynı görüş uluslararası tahkim ödülllerinde de ileri sürülmüştür. Örneğin, bir ICC tahkim mahkemesi, “maddî hukuku belirlerken, hakemin forumun çatışma kurallarını uygulamayı bir kenara bırakabileceğini kabul eden en yetkili güncel doktrin ve uluslararası tahkim içtihadının mevcut olduğunu” bulmuştur⁸³. Bu durum göz önüne alındığında, bu yöntemin

⁸¹ **ICC Dava No 7197**, 120 JDI (Clunet) 1028 (1993) Kararı; **BORN** Gary B.; “**International Commercial Arbitration**”, (Kluwer Law International, 2009), s.18.

⁸² **MORRIS/ DICEY/ COLLINS**; “**Conflict of Laws**” (Lord Collins of Mapesbury et al gen eds), Sweet & Maxwell yayınevi, 2012, s. 850.

⁸³ **ICC Dava No 8113**’teki Kısmi Karar, XXV YB Comm Arb 324, 325 (2000): ‘...Zürih’te oturan heyet, yalnızca İsviçre’nin ihtilaf hukuku kurallarını uygulamakla yükümlü değildir, ayrıca bu kuralların ihtilafa uygulanması, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki İsviçre ile hiçbir bağlantısı olmadığı için uygun veya haklı kılınmaz.’”

uygulanabilirliğine dair hâlâ az sayıda örnek vardır ve taraflar, hukuk seçiminde bu konuda dikkatli olmalıdır.

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi olsa da, hakem kurumlarının herbirinin kendine göre şekillendirdikleri kurallar vardır. Dünyada uluslararası ticaret ve yatırım sözleşmelerinde önemle yer alan ve genel kabul görmüş üç hakem kurumu bulunmaktadır. Bunlardan en eskisi “ICC”’dir. (Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Komisyonu), ikinci tahkim kurumu ise, Birleşmiş Milletler Örgütü’nün “UNCITRAL Tahkim Komisyonu” dur. Üçüncüsü, Dünya Bankasının “ICSID-Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi” isimli Tahkim Komisyonudur. Bu üç Hakemlik müessesesinin dışında WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü’nün Hakem Heyeti), Avrupa Birliği Hakem Heyeti, İTO (İstanbul Ticaret Odası Hakem Heyeti) vb birçok lokal ve genel tahkim komisyonları vardır. Genel kabul gören tahkim kurumlarının tabi olduğu tahkim merkezine gelen bir uyuşmazlıkta, tarafların hukuk seçimini yapmaması halinde hakemlerin belirleyeceği hukuk değişmektedir. Örneğin; ICSID hukuk sisteminde anasyonel kurallar, *lex mercatoria* ve genel prensipler olmak üzere ele alınan üç temel prensip vardır. ICSID Konvansiyonu Md. 42⁸⁴ Uyarınca; Konvansiyon hukuk kuralları terimini kullandığı için taraflar yalnızca ulusal bir hukuku değil, milletlerarası hukuk kurallarını ya da *lexmercatoria* gibi ulusal olmayan hukuk kurallarını da seçebilirler. Benzer yaklaşım UNCITRAL Tahkim Komisyonunca da geliştirilmiştir. UNCITRAL“in ad hoc tahkim kurallarında, MTO tahkim ve uzlaştırma kanunlar ihtilafı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. UNCITRAL Model Md. 28/1“de de takip edilmiştir⁸⁵. Bu maddeye göre tahkimde yargılamayı yürüten hakemler, tarafların sözleşmesiyle atanıyor olup, aynı zamanda tarafların sözleşmeleri ile azledilebilirler. Bu durum hakemlerin tarafların iradelerine sıkı sıkıya bağlanmaları lüzumunu ortaya çıkarmıştır demek yanlış olmaz⁸⁶.

Uygulanacak kuralın tarafların tahkime gitmekteki amaçlarına uygun düşmesi gerekmektedir. Bunun için tercih olunacak kanunlar ihtilafı kuralı, maddi hukuk planındaki sonuçlarla birlikte düşünülmelidir. Milli olmayan kanunlar ihtilafı sistem ve kurallarının

⁸⁴ ICSID Konvansiyonu Md. 42 Uyarınca; “heyet uyuşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir”

⁸⁵ **ÖZEL**, s.373.

⁸⁶ **ŞANLI**, *Uluslararası*, s.124.

başlıca ilham kaynağı Avrupa Sözleşmesidir⁸⁷. Nitekim Avrupa Sözleşmesinde, UNCITRAL ve Milletlerarası Enerji Ajansının tahkim kurallarında hakemlerin ihtilafı karara bağlarken ticari örf, adet ve teamülleri dikkate alabilecekleri ifade edilmektedir.

Hakemlere tanınan hukuk seçiminde irade serbestisi önemli bir kriter olmakla birlikte, belirli sınırları mevcuttur. Tarafların zımnen esasa uygulanacak hukuk konusunda hakemlere tanıdıkları irade serbestisi, izlenecek kanunlar ihtilafı tekniğinin tespitini de kapsamaktadır. Bu serbesti sınırsız olmamakla birlikte, tarafların milletlerarası tahkimden beklentileri, kamu düzeni sınırlaması, ihtilaf konusu hukuki ilişkinin maddi karakteri ve milletlerarası tahkim kurumunun hukuki niteliği ile sınırlıdır⁸⁸. Tahkim yönteminde tarafların iradeleri ile birlikte devletlerin egemenlik haklarından yaptığı feragate dayanılması, yargılamanın, devletler tarafından getirilen kimi kısıtlamalara tabi olmasına sebep olmaktadır⁸⁹. Milletlerarası ticari tahkimde tarafların usuli irade serbestisi sınırlamasında milletlerarası ticari tahkimde esasa ilişkin hukukta *lex mercatoria* yöntemi doğrultusunda yeknesaklık söz konusu olsa da bu yeknesaklığın milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında uyuşmazlığın esasına uygulanmak için gelişen *lex mercatoriaya* paralel, tahkim yargılamalarının usuli irade serbestisinin sınırlarını belirleyecek bir *lex proceduralia* kavramına dönüşüp dönüşemeyeceği bir kesinlik taşımamaktadır⁹⁰. Hakemlerin ayrıca dikkat etmesi gereken başka unsurlar da vardır. Hakemler, uyuşmazlığa tabi olan hukuk sisteminin kurallarına ve genel ilkelerine uymak zorundadır. Bu, tahkim sürecinin geçerliliğini ve uygulanabilirliğini etkileyebilir. Ayrıca hakemler, sadece tarafların uyuşmazlıklarını kapsayan alanlarda karar verebilir. Tahkim anlaşmasının sınırları dışında bir yetki kullanamazlar.

Hakemlerin irade serbesti sınırında en önemli hususlardan biri; tarafların, tahkim yargılamasının yürütülmesi için ad hoc tahkimi seçmesi durumunda irade serbestileri yalnızca hakem kurullarınca, belirlenecektir. Taraflar şayet kurumsal tahkime karar verirlerse, bu durumda önce tahkim kurumlarınca ardından kurum kuralları kapsamında

⁸⁷ SÖNMEZ İrfan /KARAKAYA Gencay;" Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk" s.221.

⁸⁸ SÖNMEZ, *Milletlerarası*, s.219.

⁸⁹ NÖMER Ergin; "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2000, s.566; CARLSTON Kenneth S; "Theory of the Arbitration Process", *Law and Contemporary Problems*, 1952 s.635.

⁹⁰ TAKAVUT İbrahim Doğan; "Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi", doktora tezi, 2020, s.20.

belirlenen hakemlerce belirlenecektir.Örneğin, Çin Yüksek Mahkemesi bir kararında, taraflarca sadece tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar hakkında tercihte bulunulduğunda, taraflar ayrıca bir tahkim kurumunu yetkilendirmez veya seçilen kurallar bir tahkim kurumunu yetkilendirmezse, tarafların tahkim kurumu hakkında bir tercihte bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁹¹.

3.4 TÜRK KANUNLAR İHTİLAFI SİSTEMİ UYARINCA HUKUKUN HAKEMLERCE BELİRLENMESİ

Uluslararası ticari tahkim gibi farklı hukuki rejimlerin etkileşimine açık olan uygulamalarda hukuk sistemlerinin birbirinden farklı olması nedeni ile, somut uyuşmazlıkta bir konu hakkında farklı sonuçlar oluşturması kaçınılmazdır. Uygulamada tahkim yeri hukuku esasa uygulanacak hukuktan farklı bir yer hukuku olduğu durumlarda dikkate alınacak hukuk sisteminin tespitinde hakem kararlarının bağlayıcılığı noktasında önem teşkil edecektir.

3.4.1 Genel Olarak

Maddi hukukun tespitinde bir kanunlar ihtilafı sisteminin uygulanması taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemişlerse, bu halde hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemeleri gerekmektedir. Bu durumda kanunlar ihtilafı meseleleri devreye girmekte ve hangi bağlanma noktası aracılığıyla hangi hukuk ya da hukuk kuralının uygulanacağına karar verilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, hakemler gerçek bir kanunlar ihtilafı problemi ile karşılaştıklarında konunun çözümü için başvuracakları bir kanunlar ihtilafı sistemine sahip değildirlir. Bu nedenle ihtilafın çözümü hakemlerin kültür, birikim ve hukuk nosyonlarına bağlıdır.

Milli bir kanunlar ihtilafı sisteminin uygulanması genelde bu tür durumlarda hakemler ikamet ettikleri veya mensubu oldukları ülkenin kanunlar ihtilafı sistemine bağlı kalacaklardır.” Doktrinde hakemlerin milli bir kanunlar ihtilafı sistemine dayanması gerektiği ifade edilmiştir.” Esasa uygulanacak hukukun tespitinde yaptığımız ayırım, burada da geçerlidir. Tarafların açık veya zımni bir şekilde muayyen bir kanunlar ihtilafı sistemini seçmeleri halinde hakemler bu seçime göre, esasa uygulanacak hukuku bulacaklardır. Açık veya zımni bir kanunlar ihtilafı sisteminin seçilmemesi halinde hakemler, tahkim yeri veya

⁹¹ **BERGER**, *Paradox*, s.478.

merkezinin veya tahkim prosedürünü yöneten hukukun veya akdin en sıkı irtibat halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı hukuku sistemini seçeceklerdir.

Ülkelerin hukuk sistemlerinin birbirlerinden esinlendiği dikkate alındığında bağlama kuralınca ise, örneğin; Türk hukuku, Fransa'nın delil hukukundaki etkisi nedeniyle belgesel ispat yükünü kabul etmiştir. İspat yükünün temelinde hakimlere güven eksikliği yatmaktadır. Ancak hukuki delil sistemi, medeni usul hukukunun maddi gerçekliğe dayalı olarak hukuk belirleme amacını hem hukuki teknikler hem de sosyolojik gerçekler açısından zorlaştırmaktadır. Bu zorlukların nedeni delillerin kontrolü ile hukuki işlemler arasındaki yakın ilişkide yatmaktadır. Bu ilişki, maddi hukuki meseleleri aynı zamanda usuli meseleler haline getirmektedir. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin sınırsız bir şekilde uygulanmasına izin verilirse, imzaları tanınmış olan resmi senetler hakimler tarafından kesin delil olarak kabul edilebilir. Sonuç olarak, davranış yoluyla ispat yükünün altında yatan sosyo kültürel meşruiyet, yeni tarihsel süreçler ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında zayıflamış ve göreceli hale gelmiştir.⁹²Karakteristik edimin tespitinde; kişinin ikametgahının, en yakın bağlantı tespitinin yalnızca bir yönü mü olduğu, yoksa başlı başına bir ihtilaf hukuku kuralı mı olduğu konusunda karışık yorumlar bulunmaktadır⁹³.

Son yıllarda tarafların ilişkili olduğu ülkeden ziyade ticari ilişkinin irtibatla olduğu ülkelerin kanunlar ihtilafının tercih edilmesi yönünde bir eğilim belirmiştir. Taraflar açık veya zımni bir kanunlar ihtilafını seçmedikleri zaman, hakemler şahsi tecrübelerinden hareketle bu seçimi yapacaklardır. Taraflar esasa uygulanacak hukuku tespitte yol gösterecek kanunlar ihtilafı kurallarını seçtiklerinde, hakemlerin maddi hukuku belirlemeleri kolaydır. Çünkü hakemler uygulanacak hukuku bu kurallara göre tespit edeceklerdir. Zımni seçimde de tarafların örtülü iradesi tebarüz ettirildikten sonra ilgili kanunlar ihtilafı kuralının tatbiki yoluyla ihtilafı çözecek hukuk bulunacaktır. Açık veya zımni bir tercihin olmadığı durumlarda sözleşmenin ruhu, hakemlerin birikimi devreye girecek, mevcut boşluk hakemler tarafından doldurulacaktır. Yaygın görüş, tahkim yeri ve merkezinin kanunlar

⁹² **YILDIRIM** Mehmet Kamil; “**Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu**” - Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’ e Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 1487.

⁹³ **ICC Dava No 7205**’te,” tahkim heyeti, karakteristik ifayı gerçekleştiren tarafın merkezi idaresinin bulunduğu ülkenin hukukunu uygulamıştır.”hükmü yer alır.

ihtilafı sisteminin uygulanmasıdır. İhtilafın esasına uygulanacak hukuku tespit etmek için hakem mahkemesinin ikametgâhı ülkesinde yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.” Bazı kararlarında hakemler tahkim yeri hukukunu, tahkim mahkemesi veya hakemin *Lex fori*’si olarak görmüşler, hâkimler gibi bu *Lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda oldukları sonucuna varmışlardır.

Uluslararası ihtilaf hukuku genel kabul görmüş ilkelerinin benimsenmesi lehine söylenecek çok şey vardır. İhtilafın bir hükümet ile başka bir hükümetin bir kuruluşu arasındaki işlemlerden kaynaklanması, ona benzersiz bir uluslararası nitelik kazandırmaktadır. Bu nedenle, taraflar hakemlerin, ihtilaflarının çözümünde uygulanacak hukuku belirlerken genel kabul görmüş uluslararası ihtilaf hukuku kurallarını uygulayacaklarını makul bir şekilde öngörmüş olabilirler. Tahkim kurumları, 1980 Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satış Sözleşmesi (CISG), 1955 Uluslararası Mal Satışlarında Uygulanacak Hukuk Sözleşmesi, Roma I Yönetmeliği ve onun öncülü olan 1980 Roma Sözleşmesi gibi birkaç duruma dayanmışlardır. Ancak, uluslararası ticari tahkim bağlamında evrensel ve özel olarak uygulanan tek bir uluslararası ihtilaf hukuku kuralları seti veya böyle bir kurumun bulunmamaktadır. Hakemler, hukuk seçimi yaptıkları durumda tarafların işyeri hukukuna göre de karakteristik edimi seçebilmektedir.⁹⁴ Nitekim tahkim heyetinin, karakteristik ifayı gerçekleştiren tarafın merkezi idaresinin bulunduğu ülkenin hukukunu uyguladığı emsal kararlar mevcuttur.⁹⁵

Esasa uygulanacak hukukun tespitinde hakemlerin sahip olduğu serbestlik, milletlerarası ticaretin gerekleri, milletlerarası ticari tahkim kurumunun mahiyeti, davanın özellikleri ve tarafların beklentilerine uygun olmalıdır. Milli olmayan bir kanunlar ihtilafı sisteminin uygulanması adının bıraktığı izlenim ne olursa olsun, devletler hukuku veya milletlerarası özel hukukta, milli hukukun bir parçasıdır. Hukukun diğer dalları gibi içinden çıktıkları toplumun izlerini taşırlar. Her hukuk sistemi aynı zamanda hayat bulduğu toplumun menfaatlerini korumayı amaçlar. Devletin kendisine karşı tarafsız olması mümkün olmadığından, onun hukuku da tarafsız değildir.

⁹⁵ ICC Dosya No 7205, ICC Tahkim Ödülleri Derlemesi, 1995, s. 622.

3.4.2 MÖHUK Madde 24/1 Yönünden İnceleme

Tahkim yargılamasında hakemlerin kanunlar ihtilafı sistemini dikkate aldığı durumlarda öncelik taraf serbestisidir. Zira MÖHUK Md. 24/1. Uyarınca öncelikle tarafların seçtiği hukuk dikkate alınacaktır. Bu durumda ele alınan kurumsal tahkimde tarafların açık ya da zımnî hukuk seçimine öncelik veren düzenlemelerle uyumludur. Tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden doğan sözleşmeye uygun buldukları hukuku seçebileceklerini açıkça bildirir⁹⁶. Uygulamada bazı görüşlere göre, milli hukukun uygulanmasının şart olmadığı ve *lex mercatoria*'ya veya milletlerarası hukukun genel ilkelerine tabi tutulabilecek sözleşmeler olduğu ve bu kuralların uygulanmasında boşluk olduğu halde boşluğun hakimın takdir yetkisi ile doldurulacağı bilinmektedir. Milletlerarası hukukta bu görüşü destekleyen çokça literatür vardır. Milletlerarası hukukta, hukuk kurallarının *lex mercatoria* gibi kuralların seçimine etki tanınması gerektiğini savunan birçok görüş yer alsa da Türk hukuk sistemine göre, hukuk seçimi milli hukuk düzenleri ile sınırlı olup, yalnızca bir devletin hukukunun seçilmesi halinde MÖHUK Md. 24/1 hükmü uyarınca bir hukuk seçiminin yapılmış olacağı şeklindedir. Burada uygulanacak hukukun tespiti *lex mercatoria* ile sınırlandırılmaz⁹⁷.

MÖHUK Md. 24/1 kapsamında; “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açıkça seçtikleri hukuka tabidir.” Bu durum “Unidroit “gibi devletlerin hukuk sistemine dayanmayan, uluslararası normların taraflarca sözleşmeye uygulanacağının kararlaştırılması halinde hukuki bir seçim olarak yorumlanması gerekip gerekmediği konusunu aydınlatmalıdır. Hukuk seçiminin geçerliliği, sözleşmenin geçerliliğine bağlı olsa da bazı hukuk sistemlerinde bu şart aranmamaktadır. Bir diğer önemli husus ise, bir devlet mahkemesinin yetkilendirildiği yetki anlaşmasından o devletin hukuk sisteminin seçildiği sonucu çıkmadığı ve yetki sözleşmesinin, hukuk seçimine tabi olması için tek başına yeterli olmadığı konusudur. Ek olarak hukuk seçimi yapılması hususuna bakılmaksızın uyuşmazlık çıkması durumunda açılacak olan davada tarafların davaya sundukları beyan ve belgelerden bir devlet hukukuna tabi kılındığı anlaşılırsa, tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılan hukuk sistemi seçiminden bahsedileceği açıktır.

⁹⁶ GÜNGÖR Gülin;” **Türk Milletlerarası Özel Hukuku” Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku**”, 4. basım, yetkin yayınları, Ankara, 2023, s.184.

⁹⁷ SÜRAL, *Uluslararası*, s.30; GÜNGÖR, *Türk milletlerarası*, s.185

Sözleşmede tarafların bir devlete ait olmayan hukuka ait normların uygulanacağını kararlaştırması durumunda bu bir hukuk seçimi olarak kabul görmeyecektir. Sözleşmede bu yönde bir madde olması halinde hukuk sistemimize göre Mahkeme tarafından dahil etme veya referans edilme olarak yorumlanır. Bu hükümler ise, uygulanacak olan hukukun emredici hukuk normları ile sınırlandırılarak sözleşme şartı gibi uygulanır.

Özetle; taraflar sözleşmede hukuk seçimine ilişkin hangi hukukun uygulanacağını belirlememişlerse hukuk seçimi için karakteristik edim bulunmadığında, bu durumda hukuki ilişkiye hukuk seçiminin en sıkı ilişkide olduğu hukuk uygulanmalıdır. Örneğin; Fransız bir işveren ile Alman yüklenici, inşaat projelerinin Türkiye’de yapılacak bina inşaatı sözleşmesi için Fransa’da müzakere yapar, bu sözleşme Fransa’da imzalanır ve Fransa mahkemeleri yetkili mahkeme olarak seçilirse inşaat sözleşmesinin karakteristik edim borçlusu Türkiye olduğundan Türk hukukunun uygulanması gerekmesine rağmen, bu sözleşmenin uygulanacağı hukuk seçimine dair en sıkı ilişkide olacağı hukuk Fransa hukuku olacaktır. Çünkü taraflardan biri Fransızdır ve hukuk seçimi Fransada müzakere edilmiştir ve uyuşmazlık çözümünede Fransa Mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Hukuk seçimine ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde sözleşmeye uygun hukukun uygulanması taraf beklentilerine uygun sonucu verecektir. Hukuk seçimi sonucunda seçilen yabancı hukukta, hukuk seçiminden sonra oluşan değişikliklerin hukuk seçimine etkisi önemli bir mesele olup, uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır.

Kanunlar ihtilafı alanında sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutlak meskeni, en sıkı ilişkili hukuk gibi unsurlar dikkate alınmaktadır⁹⁸. Hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin geçerliliğinin hangi hukuka tabi olacağı sözleşme taraflarınca kısmi hukuk seçimi yapıldığı hallerde de ortaya çıkabilir. Tarafların seçmiş olduğu hukuk seçiminden sonra oluşan değişikliklerin geriye etkili olacağı kabul edilmişse, bu durumda hukuk seçimi de etkilenir. Bu durumda sözleşme sonucu hak ve borçlarda değişime uğrayacaktır. Bu

⁹⁸ ŞANLI/ESEN/FİĞANMEŞE, *Milletlerarası*, s. 281; ÇELİKEL/ERDEM, *Milletlerarası*, s.331; TEKİNALP Gülören; “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, 11. Bası, 2011, s.361; NOMER Ergin; “Devletler Hususi Hukuku”, 2013, s.317; CANYAŞ BAYATA Aşlı; “AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural”, 2012, s.149; DEMİRKOL Berk, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”, 2011, s.271; AKINCI Ziya; “Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”, 1992, s. 23.

durumun önlenmesi için tarafların sözleşmeden doğan ilişkilerini sözleşmenin kurulması anında yürürlükte olan hukuka sabitleyen klorlar önerilmektedir. Ancak uluslararası hukuktaki değışikliklerin geriye etkili olacağı kabul edilmese dahi bu değışiklikler uluslararası hukuk yönünden kamu düzenini ilgilendiriyorsa, hukuk seçimleri sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükteki hukuk ile sabitlenmesi bir yarar sağlamayacaktır.

İnşaat sözleşmeleri şemsiye klorlardan oluşur. Taraf ve konusu farklı olan ancak aynı proje kapsamında akdedilen birden fazla sözleşme olabilir. Örneğin; iş sahibi idare bir tünel inşaatını bölüm bölüm başka yüklenicilere ihale etmiş olabilir. Vagonların montajı bir şirkete, rayların inşası başka bir şirkete yüklenilmiş olabilir bunların her birine ayrı sözleşmeler akdedilmiş olabilir. Bu durumda yüklenicilerin birden çok alt yüklenici ile sözleşme akdedilmiş olmasının dışında projeleri finanse etmek için kredi sözleşmeleri de akdedilmiş olması muhtemeldir. Burada projenin uyumlu bir şekilde yürütülebilmesi için detaylıca aktarmış olduğumuz tüm bu hususların göz önünde bulundurulması ve aynı hukuka tabi tutulması büyük önem taşır.

3.4.3 MÖHUK Madde 24/4 Yönünden İnceleme

Tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde uygulanacak hukukun tespitinde en sıkı ilişkili hukukun uygulanması kuralına değinmiştik. Bu hukukun tespitinde MÖHUK Md. 24/4 istisna kuralı da yer almaktadır. İstisna kuralına göre; sözleşme ile tespit edilecek en sıkı ilişkili hukuktan “daha sıkı ilişkili hukuk” bulunması halinde bu hukuk tercih edilecektir. Bu durumda, kanun koyucu en sıkı ilişkili hukuka ilişkin karine ile tespit edilecek hukuktan daha sıkı ilişkili bulunan hukukun bulunma olasılığını incelemeye almalıdır⁹⁹. Doktrinde de incelemeye alındığı üzere, en sıkı ilişkili hukuka ilişkin kanunda bulunan karine ile tespit edilen hukuktan başka bir hukukun daha sıkı ilişkili olması demek, bu hukukun en sıkı ilişkili hukuka varsayım oluşturmaması anlamına gelir¹⁰⁰.

Daha sıkı ilişkili hukuk ise, en sıkı ilişkili hukuka varsayım teşkil eden karakteristik edim borçlusunun işyeri bağlama noktasının veya mutad meskenini karineyi oluşturmaması

⁹⁹ KARACA, s.1517.

¹⁰⁰ GÜNGÖR Gülin “Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı” Yetkin yayıncılık, Ankara 2007, s.237.

durumunda uygulanır. İstisna kuralı, bir başka hukuk sisteminin yer alan karineye göre objektif kural ile tespit edilecek hukuktan açık olarak, daha ilişkili olması durumunda kullanılacaktır. Karakteristik edimin tespitinin yapılamaması durumunda ise, karakteristik edim en sıkı ilişkili hukuk tespitinde vasıta teşkil ettiğinden tekrar tüm bağlantı noktaları değerlendirilerek en sıkı ilişkili hukuk tespit edilir¹⁰¹.

MÖHUK Md. 24/1'e göre; tüm şartlar değerlendirildiğinde, karinelere göre tespit edilen en sıkı ilişkili hukuktan "daha sıkı ilişkili bir hukuk" tespit edildiğinde bu hukuk uygulanacaktır. İstisna kuralı; başka bir hukukun objektif kuralda bulunan karineye göre saptanacak hukuktan, tartışmaya yer vermeyecek şekilde daha irtibatlı halde olması halinde uygulanır¹⁰². Bu durumda, birden çok işyerinin varlığı halinde, karakteristik edim borçlusunun ticari veya mesleki faaliyetini yerine getirmesinde daha kritik olan, işyeri değil, sözleşme ilişkisinin ifasında daha aktif etkeni olan, sözleşme ilişkisi ile daha yakın bağlantıları bulunan işyeri hükme esas alınacaktır. Karakteristik edimin tespitinin zor olduğu veya tespit edilemediği sözleşmelerde sıkı ilişkili olan bağlantı kriteri dikkate alınmalıdır.

Daha yakın bağlantı karakteristik edimin tespit edildiği, ama bu edime dayanarak tespit edilen hukukun sözleşme ile yakın bağlantıda olmadığı hallerde kullanılacak bir istisna olarak nitelendirilmelidir. Doktrinde de sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu hukukun tespitinde; sözleşmenin ifa yeri, dili, mutad meskenler, yerleşim yerleri vb hususlar dikkate alınır¹⁰³. Bu kriterler tek başına sıkı bağlantının tespiti için yeterli olmaz, yalnızca birden fazlası aynı hukuka ilişkinse bu sonuca ulaştırır. Karakteristik edimin tespitinde, borç ilişkisinin tümü göz önüne alınarak, sözleşme taraflarının yükledikleri edimlerden hangilerinin asli edim olduğuna ve akdi nasıl karakterize ettiğine yöneliktir.¹⁰⁴

Karakteristik edimin tespit edilemediği hallerde, en sıkı ilişkili hukukun tespitinde bir vasıta, karine teşkil ettiğinden tekrar tüm bağlantı noktalarının tespiti ile en sıkı ilişkili hukukun değerlendirmesi yoluna gidilir. İstisna kuralının ilk şartı akdedilen sözleşmenin, başka bir

¹⁰¹ CANYAŞ BAYATA Aslı; "Uncitral Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu" Adalet yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2016, s.162.

¹⁰² GÜNGÖR, Gülin; "The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure", Ankara Law Review, 2008, s.19.

¹⁰³ TEKİNALP Gülören; "Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamave Usul Kuralları", Vedat Kitapçılık,13. Baskı, 2020 s.351.

¹⁰⁴ GÜNGÖR Gülin, Türk Milletlerarası, s.191.

ülke hukuku ile bağlama kuralınca incelendiğinde, daha yakın bağlantılarının olmasıdır. Sözleşmenin birçok unsurunun işyerinin sözleşme ilişkisinin taşıdığı niteliklerinden ayrı olarak başka ülke hukukunu göstermesi veya mutad meskeni başka ülke hukukunu gösteriyorsa bu halde istisna hükmü uygulanır ve sözleşmenin niteliklerinin gösterdiği daha sıkı ilişkili hukuk uygulanır.

Objektif bağlama kuralı ile saptanacak hukuk ile istisna kuralınca tespit edilen hukukun birbiri ile kıyaslanması ve hukuka ilişkin bağlantı sayılarının fazla olması gerekecektir. Akdedilen sözleşme ile bağlantı noktalarının işyeri hukuku karinesi veya mutad mesken, bir başka ülke hukukunun uygulanmasını gerektirir düzeyde o ülkede bulunması gerekir. Daha sıkı ilişkili hukuk kavramı, somut bir kavram olmayıp, daha çok, uygulanacak hukukun saptanmasında göz önüne alınmaktadır. Bu kavram, akdedilen sözleşmenin irtibat noktaları olarak esas alınır. Bağlantılı hukukun tespitinde baz alınabilecek temel birtakım kriterler vardır. İfa yeri ile sözleşme kuruluş yerinin birleştirilmesi veya somut olayın niteliklerine göre karineyi etkisiz hale getirip, en yakın bağlantı sağlanabilecektir. Ayrıca istisna kuralının geniş yorumlanmaması gerekir. Şöyle ki; Mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ülke hukuku sıkı sıkıya bağlı ise, kanun koyucu daha sıkı ilişkili hukuku araştırmaz¹⁰⁵. İstisna kuralının uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken bir diğer durum, sözleşmenin hukuki durumundan ziyade olayın niteliklerine göre bir hukuki ilişkinin ve karakteristik edim borçlusunun hukukundan bir başka hukuk sistemi ile sıkı ilişkide olması gerekir¹⁰⁶.

İstisna kuralının esas alınabilmesi için, sözleşme ile o ülke hukukunun arasında yakınlık bulunmalıdır. Bu durumda birkaç ortak unsurun bulunması yeterli olmaz ve arada tartışmaya yer vermeyecek şekilde yakınlık bulunmalıdır. İstisna kuralı uyarınca, sözleşme ile irtibat bulunamaması halinde irtibatların yoğunlaştığı ülke hukuku uygulanır. Objektif kuralın, sözleşmenin diğer bağlantı noktalarınca sözleşmeden bulunamaması ve bağlantı noktalarının birçoğunun bir ülkeyi belirtmesi, objektif kuralın karinede bulunmasından başka sözleşme ile bağlantılı olmaması halinde, bağlantıların biriktiği ülkenin hukuku

¹⁰⁵ KARACA, s.34.

¹⁰⁶ DEMİRKOL Berk; “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk “Vedat Yayıncılık, 2. Baskı, 2014, İstanbul, s.332.

uygulanacaktır¹⁰⁷. Sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafın işyeri değişmişse bağlama noktası olarak tespiti gereken ve sözleşmenin akdedilme anındaki işyerinin sözleşme ile bağlantısı bulunmayacaktır¹⁰⁸.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından bu hususu irdelleyecek olursak; uluslararası inşaat sözleşmeleri, ifası vakit alan sözleşme çeşitlerindendir. İş sahibinin mutad meskeni ile sözleşmenin ifa yeri prensip olarak aynı ülkede yer almalıdır. İstisna kuralının uygulama alanı bulabilmesi için, ifa yeri ile yetkili mahkemenin bağlantılı olması halinde de objektif bağlama kriterlerine göre esas alınacak hukukun sözleşmeden ayrılması hali oluşacaktır. Bir diğer yandan ele alacak olursak, hukuk seçimi tespit edilirken büyük inşaat projelerinde şemsiye kloz halinde inşaat sözleşmesi ve inşaat sözleşme ve proje ile ilgili farklı sözleşmeler vardır. İnşaat sözleşmelerinin tamamlanması için çeşitli başka sözleşmeler akdedilmektedir. Örneğin; mal satım sözleşmesi, vb., projenin finansmanın sağlanması için çeşitli sözleşmeler akdedilmektedir. Daha önce detaylıca incelediğim gibi, sözleşmeler ve edimler arası uyumun sağlanması için tüm bu akdedilen sözleşmelere aynı hukuk sisteminin uygulanması gerekmektedir.

Karakteristik edim unsurunun gerçekleştirilebilmesi açısından istisna kuralı, uluslararası inşaat sözleşmelerinde uygulanacak olan hukukun belirlenmesinde karakteristik edim unsurunu ve karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin tabi olduğu hukukun belirlenmesinde bağlama noktası olarak ele alınmasını belirten doktrin görüşleri mevcuttur. Örneğin; yabancı bir firmanın iş sahibinin taşınmazının bulunduğu ülkedeki bir inşaat projesinde alt yüklenicilerin çoğu o ülkeden vatandaşlar olacaktır. Bu durumda inşaat sözleşmesine yüklenicinin bulunduğu ülke hukuku yetkili olurken, alt yüklenicilik sözleşmelerine ise alt yüklenicinin ülkesi olan taşınmazın olduğu ifa yeri ülkesi hukuku uygulanır.¹⁰⁹ Tüm bu kapsamda, uluslararası inşaat sözleşmelerinde ifa yeri hukukunun öncelikli olarak uygulanması, projenin hukuki bütünlüğü ve sonrasındaki ihtilafların çözümü açısından önem taşımaktadır.

¹⁰⁷ KARACA, s.35.

¹⁰⁸ DEMİRKOL, s.334.

¹⁰⁹ KARACA, s.36.

Doktrin kapsamlı olarak incelendiğinde; sözleşmenin ifa yerinin, karakteristik edim borçlusunun işyerinden farklı ülkede bulunduğu sözleşmelerde, ifa yerinin hükme esas alınması gerektiği ve istisna kuralınca bu hukukun sözleşme ile daha sıkı ilişkiye sahip olacağı görüşü yaygındır. Karakteristik edim unsuru ve MÖHUK Md. 24/4'te bulunan, birden çok işyeri olması halinde sözleşmeye daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması hususu, uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ifa yeri ve işyerinin farklı olması halinde ifa yeri hukukunun, daha sıkı ilişkili hukuk istisna kuralı uyarınca uygulanmasını doktrin desteklemektedir. İlk olarak yüklenicinin işyeri hukukuna bakmak, yüklenicinin işyerindeki ifa edilen sözleşmeler açısından daha doğru bir yaklaşımdır.

ICC'nin milletlerarası sözleşmelere tabi olacak hukuk için meydana getirdiği komisyonda, tarafların hukuk seçimini yapmamaları halinde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulama yeri bulacağı belirtilmiştir. Ancak inşaat sözleşmelerinde ilişki, projenin yapıldığı yer olarak ifa yeri hukukunun esas olarak uygulanmasını ister. Yüklenicinin işyeri hukukunun uygulanmasında öncelik tanımak, yalnızca yüklenicinin işyerinde ifa edilen sözleşmeler açısından mantıklıdır.

Karakteristik edim unsuruna göre, karakteristik edimin tespitini yaparken borcun karakteristik edim unsurunun yerine getirilmesi gerekli konumu belirtmektedir. İfa yeri hukuku ile sözleşme arasındaki ilişki sözleşmenin ifası ile direkt uygulanan klozların bulunması durumunda, hukuki olarakta meydana çıkar¹¹⁰.

Milletlerarası nitelikli sözleşmelerde sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında tarafların aralarında akdedilen sözleşmenin geçerliliğini ve sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimi serbestisi bulunsa da tarafların sözleşmede bir hukuk seçimi yapmaması halinde Şayet sözleşmede hukuk seçimine dair bir madde bulunmuyorsa durum daha komplike bir hal alacaktır. Bu halde devreye uluslararası sözleşmelere uygulanan iki temel prensip girecektir. Bunlar:

- a. *Lex Loci Contractus* İlkesi; sözleşmenin ifasının gerçekleştiği yerin milli hukuk kuralları uygulanır. Sözleşmenin yapıldığı yer hukuku esas alınarak uygulanacaktır.

¹¹⁰ SARGIN Fugen; "Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları" Yetkin Yayıncılık, 1996, s.75.

b. *Lex Fori* İlkesi; sözleşme konusu uyuşmazlığın taşındığı mahkemenin bulunduğu yer hukukunu esas alır. Davaya bakacak olan mahkeme kendi milli hukuk sistemini uygular.

Uluslararası Özel Hukuk kurallarınca belirli uyuşmazlıkların çözümü önceden belirlenmiş hukuk sistemlerine tabidir. Örneğin; Uluslararası Satış Sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satımı Sözleşmesi (CISG) hükümlerince gerçekleşir.

Türk hukuk sisteminde taraflar aralarında akdedilen sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmedikleri halde uygulanacak hukuk MÖHUK Md. 24/4 uyarınca kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenecektir. Sözleşmede karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır¹¹¹. Örneğin inşaat sözleşmelerinde karakteristik edim sözleşme konusu projenin tamamlanması olduğundan, yüklenicinin bulunduğu yer hukuku esas alınır. Bizim hukuk sistemimize göre İnşaat Sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde uygulanacak olan hukuk; yüklenicinin iş yeri hukuku veya daha sıkı ilişkili hukukun tespiti sonucu seçimidir. Daha sıkı ilişkili hukuk kavramından anlaşılan; MÖHUK uyarınca karakteristik edim borçlusunun iş yerinin bulunduğu yer hukuku öncelikli olarak tercih edilecektir. Burada istisnai hallerde mevcuttur. Örneğin; bazı hallerde yüklenicinin birden fazla iş yeri bulunabilir. Bu hallerde sözleşme ile en sıkı halde olan iş yerinin mutad mesken yer hukuku tabi kılınacaktır. Yüklenicinin birden fazla iş yeri olduğunda, sözleşmeyi imzalayan ve sözleşme konusu edimi yerine getiren iş yerinin bulunduğu yerin diğer iş yerlerinden daha fazla bağlantılı olduğu kabul edilecektir. Bir diğer seçenek olan “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” kavramı ise, karakteristik edim kavramı dışında, sözleşme ile daha yakın bağlantısı olan bir hukuk sisteminin olması durumunda uyuşmazlık daha sıkı bağlantılı olan yer hukuku ile çözülecektir. MÖHUK Md. 24/4’e bir istisna olan bir durumdur. Karakteristik edim borçlusu hukukunun uygulanma prensibi esas olan ise de, istisnai olarak karakteristik edimli hukuktan daha sıkı bağlantılı bir hukuk olması durumunda, karakteristik edim borçlusu hukuku esas alınmayacaktır¹¹².

¹¹¹ AKINCI Ziya; “**Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**” “Dokuz Eylül Üniversitesi yayınları, Ankara, 1992, s.31.

¹¹² AKINCI, *İnşaat*, s.318.

Maddi hukukta, irade serbestisi ilkesi bulunsa da bu serbesti belirli sınırlamalara tabidir. MÖHUK kapsamında da bu konuda sınırlama mevcuttur. Md. 24 kapsamında “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir” maddesi uyarınca sözleşme taraflarına hukuk seçimi yapma yetkisi verilmişse de bu hukuk seçiminin üç unsuru vardır. Bunlar; Taraf iradeleri, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin açık bir biçimde anlaşılması ve tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin sözleşme hükümlerinden veya şartlardan anlaşılır olmasıdır.

3.4.4 İnşaat Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kuralların net bir tanımının yapılması oldukça zordur. Hukuk sistemimizde yetkili yabancı hukuk kurallarının doğrudan uygulanan kurallardan sayılma şartı MÖHUK Md. 6 uyarınca düzenlenmiştir¹¹³. Doktrinde doğrudan uygulanan kurallar tarafların iradeleri ile seçtikleri, hakemlerce veya kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen hukuk ve kurallar dikkate alınmadan uygulanan ve tarafların bir sözleşme ile uygulanmasından kaçamadıkları kurallar olarak tanımlanır¹¹⁴. Doğrudan uygulanan kural ve tahkim kavramının aynı anda kullanımı, tahkimin taraf iradesi doğrultusunda kurulan bir çözüm şekli olması nedeni ile çelişkili görünebilir. İnşaat uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümünde dikkat edilmesi gereken bir husustur. Şöyle ki; doğrudan uygulanan kurallar irade serbestisini devletlere ait bazı menfaatleri korumak nedeni ile sınırlayabilir. Tahkim niteliği itibari ile anlayışın farklılaşması ve hakemlerin de doğrudan uygulanan kuralları uygulaması gereken durumlar vardır¹¹⁵. Doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında yorumu önemli olup, dar yorumlanması ve doğru tespit edilmesi gerekmektedir, çünkü bir kuralın doğrudan uygulanan kural olmadığı halde doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması kuralın hiç uygulanmaması halinden daha sakıncalı sonuçlar ortaya çıkarabilecek olup bu risk önlenmelidir¹¹⁶.

¹¹³ Madde 6; Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır.

¹¹⁴ GELGEL ÖZTEKİN Günseli; “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi” İstanbul, Beta, 2006, s.248; ÖZEL, s.129; HUYSAL Burak; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik,” İstanbul,2010, s.96, ÇELİKEL/ERDEM, *Milletlerarası*, s.411.

¹¹⁵ KOCASAKAL/ ÖZDEMİR, s.223.

¹¹⁶ NOMER s.186; WAINCYMER Jeff; “International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law”, 2009, s.15.

Tahkim yargılamasına konu edilmesi halinde, tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukuk taraflarca seçilmeli ve ayrıca bu kurallar hakkında talepte bulunulmaması halinde bu hukukun içinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların hakimler tarafından seçilen hukukun bir parçası olarak uygulanması gerekir¹¹⁷. Doktrinde yapılan genel tanımlarda doğrudan uygulanan kuralları, devletin sosyal ve ekonomik politikalarına bağlı şekilde, özel hukuk alanına bir müdahale kuralları niteliğinde olduğu ; bu kuralların yalnızca tarafların menfaatine hizmet etmediği, daha çok kamu yararına hizmet niteliğinde konulduğu, bu amaç nedeniyle doğrudan uygulanan kural kapsamına girdiği vurgulanmıştır¹¹⁸.

Devlet mahkemeleri dışında, uluslararası örgütler de kendi üyelerinin uymasına yönelik doğrudan uygulanan kurallar düzenlemektedirler. Bu kurallara, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin aldığı kararları, Avrupa Birliğinin getirmiş olduğu Direktifleri, WTO gibi kurumların sınırlayıcı, haksız rekabeti önleyici düzenlemeleri örnek olarak verilebilir¹¹⁹. Uygulamada *lex contractus*’un doğrudan uygulanan kurallarını tahkim yargılamasında kullanan emsal hakem kararları mevcuttur¹²⁰. İrade serbestisine getirilen bir kısıtlama olan doğrudan uygulanan kurallar kavramı; hakemlerce veya taraflarca belirlenen hukuk ve kurallar bütünü dikkate alınmadan doğrudan uygulanan ve uygulanmasından kaçılmayan kurallardır¹²¹. Tarafların irade serbestisi ile bu kuralların uygulanmasını engelleyememesi kuralları ‘doğrudan’ yaparken, yabancı bir hukuk seçerek bu kurallardan kaçamamaları da kuralları ‘uluslararası’ hale getirmektedir¹²².

Sözleşme taraflarından zayıf konumda olduğu düşünülen tarafları korumaya yönelik düzenlenen doğrudan uygulanan kuralların bir amacı da üçüncü kişileri korumaya yönelik

¹¹⁷ TAKAVUT Doğan İbrahim; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar “On iki levha yayıncılık, 2018, s.126.

¹¹⁸ NOMER, s.187; TEKİNALP/UYANIK, s.48; DOĞAN, s.158; ÇELİKEL/ERDEM, *Milletlerarası*, s.154; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası*, s.7.

¹¹⁹ BLESSING, s.27; KESSEDJIAN, s.149; SÜRAL Ceyda;” *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*”, İzmir, Güncel, 2008, s.65; HUYSAL Burak; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s.144.

¹²⁰ 1971 tarihi 1581 numaralı ICC Kararında, hakemlerin yetkilerini tahkim sözleşmesinden aldıkları için hakimlerin aksine hakemlerin taraf iradeleri ile tamamen bağlı olduğu belirtilir.

¹²¹ TAKAVUT Doğan İbrahim “Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar “Yükseklisans tezi, İstanbul, 2021 s.21.

¹²² KLEINHEISTERKAMPJan; “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements” *World Arbitration & Mediation Review*, vol.3, 2009, s.117.

düzenlenen doğrudan uygulanan kurallarda olduğu gibi kişileri ve bir nevi devlet düzenini korumaktır¹²³. Bu doğrudan uygulanan kurallar uluslararası sözleşmeler ile düzenlensinler veya düzenlenmesinler genellikle uluslararası kamu düzeninden gelmektedirler ve uluslararası alanda genel kabul edilmiş jus cogens kuralları, *lex mercatoria*, iyi niyet kuralları gibi temel hukuki prensiplerden oluşmaktadırlar¹²⁴.

Ticari tahkim yönünden incelersek, Milletlerarası ticari tahkimde hakem kararlarının gerekçeye dayanamaması sebebiyle hakemlerin bazı hallerde doğrudan uygulanan kuralları uygulamamaya eğilimli olabileceklerine dair bir görüş de bulunmaktadır¹²⁵. Her ne kadar doktrin ve uygulamada doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargılamasında hakemlerce dikkate alınmayabileceğine ilişkin tereddütler yer alsa da son dönemde yapılan akademik yayınlar, verilen tahkim ve mahkeme kararları doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce değerlendirilmesi ve hatta uygulanması gerektiği yönünde gelişmektedir¹²⁶.

Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni sınırlandırılması birbiri ile karıştırılan kavramlardır. Doğrudan uygulanan kurallar esas olarak kamu düzeninin bir parçasıdır¹²⁷. Farkı açısından, kamu düzeni daha geniş bir kavramdır. Doktrinden görülmektedir ki, yapılan tanımlamalara bakıldığında, doğrudan uygulanan kural kavramının kamu düzeni kavramını aştığı ve artık tarafların aksine burada anlaşma yapamadıkları bütün unsurların bir doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁸. Bir diğer fark ise, doğrudan uygulanan kurallar genellikle ticari sözleşmeler hakkında uygulanırken kamu düzenine ilişkin kurallaraile hukukuna vekamu hukukuna ilişkin konular hakkında da ortaya çıkar¹²⁹. Doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için bir hukukun seçilmesine veya belirlenmesine gerek olmadan kurallar ile uyumsuzluk arasında bağlantı kurulduğunda kurallar doğrudan uygulanacakken, kamu düzeni için öncelikle bir hukukun belirlenmesi

¹²³ KOCASAKAL, s.101; ÖZEL, s.164.

¹²⁴ VLADIMIR Pavic; “Bribery and International Commercial Arbitration-the Role of Mandatory Rules and Public Policy”, 2012, s.668.

¹²⁵ WARE Stephan; “Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration”, s.720; SMITHans; “Mandatory Law in Arbitration”,2007, s.159.

¹²⁶ VOSER Nathalie; “Mandatory Rules of Law as a Limitaion on the Law Applicable in International Commercial Arbitration”, 1996, s.336.

¹²⁷ MAYER, s.275; KOCASAKAL, s.20.

¹²⁸ KESSEDJIAN, s.147.

¹²⁹ KOCASAKAL, s.21.

sonrasında bu hukukun kamu düzenine aykırılığının tespit edilmesi gereklidir¹³⁰. İnşaat hukukunda imar kısıtlamaları ve deprem yönetmeliği gibi¹³¹ hususlar Türk hukukunda MÖHUK Md. 6 bakımından, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilir. Örneğin; bir şirket yerli veya yabancı olması farketmeksizin) inşaat yapma yasağı olan ve faaliyetlerin kısıtlandığı bir yerde, bu yabancılık unsuru olsun veya olmasın herkes için geçerlidir. Bir diğer yandan deprem yönetmeliği gereği alınması gereken asgari korumalar ve benzeri hususlarda bu kapsamda değerlendirilebilir.

Doğrudan uygulanan kurallar uygulanmaları açısından olumlu bir görev yüklerken, kamu düzeni olumsuz bir görev yüklemektedir. Doğrudan uygulanan uygulanacak hukuka karşı bir kuralın uygulanmasını zorunlu kılarken, kamu düzeni genel olarak olumsuz bir görev yükleyerek tarafların hukuk seçiminin uygulanmamasına sebep olmaktadır¹³². Bir diğer fark ise, Kamu düzenine ilişkin hususlar genel olarak yazılı olmayan, bir devletin genel prensiplerini ifade ederken doğrudan uygulanan kurallar genel olarak özel bir konu hakkında düzenlenmişlerdir ve somutturlar, çoğunlukla da yazılıdır¹³³.”Kamu düzeni “ ve “ Doğrudan uygulanan kuralllar” arasındaki en önemli fark ; gerek kamu düzeninin gerekse doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı bulduğu durumlarda, yetkili yabancı hukuk yerine Türk hukuku tatbik alanı bulduğudur. Ancak buradaki fark yöntem açınsındandır demek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki; kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili olduğu yabancı hukukun uygulanması sırasında söz konusu olarak yabancı hukukun uygulanmasının önüne geçebilir. Doğrudan uygulanan kurallar ise, getirdikleri düzenleme ile sınırlı olacak şekilde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının önüne geçer.

Doğrudan maddi hukukun uygulandığı hallerde, herhangi bir kanunlar ihtilafı sistemi ya da kuralı olmaksızın doğrudan maddi hukukun uygulanması söz konusudur. İhtilafın özelliklerine bağlı olarak yerel hukukun normlarının doğrudan uygulanması mümkün olabileceği gibi, uluslararası hukuk veya uluslararası ticaret hukuku kurallarının da devreye

¹³⁰ **NOMER** s.186; **HOCHSTRASSER**, s.68; **ÇELİKEL/ERDEM**, *Milletlerarası*, s.159; **EKŞİ**, s.156; **KESSEDJIAN**, s.152; **KÖSEOĞLU**, s.154.

¹³¹ **Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği**; resmi gazete yayın tarihi: 18.03.2018, Sayı: 30364, Bu Yönetmelik, 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 12 nci ve 17 nci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

¹³² **KESSEDJIAN**, s.152; **SHEPPARD**, s.125; **KOCASAKAL**, s.21; **KÖSEOĞLU**, s.153.

¹³³ **ORVING**, s.11; **KÖSEOĞLU** s.153.

girmesi mümkündür. Tarafların bağlı olduğu hukuk sistemleri arasında gerçek bir kanunlar ihtilafı söz konusu olduğunda, davanın başında hangi hukuk kurallarının esas olarak uygulanacağı meselesine odaklanmak gerekecektir.

İstisnai olarak, ihtilafa uygulanacak hukuk, devletler üstü bir hukukun kapsamına girebilir. İki veya daha fazla devletin yaptığı anlaşmalar ve bu anlaşmalardan kaynaklanan hukuki şekiller de benzer şekilde değerlendirilmelidir. Eğer taraflar arasında herhangi bir kanunlar ihtilafı tespit edilmemişse, hakemler, uluslararası ticareti düzenlemek için oluşturulmuş kurallar ve uluslararası düzeyde kabul görmüş ticari örf, adet ve teamülleri ihtilafa doğrudan uygulama yetkisine sahip olabilirler. Kanunlar ihtilafı metoduna alternatif olarak, uluslararası ilişkiler için geliştirilmiş ve maddi normların doğrudan ihtilaf konusu ilişkilere uygulanmasını öngören bir özel hukuk yöntemi de mevcuttur¹³⁴. Avrupa Sözleşmesi, UNCITRAL ve Milletlerarası Enerji Ajansı'nın tahkim kurallarında, hakemlerin ihtilafları çözerken ticari örf, adet ve teamülleri dikkate alabilecekleri belirtilmektedir. Ayrıca, bazı yeknesak kanun sözleşmeleri ve konvansiyonlarda yer alan normlar, belgeler olarak uluslararası ticaretin bir parçası olarak hakemler tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Milletlerarası ticaret hukukunun bir kaynağı, ticaret camiasının belirli alanlarındaki uygulamalarından doğan örf, adet ve pratiklerin yazılı hale getirildiği kodlardır. Ancak, uluslararası ticari ilişkiler için gerekli olan bir Milletlerarası Özel Ticaret Kanunu henüz tam anlamıyla oluşturulmamıştır¹³⁵.

3.4.5 Uygulanacak Hukukta Kamu Düzeni Sınırlaması

Geleneksel kanunlar ihtilafı sisteminde soyut bağlama noktaları aracılığıyla uygulanacak hukuk tespit edildiğinde ve bu tespit edilen hukukun maddi hükümleri forum devleti için kabul edilemez nitelikte olduğunda, yabancı hukukun uygulanmasının önüne geçecek bir istisnaya ihtiyaç bulunmaktadır. İşte kamu düzeni kavramı bu ihtiyaca cevap vererek, haksız, uygunsuz ve kabul edilemez yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaktadır.¹³⁶ Kamu düzeni, bir ülkede yer alan hukuki, ahlaki, sosyal, siyasal sistemin ana kurallarını ifade eder.

¹³⁴ ŞANLI, *Uluslararası*, s. 332.

¹³⁵ KARAKAYA/SÖNMEZ, s.224.

¹³⁶ ÖZEL Sibel / ERKAN Mustafa/ PÜRSELİM Selin H./ KARACA Akif H.; “Milletlerarası Özel Hukuk” Oniki levha yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2024, s. 121.

¹³⁷MÖHUK Md. 5 hükmü ¹³⁸uyarınca yabancı hukukun uygulanmasında kanunlar ihtilafları uyarınca oluşan sınır, bu yabancı hukuk kurallarının kamu düzenine aykırılık oluşturmaması gerekmektedir. Kamu düzeni kavramının sabit bir tanımının yapılması oldukça zordur. Kamu düzeni toplumların siyasi, sosyal, kültürel, ahlaki ve ekonomik ihtiyaçlarına göre değişmektedir.¹³⁹Yargıtay içtihadı birleştirmekararında kamu düzeninin içeriği tanımlanmıştır.¹⁴⁰ Buna göre; insan hak ve özgürlüklerine aykırılık teşkil eden, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı olması halinde yabancı hukuk uygulanmaz.İnşaat sözleşmelerini ilgilendiren hallerde yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi bu hukuk sistemlerinin farklı olması emredici kurallara aykırılık oluşturduğu anlamına gelmediğinden bu risk düşüktür.¹⁴¹Kamu düzeni toplumların siyasi, sosyal, kültürel, ahlaki ve ekonomik ihtiyaçlarına göre değişmektedir¹⁴².

İnşaat hukuku kapsamına giren bazı konular ayırım yapmaksızın doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenebilir. Dolayısı ile bu kuralların kapsamındaki konularda ihtilaf yabancılık unsuru taşısa bile, bu kurallar yine de direkt uygulanacaktır¹⁴³. Kısacası; bir kural yoğun şekilde devletin sosyo ekonomik çıkarlarına veya kamu güvenliğine hizmet misyonu ile yaratılmışsa bu durumda kural doğrudan uygulanabilir nitelik kazanır. Milletlerarası ticari tahkim yargılamalarında, tarafların tüm usuli haklarından feragat edebileceklerinin söylenmesi yanlış olur. Tarafların; üçüncü kişilerin menfaatlerini ilgilendiren veya adil yargılanma ve kamu düzenine ilişkin usuli haklardan feragat edemeyecekleri genel olarak kabul edilmektedir¹⁴⁴.

¹³⁷ NÖMER Ergin; “Devletler Hususi Hukuku” 21. Baskı, İstanbul, Beta yayıncılık, 2015, s.159; ÇELİKEL/ ERDEM, *Milletlerarası*, s.139; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası*, s.675.

¹³⁸ Md. 5; Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.

¹³⁹ ÇELİKEL/ERDEM, *Milletlerarası* s.146; DAYINLARLI, s.2; AKINCI, s.279; GIBSON Christopher S.; ‘Arbitration Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defence in View of Foreign Mandatory Public Law’, 2009, s.1230.

¹⁴⁰ İçtihadı Birleştirme Kararı; 2010/1 E. -2F012/1 K., T.10.02.2012.

¹⁴¹ AKINCI, İnşaat, s. 319.

¹⁴² ÇELİKEL/ERDEM, *Milletlerarası*, s.146, DAYINLARLI Kemal “Milli - Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri”, Ankara,1994 s.26, AKINCI, *İnşaat*, s.279, ÖZEL, s.130.

¹⁴³ ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice:” Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri” Galatasaray Üniversitesi yayınları, İstanbul, 2001 s. 43; TOPRAK Eren “Kamu İhale Hukuku” Seçkin yayınları, Ankara, 2021, s.417.

¹⁴⁴ BORN Garry B.; “International Commercial Arbitration”, Hollanda, Wolters Kluwer, 2014, s.2189.

Kamu düzeni kavramı; bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ahlaki ve hukuk açılarından belirli bir zaman aralığı içerisinde temel halini belirleyen ve menfaatlerini koruyan kurallar bütünüdür.¹⁴⁵Kamu düzenininbir diğer tanımlarından birinide, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Yargıcı Cardozo'nun kararında görmekteyiz. Cardozo'nun bu görüşüne göre, yabancı bir devletin hâkimi, kendi ülkesinde var olan temel adalet şuurunu, ortak yaygın ahlak anlayışını ve köklü ortak iyilik anlayışını ihlâl etmedikçe yabancı hukuku reddedemez. Bu durumda Milletlerarası Özel Hukukta yargıcın, kamu düzeni anlayışının harekete geçmesi gerektiği kanısına varması halinde, artık milletlerarası özel hukuk menfaatini ikinci plana atıp maddî hukuk menfaatini ön plana alabileceğini söylemek yanlış olmaz¹⁴⁶.

Ülkemizde temel hukuk ve anayasa prensipleri ile bağdaşmayan alaki değerde kanunlar ihtilafı kurallarınca davada yetki sahibi olan yabancı hukukun uygulanmasının engellendiği durumlar olabilmektedir. İki İtalyan vatandaşının Türkiye’de yaptıkları boşanma, mili hukuk sistemlerine göre boşanma yasağına tabi bulundukları için geçersiz kabul edilebilmektedir. Örneğin; eşlerden biri Türk vatandaşı ise, boşanma yasağı getiren yabancı hukukun uygulanması hususunda kamu düzeni müdahalesi olacaktır.¹⁴⁷Bu açıdan bakıldığında, bir hukuki ilişki veya işlemin Türkiye ile olan ilişkisi arttıkça, o hukuki işlemin kamu düzeni müdahalesine uğrama ihtimali de artacaktır¹⁴⁸.

3.4.6 Genel İşlem Şartları Bakımından İnceleme

Genel işlem şartları içerisinde tahkim şartı da forum olarak yer alabilir. Genel işlem şartları, bir sözleşme akdedilmeden önce düzenleyen tarafın, ileride benzer nitelikteki hukuki ilişkilerde kullanmak amacı ile, önceden hazırlayıp sözleşmenin karşı tarafına sunduğu sözleşme hükümleridir. TBK Md. 20 ‘de tanımı yapılmıştır¹⁴⁹. Burada dikkat çeken hukuki

¹⁴⁵ **TANRIVER** Süha.; “YabancıHakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, MHB,1998, S.476.

¹⁴⁶ **SİRMEN** Kazım Sedat; “Avrupa Birliği Adalet Divanının Eco Swiss Kararındaki Kamu Düzeni Kavramı ve Bunun AB İçi Yatırım Anlaşması Tahkimlerindeki Etkisi “İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ISSN: 2146-1082, 2021, s: 438.

¹⁴⁷ **NOMER** s.263; **TEKİNALP**, *Möhuk*, s.175.

¹⁴⁸ **NOMER**, s.178.

¹⁴⁹ **TBK MADDE 20-** Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine

husus, standart sözleşmelerin tek taraf hakimiyetinde oluşan bu durumun irade serbestisi ilkesi ile çelişmesidir. Şöyle ki; irade serbestisi ilkesine göre taraflar sözleşmelerini diledikleri gibi akdedebilmekte iken, standart sözleşmelerde sözleşmenin güçlü tarafı kendi çıkar ve olası risklerini analiz ederek istediği halde sözleşme maddeleri oluşturabiliyorken, diğer taraf genel işlem koşullarının varlığından habersiz olarak, güçsüz taraf konumunda olduğundan sözleşmedeki genel işlem şartlarını net bir şekilde değerlendiremeden sözleşmeyi kabul etmek durumunda kalmaktadır. Genel işlem koşulları arasında yer alan tahkim şartı diğer şartlar gibi yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabidir¹⁵⁰.

İnşaat sözleşmelerinin barındırması gereken birtakım hukuki nitelikler vardır. Genel işlem koşullarına aykırı olan sözleşmeler hukuken geçersizdir. Genel işlem koşullarında dikkat edilmesi gereken husus, düzenleyen tarafa tek taraflı olarak hükmü karşı taraf aleyhinde değiştirme olanağı veren kayıtlar olması durumudur. Bu halde, yazılmamış sayılırlar. TBK Md. 24 Genel işlem şartlarını düzenleyen taraf bu sözleşmenin diğer tarafa inceleme ve tartışma fırsatı verilerek kabul edildiğini ispatlasa dahi, karşı taraf aleyhine herhangi bir hüküm dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın durumunu ağırlaştırıyorsa bu halde tekrar hükümsüz sayılabilecektir¹⁵¹. İş sahibince birden fazla yüklenici ile akdedilecek sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmış ve yükleniciye imzalatılmış sözleşmeler ile, birden fazla iş sahibi ile yapılmak üzere şablon sözleşme şeklinde hazırlanıp iş sahibine imzalatılmış sözleşmeler, hazırlayan taraf aleyhine olmak üzere yasal sınırlara tabi olacaktır.¹⁵² Genel işlem koşulları tek tarafın lehine, diğer tarafın fazlasıyla aleyhine hüküm doğuran sözleşmelerde bir şart olarak karşımıza çıkar. İnşaat sözleşmelerinde de iş sahibinin yükleniciyle yaptığı sözleşmelerde genellikle işin ifası esnasında doğabilecek zararlardan yalnızca yükleniciyi sorumlu tutması vb. nedenlerle tek taraflı sözleşme hazırlaması durumunda karşılaştığımız bir durumdur.

ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”

¹⁵⁰ GÖLCÜKLÜ İlyas; “Genel İşlem Şartlarında Tahkim İradesinin Öngörülmesi”, oniki levha yayınları, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, 2021, s. 124.

¹⁵¹ TBK MADDE 25; “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”.

¹⁵² ÖZ Turgut; “İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat” “vedat kitapçılık, 2021, 4. Baskı, İstanbul syf. 31.

İnşaat sektöründe tüketici sözleşmeleri eser sözleşmesi olan inşaat sözleşmelerinden ziyade inşaatı yaptıran firmadan henüz tamamlanmamışta olsa satım sözleşmesi ile müstakbel bağımsız bölüm alan müşteriler açısından da karşımıza çıkar. Bu durumda “haksız şart” kavramından bahsetmek mümkün olacaktır. Bu halde, ilgili maddeler geçersiz olup, hüküm doğurmayacaktır. Günümüzde online alışveriş hizmetlerinde tüketiciler başta olmak üzere tüzel veya gerçek kişilerin genel işlem şartlarında tahkim şartını kabul edip işlemlerine devam etmesi olağan durumdadır.¹⁵³ Örneğin; amazon ülkelerinden alışveriş yapacak kişi ya da şirketlerin, aşağıdaki koşul kapsamında tahkim şartını kabul edecekleri önceden düzenlenmiştir¹⁵⁴.

Genel işlem şartları bakımından, TBK Md. 20 – 25 hükümlerinde, tüketici sözleşmeleri dışında da genel işlem şartları sınırlandırılmış olup, her iki taraf tacir olsa da, bir tarafın yalnızca kendi lehine olacak şekilde hazırlayarak karşı tarafa empoze ettiği sözleşme hükümlerinde oluşan hukuki sınırlandırmalar genel işlem koşullarına aykırılık olarak adlandırılabilir¹⁵⁵. Bu durumda tek yanlı hükümler yazılmamış sayılır. Hükümsüzlük hallerinin mevcudiyeti halinde inşaat sözleşmesi hiç yapılmamış gibi sayılacaktır. Uygulamada genellikle bu durum fiilen yapımına başlanmış inşaatlarda daha çok “şekle aykırılık” şeklinde rastlanılmaktadır¹⁵⁶. Hükümsüz bir inşaat sözleşmesinde iş sahibi için bedel ödeme borcu, müteahhid için inşaat yapma borcu doğmamış sayılacağından dolayı karşılıklı olarak bunların ifasını isteyemeyeceklerdir. Genel işlem koşullarında hükümsüzlük sorunu ile karşılaşmamak için sözleşmelerin mutlaka objektiflik kriterine uygun şekilde hazırlanması gerekir. Sözleşme içinde ya da sözleşme ekinde yer alan genel işlem şartlarında düzenlenen ve karşı tarafça kabul edildiği açıkça anlaşılmayan tahkim anlaşmalarının geçerli olmayacağı öne sürülür¹⁵⁷. Bunu destekleyen görüşler de “Kanaatimizce zayıf olan tarafı korumaya yönelik amaçlar taşıyan genel işlem şartlarının, katı bir norm gibi tüm hukuki

¹⁵³ GÖLCÜKLÜ İlyas; “Genel İşlem Şartlarında Tahkim İradesinin Öngörülmesi”, makale, oniki levha yayınları, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, 2021, s. 124.

¹⁵⁴ <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000> (erişim tarihi : 28.09.2024)

¹⁵⁵ OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” 18. Baskı, İstanbul ,2020, s.500.

¹⁵⁶ ÖZ, s.31.

¹⁵⁷ SARIÖZ BÜYÜKALP İpek; “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s.2040.

ilişkilere uygulanması ticari hayatın gereklerine ters düşmektedir”¹⁵⁸. Doktrin kapsamında bir diğer görüş ise, genel işlem koşulları arasında bulunan tahkim şartının geçerliliği esasa ilişkin bir husus olup MTK Md. 4’e göre ¹⁵⁹ tarafların tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak olan hukukun genel işlem koşulu tahkim şartını geçerli kılabilen bir hukuk da olabilir. Yabancı hukukun esasa uygulandığı hallerde TBK ilgili maddelerindeki genel işlem koşulları denetimi devreye girmeyecektir¹⁶⁰.

3.5 FIDIC SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER

FIDIC (International Federation of Consulting Engineers), Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu’nun Fransızca kısaltılmasıdır. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde kullanılan standart sözleşmeleri hazırlayan kuruluştur.¹⁶¹ Merkezi İsviçre’nin Cenevre şehrinde yer almaktadır. Milletlerarası inşaat sözleşmelerine en sıklıkla uygulanan sözleşmelerdir. Bu kuruluş müteahhit ile müşteri arasındaki hukuki ilişkilerin düzenlenilmesine hizmet etmektedir. Kuruluşun temelprensibi; taraflar arasındaki iş ilişkisinin dengesini sağlamaktır. Adil bir şekilde dengeli ilişki kurulmasını amaçlar. Farklı ülkelerden ve farklı hukuk sistemlerinden taraflar arasında akdedilecek sözleşmelerde standart metodlar kullanılarak uygulamada çözüm üretmeyi amaçlar. Yatırım anlaşmalarında ve uluslararası ihalelerde FIDIC kurallarına sıkça başvurulmaktadır. FIDIC genel şartnamesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlık tahkim prosedüründen önce mühendisin incelemesine tabi tutulur. Mühendis kararı ihtiyari uzlaştırma kararıdır. Bu karara karşı 70 gün içerisinde itiraz edilmez ise bağlayıcılık kazanır ve kesinlik kazandığı andan itibaren bilirkişi – hakem kararı niteliğindedir¹⁶². FIDIC normları, inşaat sektörünün ihtiyaçlarını göz önüne alıprisk dağılımı yaparak, tarafların arasındaki menfaat dağılımını korumaktadır.¹⁶³ FIDIC kuralları

¹⁵⁸ GÖLCÜKLÜ, *tahkim*, s.124.

¹⁵⁹ MTK Md. 4; “Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir”

¹⁶⁰ ZENGİN Burcu; “**Tahkim Anlaşmasının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu**” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, 2013, s.131.

¹⁶¹ <https://www.fidic.org/> (Erişim Tarihi: 03.07.2024)

¹⁶² ŞANLI, *Uluslararası*, s.386.

¹⁶³ TÖRE, s.87.

ile akdedilen sözleşmeler istisna kapsamında değerlendirilir. Danıştay'ın buna ilişkin görüşleri mevcuttur¹⁶⁴.

Milletlerarası inşaat ilişkilerinde sıklıkla kullanılsa da FIDIC sözleşmelerinin mutlaka uygulanma zorunluluğu yoktur. Taraflar sözleşmelerini diledikleri gibi düzenlerler veya FIDIC normlarında talepleri gibi değişiklik yapabilirler. Tarafların standart FIDIC sözleşmelerinde yaptıkları değişiklikler özel hükümler olarak adlandırılır. Tarafların ihale belgeleri içinde klasik FIDIC sözleşmeleri Genel hükümler niteliğindedir. İhale öncesinde anlaşılabilir ve belgelerin hangilerini sözleşmede dikkate alınacağı konusunda anlaşılabilirler.

FIDIC sözleşmeleri; taraflar arasındaki ilişki, fiyatlandırma ve ödeme, proje yönetimi, anlaşmazlık çözümü konularını kapsar. Proje yönetimi, anlaşmazlık çözümü gibi konuları inceleyerek taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için alternatif çözüm yolu önerisinde bulunur. Uluslararası inşaat projelerinde sıklıkla kullanılsa da, irade serbestisi uyarınca FIDIC sözleşmelerinin uygulanma gibi bir zorunluluğu yoktur.

FIDIC standart kuralları tarafların borç ve haklarına göre ayrı kitaplardan oluşmaktadır. Bu kitaplar; FIDIC kuruluşunun taraflar arasındaki ilişkileri farklı şekilde düzenler. FIDIC kitaplarından 1999 yeni baskı FIDIC sözleşmeler dizinden itibaren tüm FIDIC kitapları, içerikleri farklı olsa da tüm başlıkları tek bir tip halinde aynı maddelerle düzenlemiştir. FIDIC kitapları; kırmızı, sarı ve gümüş kitaplar temel serisi olarak “gökkuşağı kitaplar” serisini oluşturmaktadır. Bunun dışında beyaz, yeşil, zümrüt ve lacivert olmak üzere kitapları bulunmaktadır.

3.5.1 FIDIC Kırmızı Kitap

Uygulamada tarafların en çok kullandığı FIDIC kitabıdır. İlk baskısı İngiltere'nin ICE Sözleşme Şartları uyarınca hazırlanmıştır. Proje finansmanı ihtiyaçlarını dikkate alarak uluslararası finans kurumları ve bankalar tarafından tercih edilir. FIDIC Kırmızı Kitabın ilk

¹⁶⁴“Uyuşmazlık konusu ihalenin davalı idare ile Avrupa Yatırım Bankası arasında imzalanan kredi anlaşması gereğince dış kaynak temin edilmek suretiyle Avrupa Yatırım Bankası'nın öngördüğü FIDIC kurallarına göre yapıldığı, bu nedenle ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendi gereğince istisna kapsamında yapılabileceğinin kabulü gerektiğinden, 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde öngörülen şartlar oluşmadan ihalenin istisna kapsamında yapılması nedeniyle hukuka aykırı olduğundan bahisle ihalenin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmadığı hakkında.” (Danıştay Kararı - 13. D. E -2009/860, K.- 2012/937 T. 03.05.2012)

baskıları; 1957, 1969 ve 1977 yılında yapılmıştır. FIDIC Kırmızı Kitap, yapım ve mühendislik işleri için kullanılır. Yüklenicinin tasarımdan sorumlu tutulmaması riski azaltmakta ve iş sahiplerinin rekabet içeren teklifler almasına yaramaktadır.¹⁶⁵ Uygulamada FIDIC Kırmızı Kitap, karayolları, su işleri vb. İdarelerce yaygınca kullanılır. 9 Mayıs 1999 tarihinden bu yana FIDIC standart kuralları Dünya Bankası ve diğer çok taraflı birçok gelişim bankaları tarafından tavsiye edilmekte, Dünya Bankası tarafından 10 Milyon ABD Dolarının üzerinde sözleşme bedeli olan işlerde kredi şartlarından olarak aranmaktadır.¹⁶⁶ Uygulamada sık karşılaşılmassa da FIDIC kurallarında herhangi bir boşluk bulunması durumunda ise işbu boşluk, taraflar arasındaki inşaat sözleşmesine ilişkin olarak hangi ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiş ise o ülkenin hukuk kuralları uyarınca doldurulacaktır¹⁶⁷.

3.5.2 FIDIC Sarı Kitap

FIDIC tarafından 1999 yılında hazırlanan seri kitaplardan bir diğeridir. Uygulamada, mekanik tesisatın ve elektrik tesisatının tasarımı için kullanılır. Bu kitap, tasarımı yüklenici tarafınca yapılmış mekanik tesisat ve elektrik, inşaat ve mühendislik işleri için tasarlanmıştır. Yüklenicinin iş sahibi ihtiyaçlarına istinaden işin tasarımını yaptığı durumlarda kullanılır. Bu kitabın konusuna giren komplike işlerde tasarımın yüklenici tarafından yapılması sıklıkla tercih edilmektedir. Kırmızı kitap gibi, bu kitapta da mühendis ve müşavir kavramı sıklıkla yer alır.

3.5.3 FIDIC Gümüş Kitap

FIDIC tarafından 1999 yılında hazırlanan kitaplardandır. Anahtar teslim projeler için Sözleşme şartları olarak ifade edilmektedir. Bu kitap turuncu kitabın eksikliklerini tamamlamak maksadı ile hazırlanmıştır.¹⁶⁸ Tek bir kuruluşun mühendislik işlerinin yerine getirilmesi ve tasarımı ile ilgili sorumluluk alınan projeler için tercih edilir. Gümüş kitapta

¹⁶⁵ AKINCI, *İnşaat*, s.25.

¹⁶⁶ GÖTZ Sebastian; “Uluslararası İnşaat Hukuku: FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) Hakkında Açıklamalar”, Çeviren ve Uyarlayan C. Gökhan Erbaş, Ankara,2009, s.2.

¹⁶⁷ KARAYALÇIN Yaşar; “FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu”, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, b. 2, Ankara 1996, s.307.

¹⁶⁸ TÖRE, s.14.

mühendisten bahsedilmediği için, iş sahibinin kendi temsilcisini atması mümkündür.¹⁶⁹ Burada yüklenici, projenin amacına uygun olarak sözleşmede kararlaştırılan projenin tamamlanması ile yükümlüdür. Bu kitap daha çok fabrika, arıtma tesisi, enerji santrali gibi projelerde tercih edilmektedir. İş sahibi, iş değişikliği ve bedelinin veya iş artışına dayanan taleplerin az veya mümkün oldukça sınırlandırılmasını istiyorsa FIDIC Gümüş Kitap'ı tercih etmelidir. Bu kitapta yüklenici risklerin büyük bir kısmını üstlenmektedir.

3.5.4 FIDIC Altın Kitap

Büyük sermaye gerektiren “tasarla – yap – işlet” projelerinde tercih edilen kitaptır. Sarı kitap baz alınarak hazırlanmıştır. Burada yüklenici yalnızca belirli eserin inşaatını üstlenmekle kalmayıp, inşaat ediminin dışında projenin tamamlanması için gerekli finansal kaynağın temini, eserin inşaatı bitirildikten sonra işletmesi... vb. borçları da üstlenmektedir. Bu tarz projelerde işin ücreti yükleniciye, proje tamamlandıktan sonra, söz konusu projeyi işletme hakkı olarak verilmektedir.

3.5.5 FIDIC Zümrüt Kitap

FIDIC tarafından düzenlenen son kitaplardandır. Yeraltı işleri için sözleşme koşullarını düzenlemektedir. Bir metro işi, otoyol – demiryolu tüneli, baraj projesi gibi işlerde zeminle ilgili oluşacak sorunlar ve maliyetlerden sorumlu olacak tarafın risk dağılımına odaklanır¹⁷⁰.

3.5.6 FIDIC Yeşil Kitap

İnşaat sözleşmelerinin uygulanma ve ortaya çıkabilecek ihtiyaçların karşılanması için tasarlanan kitaptır. Daha kısa ve dil açısından kolaylıkla anlaşılabilir olan yeşil kitap tasarlanmıştır. Yeşil kitaba göre bir mühendis görevlendirilebilir, iş sahibi kendine temsilci de atayabilir¹⁷¹. Az sermaye gerektiren işler için tercih edilir. 500.000 Amerikan dolarının altında olan işler için uygulanır. Yeşil kitaba göre ücret götürü olabileceği gibi yaklaşık bedelli de olabilir¹⁷². Yeşil kitapla ilgili doktrinde birçok eleştiri dile getirilmiştir, örneğin bu kitabın iş konseptlerine uygun olmadığı, inşaat yapımı, yönetimi ve tasarımlarına cevap

¹⁶⁹ BATTRICK Paul/DUGGAN Phill; “**The Rainbow Suite**”, The 1999 FIDIC suite, s. 5.

¹⁷⁰ AKINCI, *İnşaat*, s.29.

¹⁷¹ BATTRICK/ DUGGAN, s. 5.

¹⁷² TÖRE, s.19.

veremediği, risk tazminatı konusunda yeterli olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca kitapta öngörülen sürelerin kısa olması da eleştirilmiştir¹⁷³.

3.5.7 FIDIC Diğer Kitaplar

FIDIC, başka ihtiyaçlara göre ek kitaplarda düzenlemiştir. Bunlar; beyaz kitap, mavi kitap, lacivert kitap vb. Beyaz kitap, müşavirlik hizmet sözleşmesine istinaden düzenlenmiştir. Lacivert kitap, uluslararası temsilcilik işlerini ilgilendiren projelerde tercih edilir. Mavi (turkuaz) kitap ise, deniz dibinde gerçekleşecek projelerin ıslah ve dip taraması gibi işlemlerinde tercih edilmek üzere tasarlanmıştır.

2017 baskısı; daha ayrıntılı olarak tasarlanmıştır. Bu durum, FIDIC sözleşmelerinde ayrıntının ve tüm detayların gözden geçirilmesinin uygulamada daha önemli bir husus haline geldiğinin en somut göstergesidir.

3.5.8 FIDIC Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

FIDIC sözleşmelerinde, tarafların irade serbestisi ilkesince sözleşmenin hangi hukuk sistemine tabi olacağı belirtilir. FIDIC sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için sözleşme ve tarafların akdettikleri özel anlaşmalara bakmak gerekir. Sözleşme hükümlerince taraflar arasında kabul edilen ve yürürlükte olan hukuk sistemi uygulanır. FIDIC sözleşmelerinin 1.4. maddesi uyarınca; uygulanacak hukuk ve dil düzenlenilmiştir. Uygulanacak hukuk, ihale belgeleri ekinde, taraflarca belirlenen hukuktur. Tarafların uygulanacak olan hukuku ihale ekinde veya sözleşmede kararlaştırmaması durumunda uyuşmazlığın çözümü noktasında hakem veya hakim uygulanacak hukuku saptayacaktır. Bu durumda belirtmek gerekir ki; tarafların uygulanacak olan hukuku önceden tespit etmeleri önem taşır. FIDIC sözleşmelerinde, tarafların arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde belirli bir hukuk sistemine başvurulacağına dair hüküm bulunur. Bu hüküm genelde belirli bir şekilde sözleşmenin başlangıcında belirtilir. FIDIC kuralları tarafların sözleşmede uygulanacak hukuku kararlaştırmalarını öngördüğü için, tarafların yetkili hukuku belirlememeleri noktasında herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır¹⁷⁴.

¹⁷³ KENNEDY Frank, M.; “EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions for EPC Turnkey Projects (The Silver Book)” (2000) 171 CLR 504, at 513 Gordon Smith dn.4; SMITH, s. 1 ve 4 vd., 11.

¹⁷⁴ AKINCI, *İnşaat*, s.322.

FIDIC sözleşmelerine uygulanacak hukuk, sözleşmenin türüne, taraflar arasındaki özel anlaşmalara ve projenin gerçekleştirildiği ülkenin hukuk sistemine bağlı olarak değişebilir. Taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için belirlenen hukuki çerçeve, projenin başarılı bir şekilde tamamlanması için kritik bir öneme sahiptir. FIDIC, uluslararası inşaat projelerinde adil bir denge sağlamayı amaçlayan bir çerçeve sunarken, tarafların yerel hukuk sistemleriyle de uyum içinde çalışmalarına imkan tanır.

İnşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukukun uluslararası özel hukukta niteliği itibarıyla haiz olabilmesi için yabancılık unsuru taşıması gerektiğini uygulanacak hukuk bölümünde incelemiştik. Yabancılık unsurundan kasıt tarafların mutad meskeni veya sözleşmenin akdedildiği yerde aranmaktadır. Taraflar arasında ekonomik değer akışı bulunmayan bir sözleşme, yalnızca taraflardan biri yabancı olduğu için milletlerarası nitelikte sayılmaz¹⁷⁵. FIDIC Kurallarında Kırmızı kitap, sözleşmede taraf ihtiyaçlarını karşılamak üzere tasarlanmıştır. İnşaat ilişkilerine uygulamada önemli bir katkı sağlamıştır. İnşaat projeleri ihale edildikten sonra yerel inşaat şirketleri tarafından yeterli potansiyel bulunmazsa dış kaynaklara aktarılmaktadır¹⁷⁶. Bu aktarım ilişkilerinde genelde iş sahibi projenin yapılması planlandığı ülke hükümetidir ve müteahhit farklı ülkede iş yapar. Bu nitelikler, uluslararası özel hukuk uyarınca, projeyi teslim eden sözleşmeye milletlerarası niteliği sağlamaktadır¹⁷⁷. FIDIC sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapması halinde, irade serbestisi ilkesi uyarınca tarafların seçtiği hukuk sistemi uygulanacaktır. Common law sisteminde de hukuka aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yetkili hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Hukuk seçimi, sonrasında çıkabilecek olası ihtilaflara karşı tarafları belirsizlikten kurtaran bir kalkan görevindedir.

FIDIC Kırmızı Kitap 1. Kısım 5.1.b Md; sözleşmeye uygulanacak hukuk “Özel Uygulanma Şartları” başlığı taşıyan 2. kısımda düzenlenmiştir. Buna göre; Tarafların hukuk seçimini açık bir şekilde tamamlamaları gerekmektedir. Buna göre sözleşmeye uygulanacak hukuk “Özel Uygulanma Şartları” başlığı ile ikinci kısımda incelenmiştir. Tarafların aralarında açıkça hukuk seçiminde bulunması ve seçimlerinin sonuçlarını göze almaları oldukça önem

¹⁷⁵ SÜRAL Ceyda; “Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri”, Güncel Hukuk Yayınları, 1. Baskı, İzmir, 2008, s.9.

¹⁷⁶ SORGUÇ Doğan; “Uluslararası İnşaat Disiplinler Arası Boyutu “1. Yapı işletmesi Kongresi, İzmir, 1996, s.59.

¹⁷⁷ TÖRE, s.55.

arz etmektedir. FIDIC Kırmızı Kitapta bu konu ile ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır. Tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde akit şeklinin tespiti gerekmektedir. Akit şekli belirlenemez durumda ise sözleşme hüküm ve şartlarından anlaşılan iradenin dikkate alınması gerekecektir.

3.6 LEX MERCATORIA’NIN İNŞAAT TAHKİMİNDE UYGULANMASI

Lex Mercatoria, uluslararası ticaret projelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü ve ihtiyaçları doğrultusunda meydana gelen, kurallar bütünüdür. Milli hukuk sistemlerinde benzerlik olması, uluslararası ticarete ilişkin uygulamalarda çözümün yetersiz kalınması *lex mercatoria* kurallarının doğumuna sebebiyet vermiştir. Bu kurallar bütünü, herhangi bir hukuk sistemine tabi değildir. *Lex mercatoria* kurallarının temel aldığı prensipler vardır. Bunlar; tarafların irade serbestisi ilkesi ve ahde vefa ilkesidir. Bu ilkelerin taraflarca seçilmesi halinde, sözleşme tarafların milli hukuk sisteminden bertaraf edilmiş olacaktır. *Lex mercatoria* kurallarının sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümleri ile örtüşmesi gerekir. Aksi halde geçersiz olacaktır.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde genellikle tercih edilen FIDIC standart sözleşmeleri uyarınca, hazırlanan sözleşmelerde bulunan kurallarla hukuki ilişkilerini düzenlemektedir. FIDIC sözleşmelerinde bulunan kuralların tahkim yargılamasında uyuşmazlık çözümünde kullanılabilmesi için, devlet yargılamasında yetkili hukuk kurması mümkün değildir. FIDIC şartları veya benzer nitelikteki standart sözleşme şartlarının “incorporation“ yöntemi ile sözleşmenin parçası haline getirmesi kanunlar ihtilafı hukuku ile bir hukuk seçimi şeklinde sayılmamaktadır. Tabi, bu şartlar sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümleri ile aynı doğrultuda olduğu şekilde kullanılabilirler. Tarafların herhangi bir milli hukuk sistemine dahil olmayan FIDIC şartlarını sözleşmenin parçası haline getirmeleri halinde hukuk seçimi yapabilecekleri FIDIC Şartları Md. 1.4. uyarınca düzenlenmiştir.

Uluslararası İnşaat Proje ve Sözleşmelerinde FIDIC şartlarının sözleşmenin parçası haline getirilmesi durumunda, objektif bağlama kuralına göre tespit edilerek milli hukuk yalnızca FIDIC şartlarının düzenlemediği konularda uygulanacaktır.

FIDIC Genel Şartnamesinin Md. 67’e Göre; inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlık hukuki veya teknik sorunlardan doğması farketmeksizin tahkim yargılaması prosedüründen önce mühendisin incelemesine tabi olacaktır. Mühendisin inceleme sonucu varacağı karar

uzlaştırma niteliğindedir. Mühendisin kararına taraflarca itiraz etme süresi 70 gündür. Mühendisin vardığı karara uyulmadığı takdirde tahkim veya devlet mahkemeleri ile çözüm yolu açık olacaktır.

Lex mercatoria'nın hakemler tarafından kullanılmasında; *Lex mercatoria*, hakemler tarafından kullanılmıştır. Örnek: ICC Dosya No. 4761, 1987 CLUNET 1137 (1986) “1984 yılında tarafların rızası ile verilen kısmi ödülde, hakem heyeti geçerli hukukun esasen Libya hukuku olduğunu ancak Libya hukukunun kanıtlanmadığı veya boşluklar içerdiği ya da eksik olduğu durumlarda *lex mercatoria* uygulayabileceklerini belirtmiştir. Nihai hakem kararında, "hukuk ve tartışma" başlığı altında, hakemler ilk olarak Libya yasalarını uygulayacaklarını ve ikinci olarak *lex mercatoria* ve genel hukuk ilkelerini dikkate alacaklarını açıklamışlardır.”

“ICC Dava No. 12111'de, uyuşmazlık, Romanyalı bir satıcı ile İngiliz bir alıcı arasındaki satış sözleşmesinden kaynaklanmıştır ve bu sözleşmede “bu sözleşme uluslararası hukuk tarafından yönetilmektedir” şeklinde bir hukuk seçimi maddesi bulunmaktadır. Süreçte, taraflar uyuşmazlığın özüne uygulanacak hukukun içeriği konusunda anlaşmazlık yaşamışlardır. Tek hakem, tarafların ulusal bir hukuk sisteminden ayrılmak istediklerine ve belirsiz bir ulusal hukuk sisteminin özel uluslararası hukukunu uygulamak istemediklerine ikna olmuştur. Hakem, “uluslararası hukuk” teriminin uluslararası sözleşmelere uygulanabilir uluslararası kurallar olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Hakem, *lex mercatoria* ve uluslararası sözleşme yükümlölüklerine uygulanan genel hukuk ilkelerine atıfta bulunarak, bu ilkelerin UNIDROIT İlkeleri'nde yansıtıldığını ve uyuşmazlığın UNIDROIT İlkeleri'ne göre düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Tarafların geçerli hukuk olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşmasını (CISG) ¹⁷⁸seçmeleri, anlaşmanın uzun vadeli ve karmaşık olduğu durumlarda *lex mercatoria* seçimini destekleyici bir şekilde yorumlanabilir.”

¹⁷⁸ Uluslararası ticaret için tek tip bir çerçeve oluşturan çok taraflı bir anlaşmadır.2022 yılı itibari ile 95 ülke tarafından onaylanmıştır.11 Nisan 1980 yılında Avusturya'da imzalanmıştır.

4. ULUSLARARASI İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM USULÜ VE UYGULAMASI

4.1 GENEL OLARAK

Uluslararası ticari uyuşmazlıklar, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucunda çözülebilirse, bu en barışçıl ve ideal yöntem olacaktır. Aksi takdirde; uyuşmazlıkların yargılama yolu ile çözümünde taraflar maddi – manevi ve zaman yönünden dezavantajları göz önünde bulundurulmalıdır. Taraflar ihtilaflarının müzakere yoluyla veya dava yoluyla çözülmesi konusunda hangisinin avantajlı olacağını sağlıklı bir şekilde kararlaştırmalıdır. Taraflar sözleşme hükümlerine, sözleşmeden doğan sorumluluklarına, ihtilafın çözümü için başvurulacak devlet mahkemeleri veya tahkim yargılamasının vereceği nihai kararın borçlunun bulunduğu ülkedeki icra edilebilirliğini doğru analiz etmelidir. Uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim başta olmak üzere, Milletlerarası Ticaret Odası¹⁷⁹ ve uluslararası kuruluşlar tarafından geliştirilen alternatif teknikler vardır. Aşağıda bunlar hakkında detaylı sentezde bulunulacaktır.

Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların milli mahkemeler veya tahkim uyarınca çözümü sıklıkla tercih edilmektedir. Bunlara alternatif olan daha az maliyetli ve daha kısa sürede sonuçlanabilen yöntemlerin de üzerinde durulacaktır. Bu alanlarda güncel olarak gelişmeler devam etmekte ve kanun tasarıları hazırlanmaktadır. Uzlaştırma kökenli ihtilaf çözme tekniklerinin uluslararası ticaret camiasında sempati ile karşılanmasında mahkeme ve tahkim usulünde uzun süren davaların gerginliği arttırdığı ve uluslararası ticaret hayatına zarar verdiği, gerçeğinin idrak edildiği aşıkardır¹⁸⁰. Uluslararası ihtilaflarda çözüm yolu olarak en yaygın şekilde kullanılan yöntem tahkimdir.

¹⁷⁹ Dünya çapında 140 ülkenin şirketlerinin temsil edildiği uluslararası bir kuruluştur. Uluslararası Ticaret Odası dünyanın en büyük ve en çok temsil eden iş örgütüdür. Örgütün merkezi Paris'tedir. ICC dünyada uluslararası ticaret, yatırım, finans ve ticari ilişkileri düzenleyen bir sistem olmaması nedeniyle 1919 yılında kurulmuştur. 1923 yılında ise uluslararası ticari anlaşmazlıkların çözümü için ICC'nin tahkim organı olarak Milletlerarası Tahkim Divanı oluşturulmuştur. Kurumumuz 100'ü aşkın ülkeden 45 milyon şirketi temsil eden ICC'ye üyedir. <https://icc.tobb.org.tr/> (Erişim Tarihi: 10.07.2024)

¹⁸⁰ AKINCI, *İnşaat*, s.530.

4.2 TAHKİM DIŞI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Tarafların arasında akdedilen sözleşmelerin, yorumundan doğan uyuşmazlıkların tarafların direkt olarak uyuşmazlığın çözümü için müzakereler başlatmasına engel olabilmesi nedeni ile, uyuşmazlıkların çözümünde taraflar arasında müzakerelerin başlatılabilmesi ve müzakerelerin sonucunda rızai bir çözüme varılması için üçüncü bir tarafsız kişi konumunda uzlaştırıcı konum ve kişilerin müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır¹⁸¹. Üçüncü bir kişi veya kurumun uzlaştırıcı pozisyonunda uyuşmazlığa müdahalesi ancak tarafların bu konudaki muvafakatı ile söz konusu olabilir. Uyuşmazlıkların mahkemeler veya tahkim dışında başkaca alternatif çözüm yöntemleri vardır. Tüm bu alternatif çözüm yöntemleri aşağıda açıklanacak ve en avantajlı yöntem belirtilecektir.

4.2.1 Müzakere Yöntemi

Ticari ilişkilerden kaynaklanan ihtilaflarda direkt olarak sözleşme taraflarının aralarında sağladıkları görüşmeler sonucunda uyuşmazlığın çözümlenebildiğİ haller de vardır. Tarafların, ticari ilişkilerine zarar gelmemesi için sıklıkla başvurduğİ bir yöntemdir. Müzakere ile anlaşmazlıkların gerçek bir uyuşmazlığa dönüşmeden engellenmesi amaçlanır¹⁸². Ancak her türlü ihtilaf bu yöntem ile çözümlenemez. Bu yöntem sayesinde, şayet taraflar anlaşma sağlarsa yargı merciilerinden doğabilecek zaman ve masraf kaybından mükellef olacaktır. Uygulamada güncel olarak, bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda zarar gören taraf uyuşmazlığın müzakere sonucu bitirilmesi fikri ile belirli atılımlarda bulunabilir. Bulunduğİ bu atılımların resmi kurum ve kuruluşlar nezdinde olması halinde, bu kurumların taraflar arasındaki uyuşmazlıklara müdahalesi kısıtlıdır. şöyle ki; olası bir uyuşmazlık durumunda hak düşürücü süre ve zamanaőımının dolması göz önünde bulundurularak bu süreler içerisinde müzakerelerin tamamlanmasına, şayet anlaşılamamışsa o halde, sözleşme hükümlerince uyuşmazlığın yargı merciilerine taşınmasında fayda vardır¹⁸³. Bu durumda, sigorta teminatı ile güvence altına alınan alacaklar genellikle sigorta şirketi ile müzakere yöntemi sonucunda anlaşmaya varılması ile ihtilaf çözümlenmektedir.

¹⁸¹ şANLI, *Uluslararası*, s.371.

¹⁸² DÖR Orhan “*Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlölükleri*”, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Adalet Yayınları, Ankara 2018.s.34; ÖZBEK Mustafa; “*Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*”, 4. Basım, Ankara 2016, s.150.

¹⁸³ şANLI, *Uluslararası*, s.374.

Müzakere yöntemi üçüncü bir kişinin hiçbir şekilde uyuşmazlık çözümüne müdahalede bulunmaması nedeniyle tamamıyla taraf kontrolünde gerçekleşen bir yöntemdir¹⁸⁴.

Alternatif çözümlerinin tümünün özünde aslında anlaşma temelli müzakere vardır¹⁸⁵. Güncel olarak uygulamada bakıldığında, müzakere yöntemi en çok sigorta şirketleri ile taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda anlaşmaya varılarak, devlet mahkemelerine başvurmaksızın çözümlendiği görülmektedir. Uygulamada bir uluslararası karakterli ticari uyuşmazlık ile karşı karşıya gelindiğinde ilgili taraflar, o ihtilafın müzakerelerle tasfiyesi düşüncesi özellikle de zarar gören tarafın bu düşüncesi ile ülkedeki dış ticaret ile ilişkili kurum veya karşı taraf ülkesindeki ticaret ataşeliği veya konsolosluklar ya da karşı tarafın bulunduğu ülkedeki dış ticaretten sorumlu kurumlar çerçevesinde girişimlerde bulunsa da birçok kişi ve taraf bu girişimlerin gerekliliğine ve yararına inansa da bu girişimler nedeni ile dava ve talepler zamanaşımına uğrayabilmektedir¹⁸⁶. Fikrimce, uluslararası karakterli uyuşmazlıklarla karşı karşıya kalındığında zamanaşımı ve hak düşürücü süreler göz önüne alınarak özellikle sözleşmelerde tahkim şartı eklenilmesi ve yetkili kılınan hakem mahkemesinin kurallarında belirtilen başvuru süreleri içerisinde müzakerelerin uygun sürede bitirilmesi ve sözleşme hükümlerince ihtilafın yetkili yargı merciine taşınması gerekir¹⁸⁷.

4.2.2 Teknik Bilirkişi Yöntemi

Uluslararası ticari akitlerden doğan uyuşmazlıkların günden güne artması ve bu uyuşmazlıkların, sözleşmenin ifasını zorlaştırması nedeni ile taraflar, uzman bilirkişilerin fikir ve kanaatlerinden faydalanmak amacı ile teknik sorunların çözümü için hakem – bilirkişilere başvurumaktadırlar. Hakem bilirkişiler uyuşmazlığın miktar, seviye, kalite, dayanıklılık, kalite kontrolü...vb. kriterlerini değerlendirir ve sonucunda vardığı tespit taraflar açısından tereddüte yer bırakmaz ise, dava yoluna gidilmeden uyuşmazlık çözülür. Bilirkişiler, hakemlerden farklı fonksiyonu yerine getirirler ve hakem mahkemesi gibi

¹⁸⁴ ÖZBEK Mustafa Serdar; “**Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**”, 2. Basım, Ankara, 2009. s. 93.

¹⁸⁵ EKMEKÇİ Ömer/ÖZEKES Muhammet/ATALI Murat; “**Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk 6325 Sayılı HUAK, 6100 Sayılı HMK, 7036 Sayılı İŞMK ve Diğer Mevzuat Kapsamında**”, İstanbul 2018, s.11.

¹⁸⁶ ŞANLI, *Uluslararası*, s.531.

hüküm vermezler¹⁸⁸. Genellikle, uzman olarak atanan bu kişilerin yapmış olduğu tespitler taraflarca dikkate alınır ve dava yoluna gidilmeksizin ihtilaf çözülür. Şayet hakem bilirkişi tespitlerinin taraflar arasında doğacak uyuşmazlıkların çözümünde bağlayıcı olmadığı kararlaştırılmışsa bu durumda, teknik olarak hakem bilirkişiler uzlaştırıcı konumunda olacaktırlar. Özellikle inşaat sözleşmeleri açısından, bedelin belirlenmesi aşamasından Teknik bilirkişilerden yararlanma oranı çok yüksektir. Bedel tespitinde, TBK Md. 481¹⁸⁹ hükmü belirleyici durumdadır¹⁹⁰. Yargıtay’da benzer halde bedelde uyuşmazlık olması durumunda, hakim bu uyuşmazlığı TBK m. 481 düzenlemesine göre çözeceğini ve bedeli de işin yapıldığı yıl serbest piyasa fiyatlarına göre uzman bilirkişiler tarafından hesaplayacağı görüşünü benimsemiştir¹⁹¹.

Taraflar, hakem bilirkişilerce varılacak tespitlerin uyuşmazlığın çözümü konusunda bağlayıcı olduğu konusunda anlaşmışlarsa, taraflarca buna uyulmasa dahi, açılacak davalarda kesin delil hükmünde olacaktır.¹⁹² Taraflarca önceden belirlenmiş ihtilaf konularının hakem-bilirkişilerce varılan kararları neticesinde çözülebileceği kabul edilmişse de, bu ihtilafların kesin çözümü tahkim veya mahkemeler aracılığı ile gerçekleşecektir. Burada bilirkişilerin vardığı karar kesin delil teşkil eder ve mahkeme tarafından aynı konular tekrar incelemeye alınmadan bu deliller hükmüne esas alınarak nihai karara varılır. Hakem

¹⁸⁸ SEBÜK Tahir; “**Hakem, Hakem Bilirkişi Ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı**”, ABD, S. 3, 1966, s. 503.

¹⁸⁹ **TBK Md. 481**; “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.”

¹⁹⁰ **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 548; **KOCAGA**, s. 207; **GÖNEN** Doruk; “**İnşaat Sözleşmesinde Bedel**”, On iki levha yayınları, İstanbul, 2016, s. 47; **ARAL** Fahrettin/**AYRANCI** Hasan; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**” yetkin yayıncılık, 2023, s. 366.

¹⁹¹ **YARGITAY 15. HD, 28.11.2019, E. 2019/3133, K. 2019/4909**: “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde, dönme veya fesih halinde sona erme geriye etkili sonuç doğuracağından ve taraflar sebepsiz olarak zenginleşeceklerinden taraflar aldıklarını karşı tarafa geri vermek ile yükümlüdürler. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre yüklenicinin...Esas alınan Teknik bilirkişiraporunda da hesaplamanın Çevre ve Şehircilik Bakanlığı birim fiyattan hareketle belirlenmesi doğru olmamıştır. (...) Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; öncelikle asli müdahale talebinde bulunup haklarında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeyen kişiler ile ilgili noksan harç tamamlattırılıp talepleri konusunda bir karar verilerek ve 6100 sayılı HMK’nın 281/3. maddesi gereğince maddi gerçeğin ortaya çıkması için yeniden oluşturulacak konusunda uzman üç kişilik Teknik bilirkişi heyeti ile mahallinde keşif de yapılmak suretiyle asıl ve birleşen (...) Batı 5. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2014/42 Esas sayılı dosya davacısı yüklenicinin gerçekleştirdiği ve arsa sahipleri yararına olan sözleşme ve ekleri ile tasdikli projesi ve imara uygun iş ve imalâtların, fesih (dönme) kararının kesinleştiği tarihteki piyasa rayıçları ile piyasa fiyatları içerisinde KDV ve müteahhit karı da bulunduğundan ayrıca bu kalemler eklenmeksizin bedelinin tespitedilmesi konusunda Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak asıl davada yüklenicinin ve asli müdahillerin talepleri ile ilgili sonucuna uygun karar verilmesinden ibarettir.

¹⁹² **ŞANLI**, *Uluslararası*, s.546.

bilirkişiler ile hakemler arasındaki en temel fark, hakem-bilirkişilerin haklar ve tarafların arasındaki hukuki ilişkiye yönelik karar verme yetkilerinin yokken, vakıalarla ilgili tespitte bulunabilmeleridir¹⁹³.

Uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda kurumsal hakem – bilirkişilik faaliyeti MTO ‘ya bağlı Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi (The International Centre for Expertise) tarafından kurulmuş ve yürütülmektedir. Teknik bilirkişi taraflarca atanmaktadır. Teknik bilirkişiye başvurulması, daha sonrasında tahkim veya mahkemeye başvurmaya bir engel değildir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, MTO Teknik – Bilirkişilik kurallarına göre, verilen teknik bilirkişi kanaatleri, taraflar için bağlayıcı olmak zorunda değildir¹⁹⁴.

MTO’nun teknik bilirkişilik faaliyetleri “ICC Expert Rules – Proposal of Experts and Neutrals, Appointment of Experts and Neutrals, Administration of Expert Proceedings” adı altında yürürlüğe girmiştir. Bu yeni bilirkişilik kurallarına göre, üç tür bilirkişilik hizmeti sunulmaktadır. Bunlar; 1) Tarafların talebi üzerine merkezin bilirkişi önermesi (İhtiyari bilirkişilik), 2) Teknik bilirkişilerin merkez tarafından atanması, 3) Merkez tarafından teknik bilirkişilik usulünün yönetilmesidir. Bu üç klot da merkez tarafından hazırlanarak, uluslararası ticareti uygulayan sözleşme taraflarına tavsiye edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, buradaki önemli husus merkezin bilirkişilik faaliyetlerinden yararlanmak isteyen kişilerin bu klotlara bağlı kalmadan, kendi irade serbestilerine göre düzenledikleri sözleşmelerde yer alan farklı klotlara yer verebilecekleridir¹⁹⁵.

“Taraflar aksini kararlaştırmadığı halde, MTO Bilirkişi kararlarının bağlayıcı nitelikte olmamaktadır. Bu kararlar, uyuşmazlığın çözümü için katkıda bulunsada nihai karar niteliğinde değerlendirilemez. Yukarıda detaylı olarak bahsetmiş olduğum üzere, ancak görülecek olan tahkim veya mahkeme yargılamasında kesin delil niteliğinde değerlendirilecektir. Taraflar bakımından bağlayıcı nitelikteki kararların delil değeri hususundaki görüş Türk Hukuku dahil olmak üzere Kıta Avrupası Hukukunda da geçerlidir. Bu nedenle teknik bilirkişi kararlarının ileride başlatılacak davalardaki delil değerini,

¹⁹³ **SEBÜK**, s.503.

¹⁹⁵ **ŞANLI**, *Uluslararası*, s.546.

ihtilafın görüldüğü yargı merciinde usul ve esasa uygulanacak hukuk net olarak belirleyecektir”¹⁹⁶.

Tahkim yargılamalarında davalarda uzman bilirkişi görüşü alınması yargılamanın objektif bir şekilde sonuçlanmasına yarar sağlar. Hakemlerin çözümlemesinin zor olduğu ve özel uzmanlık alanı gerektirdiği kesin olan işlerde, yalnızca teknik konuda olmak üzere bilirkişi görüşü alınabilmektedir. Örneğin, bir inşaat uyuşmazlığında inşaat projeleri konusunda uzman bir inşaat mühendisinin bilirkişi olarak hakem mahkeme heyetine seçilmesinde fayda vardır. Uygulamada hukukçu olmayan kişilerin hakeme seçilmesine birçok görüş itiraz etse de şahsi görüşümce, uzmanlık gerektiren konularda farklı bir bakış açısına ihtiyaç olduğudur. Şöyle ki; uyuşmazlıkların çözümü analiz edilirken hukuki mekanizmadan uzak bir karar verilme riskini ortadan kaldırmak gerekmektedir. Tahkim yargılamasında hakem veya hakem heyetinin özel uzmanlık gerektiren alanını aştığında, bilirkişi inceleme konusu ile ilgili uzmanlık görüşünü tespit ederek heyete bildirir.

Tahkim yargılamasının taraflarca tercih edilme nedenlerinin en başında, konusunda uzman bilirkişilerden oluşan hakem heyetine sahip olmasıdır. Bu yönü ile tahkim yargılamasında bilirkişilik fazlasıyla önem taşır. Peki hangi durumlarda bilirkişi ataması yapılmalıdır? Teknik konuların çekişmeli oldukları ihtilaflarda, konusunda uzmanlaşmış kişilerden meydana gelen bilirkişi kurulu, teknik konuların anlaşılması ve izahı açısından verimli olacağı kesindir. Mevzuatta bu konuda Yargıtay kararları da mevcut olup, hukukçulardan meydana gelen heyetin teknik konularda bilirkişiye başvurmaması bozulma nedeni olmuştur. Ancak bilirkişiye başvurulması hiçbir zaman bozma nedeni olmamıştır. Yargıtay içtihatlarında keşif ve bilirkişi raporu gibi konuların yargılamayı ilgilendirdiği ve kanunda sınırlı olan iptal sebepleri arasında bulunmadığı belirtilmiştir.

Tahkim yargılaması tarafların irade serbestisi ilkesine dayanan bir yargılama olup, tahkimde bilirkişiye başvurma durumunda bilirkişi deliline uygulanacak kurallar bütünü de tarafların iradeleri ile kararlaştırılmaya açıktır. Yargılamada bulunan hukukçular farklı kurallardan lehe ve aleyhe olan kısımları analiz ederek karar vermeleri muhtemeldir. Bizim hukuk sistemimizde mahkemelerde görülen davalarda da bilirkişi raporuna başvurulmaktadır.

¹⁹⁶ ŞANLI, *Uluslararası*, s.547.

Ancak tahkim ile devlet mahkemeleri birbirinden ayırmada en önemli unsur olan “irade serbestisi ilkesi” burada somutça görünebilmektedir. Tahkim yargılamasında seçilen bilirkişi heyeti, devlet mahkemelerinde olduğu gibi mahkeme tarafından değil, sözleşme taraflarınca seçilmektedir. Tabi burada bir diğer konu da bilirkişiye başvurma sıklığıdır. Tahkimde zaten hakem heyeti konusunda uzman kadrolardan oluşacağı için genellikle bilirkişiye başvuru gerekmemektedir. İstisnai hallerde hakemin uzmanlık alanını aşması durumunda bilirkişiye başvurulmakta ve milletlerarası tahkim uygulamalarında devlet mahkemelerimizin tersi bir yaklaşıma tabidir diyebilirim.

Milletlerarası tahkim yargılamasında hukuki veya teknik konularda davacının ve davalının uzman görüş sunma hakkı vardır. Bu durumda tarafların ikisinin de uzman görüşü sunması ve görüşlerin birbirinden farklı olabilmesi riski muhtemeldir. Uzman görüşü sunan kişilerin raporunu milletlerarası tahkimde denetleyecek en önemli mekanizma çarpaz sorgudur¹⁹⁷. Dosyaya görüş sunan uzmanın bu durumda duruşmaya çağırılması ve görüşü ile ilgili yöneltilecek soruları cevaplaması gerekebilmektedir.

Tahkimde bilirkişi atanması taraflarca veya hakem heyetince verilebilmektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde bilirkişilerin mahkemelerce atanması usulü milletlerarası tahkim usulünde de kabul edilmiş olup seçilen hakemler, uyuşmazlığın çözümünde tarafların tercih edip etmeyeceği bilinmeyen bilirkişinin atanması durumunda taraflar itiraz edebilmekte ve teknik bilgi gerektiren konularda, genellikle hakem heyeti bilirkişi atamaktadır.

Tarafların iddialarını desteklemek için atadıkları uzman bilirkişiler aynı zamanda taraf bilirkişisi olarak anılarak uyuşmazlık konusunun izahı ve sunumuna yaptıkları katkı nedeni ile sıklıkla tercih edilmektedir.¹⁹⁸ Taraf bilirkişisi raporu olarakta anılmaktadır. Bu rapora başvurmakta amaç, hakem heyetinin bu rapor olmadan varacağı kararın uyuşmazlık konusunda yeterli inceleme ve uzmanlık barındırmaksızın çelişkili şekilde varılacağına olan inançtan dolayıdır. Delil niteliği taşıyan bu verilerin eksiksiz olması gerekmektedir. Tarafların bu raporu yargılama öncesinde dava şartı olarak sunmasına gerek yoktur. Yargılama aşamasında gerek gördükleri taktirde alıdabilecekleri bir rapordur. Yargılama

¹⁹⁷ AKINCI, *İnşaat*, s.353.

¹⁹⁸ AYGÜL Musa; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller”, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.14.

öncesinde alınacak rapor yalnızca tarafların dava açmaktaki yararları açısından aydınlanmalarına hizmet edecektir. Tahkim yargılaması esnasında tarafların bilirkişi raporu sunmak isteyip istemedikleri araştırılmalıdır.

Milletlerarası tahkimde delil ikamesi hakkında IBA Kuralları 5/1. Maddesi uyarınca; taraf bilirkişi raporunun sunulması hakkında dikkat edilmesi gerekli olan hususlar açıklanmıştır. İlgili maddeye göre; taraf bilirkişi raporu sunulacak ise, bilirkişiler ile ilgili bilgiler, tecrübeleri ve raporun konusu hakkında karşı tarafa ve hakem heyetine hakem heyetinin belirlediği süre içerisinde bilgi verecek ve bu bilgiler ışığında hakem heyeti raporunun sunulup sunulamayacağına karar verecektir.

Bilirkişi atamasının hakem heyetinin yapması ile ilgili uygulamada usulen dikkat edilmesi gereken hususlar vardır. Bazı mahkemeler bilirkişiyi görevlendirirken genel ifadeler kullanarak tahkim kurumundan beklenen yararı bilirkişiler ile sağlamaya çalışmaktadır. MTK¹⁹⁹ Md. 12/1 Uyarınca; hakem ve hakem heyetinin bilirkişiye soracağı soruları açıkça ifade edilmesi gerektiği hususu üzerinde durmuştur. Hakem heyeti tarafından atanana bilirkişiler incelemelerini usulünce yapmakla mükelleftir. Aynı zamanda hakem mahkemesinin karar vermesine hizmet edecek nitelikte çelişki barındırmayan ve objektif görüşlerini sunmalıdır. Hakem heyeti, bilirkişiyi denetleyebilmekte ve gerekli görürse sunulacak olan raporu hükme esas almayacaktır. Bu durumda rapor iptal edilir.

Bilirkişi raporu yazılı olmalıdır şeklinde bir kural olmasa da, uygulamada genellikle yazılı şekildedir ve bunda fayda vardır. Bu rapor hakemlere iletilir ve hakem heyeti raporun uygunluğunu denetler. Bilirkişi, hakem heyetinin kendisine yönelttiği tüm soruları

cevaplayan bir rapor hazırlamalıdır.

4.2.3 Uzlaştırma Yöntemi

Uzlaştırma Yolu İle Çözümü ise; uluslararası ticari uyuşmazlıkların uzlaştırma yöntemi ile çözümü sıkça tercih edilen ihtiyari nitelikte bir yöntemdir. Uzlaştırıcı, taraflara tavsiyede bulunabilir veya konuya ilişkin nihai olmasa da bir karar verebilir. Tarafların bu kararlara uyma zorunluluğu yoktur. Ancak, taraflar arasında uzlaştırıcı tarafından verilen kararın esas

¹⁹⁹ Kanun numarası: 4686, kabul tarihi: 21.06.2001, yayımlandığı resmi gazete tarih: 05.07.2001, sayı: 24453, yayımlandığı düstur tertip: 5, cilt: 40.

davada kullanılamayacağı yönünde bir anlaşma bulunmuyorsa, bu durumda ihtilaf sebeplerini ve hukuki değerlendirmesini çok iyi analiz eden uzlaştırıcı kararları, ihtilaf çözümünde görüşlerine başvurulacak bilirkişileri ve nihai kararı verecek olan hakem veya hakimleri etkileyebilir²⁰⁰. Uzlaştırma yönteminde uzlaştırıcı, uyuşmazlık taraflarının kendi fikirlerinin bir sonuca ulaşmaması neticesinde uyuşmazlık çözümü için harekete geçen üçüncü kişi olacaktır²⁰¹.

Uzlaştırma yöntemi, tahkim veya mahkemelere alternatif bir çözüm yolu olsa da aynı zamanda ön adım gibi de düşünülebilir. Tahkime gitmeden önce uzlaştırma usulü zorunlu olup olmadığı veya uzlaştırma aşamasının başarısızlıkla sonuçlanması halinde belirli bir süre içerisinde uzlaştırma şartı olup olmadığına bakılması gerekir. Uzlaştırma yönteminin başarılı olması, tarafların uzlaşma konusuna yatkın düşüncede olması ve uzlaştırmacının ikna becerisi ile doğru orantılıdır. Uzlaştırma yöntemi, tahkim veya mahkemelere alternatif niteliğinde bir çözüm yolu gibi görülse de bir ön adım olduğu şeklinde yorumda bulunmak daha doğru olacaktır. Uyuşmazlığın uzlaştırma yöntemi ile çözülememesi halinde, tarafların akdettikleri sözleşmeye göre tahkim veya yetkili bulunan devlet mahkemelerinde çözüm aranacaktır.

Uzlaştırma yönteminde, tarafların akdettikleri sözleşme ile tahkim öncesinde zorunlu başvuru olarak şart koşulup koşulmadığı hususu belirlenmiş olmalıdır. Sözleşmenin yorumlanması dikkatle yapılmalı ve akdedilen sözleşmede tereddüte yer vermemelidir. Şayet taraflar, sözleşmelerinde zorunluluk ifade eden kelimelerle tahkim öncesi uzlaştırma yöntemine gidileceğini veya uzlaştırma yönteminin başarısız şekilde sona ermesini takip eden belirli bir tarihte tahkim davasını açabileceklerini belirtmişlerse, uzlaştırma prosedürü sonlanmadan tahkime gidilemez²⁰².

Günümüzde, alternatif çözüm yolu olarak uzlaştırma yolunun tercih edilmesine katkı sağlamak için Avrupa Konseyinin tavsiye niteliğindeki kararları bulunmaktadır. Ayrıca pek çok resmi ve özel kurum uzlaştırma hizmeti sunmaktadır. Bu kapsama giren resmi kurumlar

²⁰⁰ ŞANLI, *Uluslararası*, s.532.

²⁰¹ WARBECK Johannes; “Alternative dispute resolution in the world of business; a comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and Germany, *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*,”1998, s.111; GARNER Bran A.;” *Black’s Law Dictionary*” St. Paul, 1999, s.284.

²⁰² ŞANLI, *Uluslararası*, s.533.

şunlardır: ICC²⁰³ Uzlaştırma Kuralları, UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları, ICSID²⁰⁴ Uzlaştırma Kuralları, FIDIC Uzlaştırma Kuralları.

4.2.4 Arabuluculuk Yöntemi

Hukuki ihtilafların çözümünde dostane çözüm yollarından yararlanılması ihtilafa tabi kişiler açısından en elverişli sonuçları doğuracağı birçok görüş tarafından Kabul edilmektedir.²⁰⁵ Alternatif çözüm yollarından uygulamada en fazla tercih edileni ve en hızlı gelişme gösterenlerinden biri arabuluculuktur. Arabuluculuk yöntemi çoğunlukla kural olarak tarafların ihtiyari olarak başvurdukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da hukuk sistemimizde “dava aşrtı arabuluculuk” kavramı kapsamında birçok uyuşmazlıkta dava açılmadan önce başvurulması zorunlu bir yöntem haline gelmiştir. İhtilaf çözümünde tarafların arabuluculuğa başvurma konusundaki iradeleri uyuşmazlık çıkmadan önce veya çıktıktan sonra söz konusu olabileceği gibi, taraflar istedikleri zaman arabuluculuk sürecinden çekilebileceklerdir.²⁰⁶ Arabuluculuk yönteminin sıkca tercih edilme nedenlerinden biri sıkı şekil kurallarına sahip olmaması ve esnekliktir. Bir diğer önemli Kural ise gizliliklidir. Bu yönleri ile tahkim ile bağdaşsa da arabuluculuk tahkim kadar kapsamlı bir yöntem değildir.

Arabuluculuk yöntemi, bir nevi tahkim ön şartı olup, tahkim yönteminde uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülmediği durumda arabulucunun işlev değiştirerek bağlayıcı ve nihai karar verme görevini üstlendiği hakem statüsüne girdiği bir arabuluculuk türüdür.²⁰⁷ Tahkim yargılaması öncesinde dava şartı olarak ön yargılama olarak başvurulması da muhtemeldir. Arabulucu yalnızca sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak

²⁰⁴ <https://icsid.worldbank.org/> (Erişim tarihi:10.07.2024)

²⁰⁵ **ÖZBEK** Mustafa Serdar; “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.441; **KAPLAN** Yavuz; “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2008, s.115.

²⁰⁶ **GIRSBERGER** Daniel/ **VOSER** Nathalie; “International Arbitration in Switzerland, Zurich, Schulthess “2008, s.8.

²⁰⁷ **ÖZBEK** Mustafa Serdar; “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi Arabuluculuk-Tahkim”, Yargıtay Dergisi, Ankara 2017, C. 43, s.18.

suretiyle taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı kalmasına katkı sağlar²⁰⁸.

4.2.5 Mahkemelere Başvurulması

Sözleşme taraflarının olası ihtilafların çözülmesi için alternatif çözüm yollarından birini (tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma ...vb) tercih etmemesi halinde, bu durumda sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilafın vukuu bulması ile çözümü direkt olarak Devlet Mahkemelerinde aramak gerekecektir. Tezimin başında belirttiğim gibi, bu alanda genel bir uluslararası yetkiye sahip mahkeme bulunmamaktadır. Dolayısı ile sözleşmede tarafların belirlediği yargı merciinde ve şayet yargı mercii belirlenmemiş ise yetkili hukuk saptanarak o devlet mahkemesine başvurulacaktır. Günümüzde milli mahkemelerin uluslararası yetkilerini belirleyen ve hangi uyuşmazlıkta hangi devlet mahkemesinin yetkili olacağı yeknesak hukuk kuralları yoktur.²⁰⁹ Olası bir ihtilafta, taraflar sözleşmeden doğan hak ve avantajlarının zarara uğramasını istemezler ve bu durumda kendi lehlerine olan hukuk sistemlerini tercih etmekten yana olacakları muhtemeldir. Hukuk seçimi konusu, taraflar arasındaki en önemli hususlardan biridir. Olası bir ihtilaf durumunda, taraflar hukuk seçimi yapmamışsa tercih edebilecekleri birden çok hukuk sistemi olabilecektir. Seçilecek olan hukuk sisteminin, davacının menfaatlerine en yakın olan hukuk sistemi olacağı kuşkusuzdur. Bu durumda diğer tarafın aleyhine olacağından dolayı mutlaka sözleşme öncesinde hukuk seçimi yapılmalıdır. Davacının hukuk seçiminde mahkemenin objektifliği, uzmanlığı ve zaman yönetimi, verilecek olan kararın icra edilebilirliği, yargılama masrafı miktarı, mahkemenin kanunlar ihtilafı normlarıyla uyuşmazlığa uygulamada yetkili kıldığı hukukun maddi normlarının diğerlerine göre avantajı, ispat konusunda delil serbestliği, taraflara mesafe olarak yakınlığı...vb. etkenler önemli rol oynar²¹⁰. MÖHUK Md. 47 uyarınca; “Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği durumlarda, taraflar, aralarındaki yabancılık unsurunu barındıran ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma yazılı bir delille ispatı

²⁰⁸ TANRIVER Süha; “Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış’ (Arabuluculuk Kurumu), Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan”, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.827.

²⁰⁹ MEHDİYAVA Aygun; “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları “Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana bilim Dalı, İstanbul ,2021, s..37.

²¹⁰ ŞANLI, *Uluslararası*, s.129.

ile geçerli olur. MÖHUK Md. 40 uyarınca; Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu davalarda uluslararası yetkisi, iç hukukun yer itibari ile yetki kurallarına bağlıdır ve yer itibari ile yetki tesis edilirken dikkate alınan irtibat noktaları, uluslararası yetkinin tesisi zamanını da dikkate alır. Bununla orantılı olarak Anayasa²¹¹ Md. 36 Uyarınca; hiçbir Türk Mahkemesi yetkisi ve görevi kapsamındaki davaya bakmaktan kaçınamaz.

Genel görüşe göre, tarafların mahkeme seçiminde en önemli husus; söz konusu mahkeme tarafından verilecek kararın borçlunun mal varlığı üzerindeki icra kabiliyetidir. Uluslararası karakterli ticari davaların, davayla yakın irtibatı olmayan, tamamen davacı menfaati için yapılan seçime göre oluşan ülke mahkemelerinde görülmesinin engellenmesi için Anglo – sakson hukuk sisteminde “*forum non conveniens*” doktrini geliştirilmiştir²¹².

4.3 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARI ÖZELİNDE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULLARI

İnşaat uyuşmazlıkları özelinde oluşturulan çözüm yolu kurulları (Dispute Resolution Boards, DRBs) büyük ve komplike inşaat projelerinde meydana gelen uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için oluşturulan ve projelerin kesintisiz şekilde yapımına devamı sağlamak amacı ile aktif rol oynayan uzman kurullardır. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, mühendisten ve sözleşmenin taraflarından bağımsız bir ila üç kişiden oluşmaktadır. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’na ödenecek ücret iş sahibi ve yüklenici tarafından müteselsilen paylaşılır. Kurul, taraflardan birinin başvurusundan itibaren seksen dört gün içinde, gerekçeli olarak karar verir. Bağlayıcı olmayan bu karara karşı tahkim yoluna başvurma imkanı bulunmaktadır. Bu başvuruyu yapabilmenin ön şartı, kurulun kararına karşı tahkim yoluna başvuracak olan tarafın, kararın kendisine tebliğinden itibaren yirmi sekiz gün içinde karara itiraz etmesidir. İtiraz edilmediği takdirde bu karar kesinleşir ve tahkime başvuru imkanı işte bu durumda ortadan kalkar. Yargılamayı katı bir şekilde mahkemelerle yürütmek yerine, belki de adli bir mizaçla kurullar aracılığıyla yürütmek daha doğru olacaktır. Sonuç olarak, yargılamayı “adli bir mizaçla” yürütülüyor olarak görmek daha doğru olacaktır²¹³. Bu kurullar:

²¹¹ Kanun numarası: 2709, kabul tarihi: 18.10.1982, yayımlandığı resmi gazete tarih: 09.11.1982, sayı: 17863, yayımlandığı düstur: tertip :5, cilt: 22.

²¹² ŞANLI, *Uluslararası*, s.130.

²¹³ per Lord Moulton in *Local Government Board v Arlidge* (1915) s. 120.

4.3.1 Dispute Adjudication Board (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu)

İnşaat projelerinde meydana gelen uyuşmazlıkları geçici ve kesin kararlar ile çözme misyonu ile kurulan kuruldur. Genellikle projeye özgü uzmanlardan oluşarak taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlık durumunda kurul hızlı bir şekilde karar verir ve bu karar tarafları geçici olarak bağlayıcı niteliktedir. Bu kurul, inşaat başlamadan önce düzenlenerek şantiyede toplanabilir. Toplantıda periyodik olarak; üyelerini ve katılımcılarını tanıma, işin ilerlemesi ve gelişmeleri takip eder²¹⁴. İşveren ve yüklenici anlaşmazlıklarını sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlık, taraflarca çözümlenemediğinde kurula havale edilir. Bu kurulun avantajları hızlı karar vererek bağlayıcı çözümler üretmesidir. Projeye özel uzmanlardan oluşması nedeni ile tercih edilmesinde yarar vardır. Bu prosedür, birincil uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tasarlanmıştır. Bu nedenle, uyuşmazlıkların en kısa sürede kurula sevkini kolaylaştırmalı ve müzakerelerin çıkmaza girmesi durumunda objektif çözümler sunulmalıdır.

4.3.2 Dispute Review Board (Uyuşmazlık İnceleme Kurulu)

İnşaat projeleri sırasında meydana gelen anlaşmazlıkları çözmek amacı ile oluşturulan ve bağımsız uzmanlardan oluşan kuruldur. Bu kurul projenin başında kurulur ve böylece meydana gelebilecek uyuşmazlıklara öncesinde çözüm üretebilmesi açısından tercih edilebilir niteliktedir. Böylelikle uyuşmazlıklar büyümeden çözüme ulaştırılır ve projelerde aksaklık engellenir. Bu kurul, projenin ilerleyişini izlemek için düzenli olarak toplanır. Bu toplantılarda, projenin durumu değerlendirilir ve potansiyel sorunlar önceden tespit edilmeye çalışılır. Üyeler, proje sahasında yerinde incelemeler yaparak, projenin ilerleyişini ve olası uyuşmazlık konularını doğrudan gözlemleyebilirler. Hızlı çözüm sağlaması en büyük avantajlarından biridir. Dispute Resolution Board Foundation (Uyuşmazlık inceleme kurulu) 'na göre; Dispute Board kullanan projelerin %60'ında hiç anlaşmazlık oluşmamaktadır. Bir dispute board'a ulaşan uyuşmazlığın %98'i daha fazla dava veya tahkime gitmez. Dispute board'lar projedeki taraflara yalnızca anlaşmazlıkları hızlı bir şekilde çözmek için değil, aynı zamanda tamamen önlemek için de son derece etkili bir

²¹⁴ The working of the dispute adjudication board (DAB) Under new FIDIC 1999 (New reed book) s.9.

yardımcı araç sağlayabilir ve tüm masraflar için proje için en iyi sonucu elde edebilir²¹⁵. Kurulun önerisi, ancak iki tarafın da reddetmemesi ile bağlayıcı hale gelir²¹⁶.

4.3.3 Combined Dispute Board (Karma Uyuşmazlık Kurulu)

İnşaat projelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde hem Dispute Review Board (DRB) hem de Dispute Adjudication Board (DAB) işlevlerini bir araya getiren bir mekanizmadır. Bu kurul, taraflara uyuşmazlıkların çözümünde esneklik sağlayarak proaktif ve reaktif yaklaşımları birleştirir. Bu kurul, sözleşmenin başında taraflarca oluşturulur. Üyeler; inşaat, mühendislik, hukuk ve proje yönetimi gibi alanlarda deneyimli ve tarafsız kişiler arasından seçilir. Bu kurul, Uyuşmazlık ortaya çıktığında, CDB öncelikle durumu bağımsız bir şekilde değerlendirir ve tavsiye kararları DRB işlevi sunar. Maliyet ve zaman tasarrufu açısından en avantajlı kurul olduğu söylenebilir. Anlaşmazlıklar veya uyuşmazlıklar durumunda erken gayri resmi yardım sağlar ve Tavsiyeler veya Kararlar yayınlar²¹⁷.

4.4 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARI ÖZELİNDE TAHKİM ANLAŞMASININ GENEL ESASLARI

4.4.1 Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı

Tahkim sözleşmesi ve tahkim şartı kavramları birbirlerine sıklıkla karıştırılmaktadır. Ancak unutulmaması gerekir ki tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız iken, tahkim şartı değildir. Burada genel fark, sözleşmenin yapılış zamanı açısından bir anlam ifade eder. Tahkim sözleşmesi, tarafların aralarında uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman, oluşan ihtilafın tahkim yolu ile çözümleneceği yönünde tarafların anlaşması ile meydana gelirken; tahkim anlaşması kavramı, taraflar arasında henüz ihtilaf doğmadan, doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılması durumunda ortaya çıkmaktadır²¹⁸.

²¹⁵ <https://lmaa.london/adjudication-and-dispute-resolution-boards/> (Erişim tarihi: 03.08.2024)

²¹⁶ GOULD Nicholas; “Dispute Resolution Board Foundation Region “(Rest of the World),2011, s.32.

²¹⁷ <https://www.camsantiago.cl/en/servicio/dispute-boards/> (Erişim tarihi: 03.08.2024)

²¹⁸ ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil / YILDIRIM Nevhis; “Medeni Usul Hukuku Esasları” İstanbul 1973, s.7; CARBONNEU Thomas /BLAIR Henry / BUTLER William; “International Litigation and Arbitration”, 2005, s. 370; BLACKABY Nigel / HUNTER Martin/REDFERN Alan; “International Arbitration” Oxford University Press 2009, s. 86.

Milli tahkim açısından bakıldığında tahkim sözleşmesi kavramının bir usul sözleşmesi mi, yoksa bir maddi hukuk sözleşmesi mi olduğuna dair tartışmalar vardır²¹⁹. Bu görüşlerden biri; sözleşme kavramının maddi hukuka ait bir kavram olmadığı olup, sözleşmenin genel hukuka ait bir kavram olarak hukukumuzda maddi hukukun bir dalı olan medeni hukuk ve borçlar hukukundan temelini alıyor olmasının bir maddi hukuk kavramı olduğunu göstermiyor oluşudur²²⁰. Bir diğer görüş ise, tahkim sözleşmesinin kurulması için gerekli esaslı unsurlarda maddi hukukun uygulanmasının tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi olduğu yönünde bir gerekçe sayan görüşün yerinde olmadığıdır²²¹. Bu konuda bir görüş birliği olmasa da bir diğer görüş ise; tahkim sözleşmesi ile taraflar kanunda öngörülen sonucu gerçekleştirmeye yönelik olarak irade beyanında bulunmuş olduklarından dolayı tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğiyle maddi hukuk sözleşmesi olduğudur²²². Tahkim sözleşmesine uygulanan kuralların maddi hukuk kurallarında uygulama alanı bulması tahkim sözleşmesini maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelemesi için yeterli değildir.²²³ Doktrinde ağır basan görüş ise, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğudur.²²⁴ Tahkim sözleşmesi kavramı tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğması muhtemel uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yapılan

²¹⁹ **YILDIRIM – DEREN** Nevhis; “**Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**” Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s.23 ; Tartışmalar için bkz: (Alman Medeni Usul Kanunu’nun gerekçesinden başlayarak tüm yönleriyle konuyu ele almış, Alman ve Türk doktrinlerinde ileri sürülen görüşlerin olumlu ve olumsuz taraflarını derinlemesine inceleyerek kendi görüşünü ortaya koyan ; **ALANGOYA** Yavuz ; “**Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**” İstanbul, 1973 s.38.

²²⁰ **YAVUZ** Cevdet; “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, İstanbul 2009, s.143

²²¹ **ALANGOYA** Yavuz; “**Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**”, İstanbul, 1973, s.38.

²²² **BELGESAY** Mustafa Reşit; “**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**”, İstanbul, 1939 s.474 ; **TEKİNALP** Ünal; “**Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler**”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.15 ; **ERKUYUMCUM** Müfit ; “**Tahkime Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme**”, 1947, s.566 ; **ALANGOYA** Yavuz; “**Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**” İstanbul , 1973 s. 42 ; **ERTEKİN** Erol / **KARATAŞ** İzzet ; “**Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**”, Ankara , 1997 s.13.

²²³ **KURU** Baki; “**Hukuk Muhakemeleri Usulü**”, (Cilt VI), İstanbul 2001 (Hukuk Muhakemeleri Usulü), s. 5938.

²²⁴ **ALANGOYA**, *tahkim*, s.52; **DEREN-YILDIRIM** Nevhis; “**Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik**” Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007, s.48; **KURU** Baki / **ARSLAN** Ramazan/**YILMAZ** Ejder “**Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**”, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış, Ankara, 2014, s.725; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN**, s.599; **BELGESAY**, *hakem kararı*, s.45; **KARATAŞ**, *ihtiyari tahkim*, s.17; **SARISÖZEN**, *hakem yargılaması*, s.8; **ULUKAPI** Ömer; “**Medeni Usul Hukuku**” Konya, 2014, s.519.

anlaşmadır.²²⁵ Tahkim sözleşmesinin “müstakil tahkim sözleşmesi” ve “tahkim şartı” olmak üzere iki ayrı türü vardır.²²⁶ Tahkim sözleşmesi taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir şart şeklinde yapılabildiği gibi, HMK ‘da asıl sözleşmeden bağımsızlığını içeren bir düzenleme de vardır. Tahkim şartına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim şartının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.²²⁷ Asıl sözleşme geçersiz olsa dahi, bu durum tahkim şartının da geçersiz olacağını göstermeyecektir.²²⁸ Bu durumda hakem veya hakem kurulu yetkisi hakkında karar vererek itirazları değerlendirecektir. Ayrıca HMK Md.412 uyarınca tahkim sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarakta yapılabilmektedir. Uygulamada genelde pek rastlanılmasa da tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Kural olarak bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır. Burada yazılı şekilde yapılması bir ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır.²²⁹ Türk hukuk sisteminde, tahkim sözleşmesi kuruluşu bakımından TBK kapsamında bir sözleşme olduğu için, bu sözleşmenin kuruluşuna ve geçersizliğine veya feshine TBK genel hükümleri uygulanacaktır. Tahkim sözleşmesinin kuruluşu bakımından akit maddi hukuk niteliği Yargıtay 13. H.D.’nin bir kararında incelemeye tabi olmuştur. Kararda; “Tahkim sözleşmesi veya şartı, TBK anlamında bir akit olduğu için akitlere ilişkin genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü negatif bir biçimde sınırlayan nedenlerden TBK Md. 19-20 uyarınca, tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında, doğrudan göz önüne alınacaktır”²³⁰. Bu karardan da görüleceği üzere, tahkim sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını usul hukuku alanında doğurmaktadır.

²²⁵ HMK. Md.412/1.

²²⁶ ÜSTÜNDAĞ Saim: “Medeni Yargılama Hukuku”, İstanbul, 2000, s.959; NOMER /EKŞİ/ ÖZTEKİN GELGEL, s.18.

²²⁷ HMK Md. 412/4.

²²⁸ KARSLI Abdurrahim; “Medeni Muhakeme Hukuku”, İstanbul, 2012, s.913; ERKAN Mustafa “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”,2013, s.537; KONURALP Cengiz Serhat “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, İÜSBE Doktora tezi, İstanbul,2011 s.158.

²²⁹ PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKEŞ Muhammet; “Medeni Usul Hukuku”, Ankara,2013 s.1072; KURU, usul, s.726; KONURALP, s.158; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.601.

²³⁰ YARGITAY 13. HD. 1990/8778 E, 1991/4492 K., T.25.04.1991.

4.4.2 Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

Tahkim sözleşmesinin şekli New York Konvansiyonunda düzenlenmiştir. Tahkim şartından bahsedebilmek için yazılı anlaşmalarının bulunması gerekmektedir. MTK Md. 22 ve HMK Md.23 uyarınca bu konu düzenlenmiştir. Sözleşmelerde yazılı şekil şartı vardır. Tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartında, irade açıklaması kavramı kurucu unsurdur. Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, tarafların yazılı olarak sözleşmelerinde açıkça iradelerini belirtmeleri gerekmektedir.²³¹Tahkim anlaşmasının hile, tehtid, hata gibi nedenlerle geçersizliği iddia edildiği hallerde anlaşmanın geçerliliğinin tespitinde tarafların seçtiği hukuka bakılır. Şayet hukuk seçimi yok ise, tahkim yeri hukukuna göre bakılacaktır. Taraflar aralarında akdetmiş oldukları sözleşmede tahkim şartına açıkça yer vermemişlerse ve ayrıca bir tahkim anlaşması yapmamışlar ise, MTK Madde 2 Uyarınca; tahkim şartı bulunan bir sözleşmeye atıf yapmaları halinde tahkim anlaşmasının bulunduğu kabul edilir²³². Tahkimin tanımında açıkça “mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar” ifadesi bulunmaktadır. Tahkimin esasını teşkil eden uyuşmazlığın belirli olması gerekir. Sözleşmenin tarafları tahkim ile ilgili irade beyanında bulunurken, uyuşmazlığın hangi konuya ilişkin olduğunu bildirmelidirler, taraf iradelerinin anlaşılabilir olması şarttır.²³³ Tahkim konusunu teşkil eden uyuşmazlık konusu belirsiz ise, tahkim sözleşmesinin geçerli olmayacağı doktrinde tartışmaya kapalıdır. Burada dikkat gerektiren bir diğer hususta, uyuşmazlığın tahkim yöntemi ile çözümleneceği kararlaştırılmış ise, uyuşmazlık belirli sayılacaktır²³⁴.

4.5 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

New York Konvansiyonu uyarınca, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliği, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden ayrı olarak ele alınmaktadır. Tahkime elverişlilik konusu mahkeme tarafından resen ele alınacak bir husustur ve iptal sebebidir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği ise, mahkeme tarafından resen incelenmez MTK uyarınca sözleşme taraflarının ileri sürmesi gerekir. Uyuşmazlığın tahkime elverişliliği farklı bir husustur. Tahkime elverişlilik hukuki bir sınırlamadır ve objektif elverişlilik ve subjektif elverişlilik olarak ikiye

²³¹ AKINCI, *İnşaat*, s. 82.

²³² EYUBOĞLU, s.235.

²³³ AKINCI, *İnşaat*, s.83.

²³⁴ SARISÖZEN Serhat; “*Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*“, Kazancı hukuk yayınları, İstanbul, 2005, s.10.

ayrılarak tahkimin geçerliliğinde en kilit konulardan biridir²³⁵. Özellikle Milletlerarası inşaat uyuşmazlıklarında tahkim şartına fazlasıyla yer verilmektedir. Kamu ihale uyuşmazlıklarındaki inşaat sözleşmeleri de tahkime elverişlidir. Kamu kurumlarının taraf olduğu inşaat projelerinde, Yapım işleri ihaleleri uygulama yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına dair yönetmelik uyarınca²³⁶ kamu ihale sözleşmelerinde kamu kurumlarının taraf bulunduğu inşaat projelerinde tahkim şartına yer verilmesi sağlanmıştır.²³⁷ İnşaat projeleri, genellikle sözleşmelere dayalıdır ve taraflar arasındaki yükümlülükler, işin kapsamı, zamanlaması ve maliyetleri gibi konuları kapsar. Bu tür özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar, tahkim için uygundur. Ancak belirtmemde fayda vardır ki: Ortak girişim projelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkimde görülmesi esnasında, hakem heyetinin kurulmasından sonra dahi usule ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir ve bu sorunların çözülmesi gerekebilir²³⁸. İnşaat uyuşmazlıklarında ortak girişimlerin usule ilişkin sorunları çok fazla sayıdadır. Ortak girişim taraflarının piyasada rakip oldukları ileri düzeyde teknoloji gerektiren inşaat projelerine ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişliliği problem meydana getirebilir. Bu durumda yargı kararları ortak girişime tabi uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğini yetkili kılma genel görüşünde olduğundan, hakem heyeti uyuşmazlığı çözmeye yine de yetkili olabilecektir²³⁹.

Örneğin Paris Temyiz Mahkemesi, 1. Daire, 19 Mayıs 1993, 1993 Rev. Arb. 645, Charles Jarrosson'ın yorumlarından görülmektedir ki, Paris Temyiz Mahkemesi tarafından yürütülmüş Labinal davasında, ortak girişim taraflarından birinin, diğerine güvenilemez iddiasının blüemez nitelikte olduğunu belirterek şöyle bir karar verilmiştir; “iki uyuşmazlık arasındaki mevcut dava ve bağlantınıyi idare edilmesindeki çıkar, hakem heyetiin serbest şekilde kararlaştırılan ve kabul edilen tahkim klotunu uygulamasına engel değildir”²⁴⁰.

²³⁵ **HUYSAL** Burak; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik” Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.14.

²³⁶ Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, resmi gazete: 30.12.2017

²³⁷ **AKINCI**, *inşaat*, s.324

²³⁸ **ATAMER** Yeşim /**SÜZEL BAŞ Ece** /**GEISINGER** Elliot; “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler”, Oniki levha yayıncılık, 2019, İstanbul, s.163.

²³⁹ **ATAMER** Yeşim, *Ortaklık Hukuku*, s.124.

²⁴⁰ **HANOTIAU**, s. 309.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği için, taraf ehliyeti şartı aranmaktadır. Tahkim sözleşmesi akdetme ehliyetinin sınır ve kapsamı ve bu ehliyetin sona erme nedenleri ehliyeti yöneten hukuka tabidir²⁴¹. New York Konvansiyonuna taraf devletlerin tahkim sözleşmesi akdetme yetkileri tanınmayan birtakım bürokratik işlemlerin gecikmesine bağlanabilmesi olabilir. Bu halde tanıma tenfiz aşamasında davayı kazanamayan tarafın ehliyet itirazı ile karşı karşıya gelir. Bu gibi itirazlar genelde kamu gücü doğrultusunda idare lehine yorumlanır. Tahkim anlaşmasını akdeden taraflardan birinin ehliyetsiz olması durumunda kararın tenfizi reddedilebilecektir²⁴².

Tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinde irade serbestisinin sınırını belirler. Mevzuatta HMK Md.408 ve MTK Md.1 uyarınca ; taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar veya taraf iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklı uyuşmazlıkların ve taraf iradelerine tabi olmayan işler nedeni ile ceza hukuku, idare hukuku, aile hukukunda boşanma ve velayete ilişkin konular, iflas davaları ve tek taraflar arasındaki güç farkından ve işçinin korunması ilkesinden kaynaklı işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ve kamu düzenini ilgilendiren tapu iptal tescil gibi davaların tahkime elverişli olmadığı düzenlenilmiştir. İş hukuku ile ilgili tek istisna; İş Kanunu²⁴³ Md. 20’de düzenlenen fesih bildirimine itiraz konusudur. Şöyle ki; Tarafların karşılıklı olarak anlaşması halinde tahkimde görülebilecektir. Doktrin uyarınca feshin geçersizliği ve işe iade ve boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı konusu tahkime elverişli görülmüştür.

FIDIC uyuşmazlıklarının tahkim ile çözümünde ise; tahkime başvurabilmek için, FIDIC Gri Kitap 20. maddesinde²⁴⁴ yer alan aşamaların tüketilmesinin zorunlu olup olmadığı; bu aşamalar tüketilmeden tahkime başvurma imkanı konusu literatürde tartışılan bir konudur. Bu aşamalar “mühendise talebin iletilmesi”, “Uyuşmazlıkları Çözüm ve Önleme Kurulu Kararı” ve “dostane çözüm yolu” aşamalarıdır. Bu üç aşama FIDIC tahkiminden önce tüketilmesi gereken zorunludur. Tarafların, inşaat sözleşmesine ilişkin görüşünü mühendise bildirmesi ve mühendisin bu görüşe karşı ret kararı üzerine, uyuşmazlığın; Uyuşmazlıkları

²⁴¹ EYUBOĞLU; s.238.

²⁴² AKINCI, *İnşaat*, s.352.

²⁴³ Kanun numarası: 4857, kabul tarihi: 22.05.2003, sayı: 25134, yayımlandığı düstur tertip :5, cilt: 42.

²⁴⁴ **FIDIC MADDE 20**; “Uyuşmazlık çıkmadan önce müteahhit, eğer varsa taleplerini mühendisi iletecek ve mühendisin bu taleplere verdiği cevaplara müteahhit itiraz ederse talep uyuşmazlığa dönüşecektir.”

Çözüm ve Önleme Kurulu'na götürülmesi, uyuşmazlıkları çözüm ve önleme kurulu kararına karşı taraflardan birinin olumsuz bir bildiriminde bulunması üzerine dostane çözüm yoluna başvurulması şeklindeki aşamalar bulunmaktadır. FIDIC Md. 20. uyarınca; müteahhit, mühendise ilettiği isteklerine verilen cevaplara itiraz ederse uyuşmazlık oluşur. Müteahhit, bu maddeye uygun olarak, sözleşmeye aykırı olduğunu düşündüğü durumları en kısa zaman zarfında, en fazla 28 gün içerisinde bildirmekle yükümlüdür. Mühendisin söz konusu bildirim reddetmesi halinde bu talep uyuşmazlığa dönüşür ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na (UÇK) sevk edilir. 1999 yılında yapılan değişikliklerden sonra, konunun uzmanı tarafsızlardan oluşan UÇK uyuşmazlık durumlarında başvurulacak ilk basamak olarak tanımlanmaktadır²⁴⁵.

Uyuşmazlıkları çözüm ve önleme kurulu kararının bağlayıcı ve kesin hale gelmediği her uyuşmazlık, milletlerarası tahkim yoluyla kesin olarak karara bağlanır. Doktrinde bu konuda hakim olan görüş, FIDIC tahkiminin başlatılabilmesinin ön şartları olduğudur. İsviçre Yüksek Mahkemesi bu konuya ilişkin yakın zamanda, FIDIC 1999 tarihli Genel Şartları'nın 20. maddesi uyarınca, uyuşmazlık çözüm kurulu önündeki tahkim öncesi prosedürün zorunlu bir tahkim öncesi adım olarak nitelendirildiğine karar verdi. Ancak, DAB'nin oluşturulmasında aşırı bir gecikme olması ve bu görevde ısrar etmenin iyi niyet ilkesini ihlal etmesi durumunda böyle bir zorunlu adıma güvenilemeyeceği düşünülmektedir²⁴⁶.

Örneğin; bir inşaat şirketi sözleşmenin akdinden yaklaşık beş yıl sonra talebini, FIDIC genel şartları uyarınca bir uyuşmazlıkları çözüm ve önleme kuruluna iletme niyetini devlet şirketine bildirdi. Bu talepten on altı ay sonra, uyuşmazlıkları çözüm ve önleme kurulu hala faaliyette değildi ancak inşaat şirketi sonrasında Uluslararası Ticaret Odası'na tahkim talebinde bulundu ve Cenevre merkezli, üç üyeden oluşan bir tahkim kurulu atandı. Devlet şirketi, inşaat şirketinin FIDIC genel koşulları tarafından sağlanan tahkim öncesi şartına uymadığından tahkim kurulu burada, yargı yetkisine itiraz etmiştir. Örnekten de görüleceği üzere; bu yollar tüketilmeden tahkime gidilmesi hâlinde, hakem heyetinin, usulden reddederek işin esasına girmeden davayı reddetmesi gerekir. Hakem heyetinin yetkisiz olarak yargılamaya devam etmesi durumunda, verilen karar iptal edilebilir veya tenfiz

²⁴⁵ AKINCI Ziya; “FIDIC Standart Sözleşmelerinde Uyuşmazlıkları Çözüm Kurulu”: Ansay, Şakir Tuğrul (Editör) (2003) Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s.45.

²⁴⁶ <https://fidic.org/node/7651> (Erişim tarihi: 05.09.2024)

edilmeyebilir²⁴⁷. Yargıtayın ise bu konuda genel görüşü; tahkim öncesi aşamanın ve takip eden tahkim yargılamasının farklı hukuklara tabi olması durumunda uygunsuzluk olabileceği ve tarafların uyuşmazlığın çözümünü gereksiz yere karmaşıklaştırmaması gerektiği yönündedir.

4.5.1 Objektif Tahkime Elverişlilik

Objektif tahkime elverişlilik uyuşmazlığın konusu ile ilgilenir. Tahkime elverişlilik, o devletin tahkim yargılamasına konu edilebilen hususlara getirdiği sınırdır. Bazı belirli uyuşmazlıklarda tahkime başvurulamaması durumu objektif tahkime elverişlilik konusu ile doğrudan bağlantı halindedir²⁴⁸. Objektif tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilmesi için gerekli olan kriterlerin bütünüdür. Bu kriterler, uyuşmazlığın doğasına, tarafların iradesine ve ilgili hukuki düzenlemelere dayanır. Milletlerarası tahkimi yaygın hale getirme hedefi ile Uncitral Model Kanunu'nun objektif elverişlilik konusunda bir tanım geliştirmekten kaçınarak 1. Maddenin 5. Fıkrasında her bir devlete tahkime elverişli konuları iç hukukta düzenleme yetkisi tanıdığı görülür²⁴⁹. Kamu hukukunu ilgilendiren konular veya özel hukuka konu edilmesine rağmen tahkime elverişli değildir. Özel hukuka ilişkin olmasına rağmen, taraf güçlerinin arasında fark olması halinde zayıf tarafın korunması tahkim yöntemi ile mümkün olmayacağından bu şekilde, iş hukukunu ilgilendiren konularda tahkime elverişli olmayacaktır. Aynı zamanda Uyuşmazlığın çözümlenmesi sırasında kamu düzenine aykırı olmaması gereklidir. Tahkim, toplumsal değerleri ihlal eden uyuşmazlıkları çözüme kavuşturamaz.

4.5.2 Subjektif Tahkime Elverişlilik

Subjektif tahkime elverişlilik kavramı ise, daha spesifik bir düzenleme gerektirir. Kişinin ehliyeti uyarınca değerlendirilir. Subjektif tahkime elverişlilik, tarafların kendi iradeleriyle uyuşmazlıklarını çözüme hakkını kullanmalarını sağlar. Bu durum, tarafların haklarının daha iyi korunmasına yardımcı olur. Tarafların tahkim anlaşması yapmaya ehliyetinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Uncitral model kanunu Md. 1/5 uyarınca, tahkim anlaşmasının

²⁴⁷ SEPPALA Christopher R.; "The Arbitration Clause in FIDIC Contracts for Major Works", (2005) ICLR, s.7.

²⁴⁸ DEREN YILDIRIM Nevhis; "Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları", Alkım Yayıncılık, İstanbul, 2004, syf.27.

²⁴⁹ SCHLOSSER Peter; "Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland?", 1994, s.725.

geçerlilik şartlarından birini oluşturan subjektif açıdan tahkime elverişliliği düzenlemekten özellikle kaçınmıştır²⁵⁰. Subjektif açıdan tahkime elverişlilik şartı, bir diğer anlatımla tahkim anlaşmasını akdetme kabiliyetidir²⁵¹. Tahkim anlaşmasının, bir maddi hukuk sözleşmesi veya usuli etkileri bulunan bir maddi hukuk sözleşmesi olarak ele alındığında bu anlaşmayı akdetmek için haklardan yararlanma ve hakları kullanma ehliyeti aranmasıdır²⁵². Kısacası subjektif tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilmesi için tarafların bireysel iradeleri ve sözleşmesel durumları üzerinden değerlendirilmesi anlamına gelir. Bu kavram, tarafların tahkim yoluna gitmeyi kabul edip etmediklerini, tahkim anlaşmasının geçerliliğini ve tarafların haklarını etkileyen faktörleri içerir.

4.6 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE TAHKİMİN AVANTAJLARI

Tahkim, tarafların aralarındaki olası veya mevcut bir uyuşmazlığı hakem veya hakem kurulunca yaptıkları anlaşma uyarınca kararları kesin hüküm teşkil eden, devlet mahkemeleri kararı gibi icra edilebilir nitelikte olan ve devletlerce denetlenmeye tabi özel bir yargı faaliyeti türüdür²⁵³. Tahkim, yerel düzenlemelere göre tarafların serbest Uluslararası ticari ilişkilerden doğan ihtilafların tahkim yöntemi ile çözümü günümüzde sıklıkla tercih edilmektedir. Bu yargı faaliyeti sonunda verilen hakem kararı yargısal bir karar olsa da, bu hüküm mahkemelerin verdikleri hükümden farklı olarak, devletin üstünlüğüne değil, tarafların iradesine dayanmaktadır²⁵⁴. Global şekilde bakıldığında hukuk literatüründe henüz bir “Uluslararası Ticaret Mahkemesi” gibi yargı birimi bulunmadığından, uluslararası uyuşmazlıklar için ortak bir alternatif çözüm yoluna ihtiyaç vardır. Uluslararası tahkimin tercih edilmesinin artması, devlet mahkemelerinin tahkimin işleyişine müdahale etmemesine bağlıdır. Tahkimde taraflar, mevcut veya ileride

²⁵⁰ GRANZOW Joachim; “Das Uncitral – Modellgesetz über die internationale Handelsgerichtsbarkeit von 1985”, München, 1988, s.73.

²⁵¹ DEREN YILDIRIM, *Uncitral*, s.31

²⁵² BUCHER Andreas; “Die neue Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz”, 1989, s.22.

²⁵³ YILDIRIM Mehmet Kamil/ALANGOYA Yavuz / YILDIRIM Nefhis Deren ; “Medeni Usul Hukuku Esasları”, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s: 595 ;ÖZBAY İbrahim “ Yargıtayın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK M.439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması “ Dokuy Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : 16, 2014 s : 779;KURU Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış, 25. Baskı, Ankara 2014, s.779.

²⁵⁴ YILDIRIM DEREN Nevhis; “UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları”, 1. Basım, 2004, Alkım Yayınları, s. 23.

doğabilecek uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözebilmek için aralarında bir tahkim anlaşması akdederler. Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi öncelikle tarafların hangi tür uyuşmazlıklarını hangi hukuki ilişki çerçevesinde tahkime taşımak istediklerini tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkca belirtmelerine bağlıdır²⁵⁵. Devlet mahkemelerinde yargılamanın yıllarca sürmesi riski tahkimin tercih edilme nedenlerinin başında gelmektedir²⁵⁶. Tahkimin pratik ve hızlı sonuç vermesinde, hakemlerin isterse tatil günlerinde dahi çalışabilmesi ve adli tatil kavramının bulunmaması da etkili bir faktördür.²⁵⁷

Milletlerarası ticari tahkim; devlet mahkemelerine alternatif olsada, tahkimde tarafların amacı uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesinin önüne geçmek ve özel hakemlere giderek uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözüme kavuşturmaktır²⁵⁸. Bu tarz uyuşmazlıklar genellikle tahkim yöntemi ile çözümlenmektedir²⁵⁹. Tahkim, devlet mahkemelerine alternatif olmakla birlikte, devlet mahkemelerinden tam anlamıyla da bağımsız değildir.²⁶⁰ Devlet mahkemeleri ile tahkim yargılaması hakem heyeti arasında işbirliği olsa da müdahale kapsam ve sınırları birbirinden farklıdır²⁶¹. Uluslararası tahkimin hukuki rejimine

²⁵⁵ AKINCI, *Tahkim*, s.100; ŞANLI, *Uluslararası*, s.349; KÖŞGEROĞLU Banu; “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, 2011, S.3, s.3.

²⁵⁶ TRAPPE Johannes; “*Arbitration Procedure in England and Germany: some comparative remarks*”, (DRLJ, March 1997, Vol.6, s5; LÖRCHER Gino: “*The German Arbitration Act, Journal of International Arbitration*”, Vol.15,1998, s.86; TAŞKIN Alim:” *Hakem Sözleşmesi* “, Ankara, 2000, s.9; ÖNEN Ergun: “*Hakem Kararlarının Temyizi ve Hakemlerin Direnme Yetkisi*”, MÜİİBFD., Prof. Dr. Halil Nadaroğlu’na Armağan, 1998, s. 298;” SAVILLE The Rt. Hon Justice ; “*An Answer to some criticisms of the Arbitration*” Act 1996, 1997, s. 157 ; SARISÖZEN M. Serhat; “*Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*”, İstanbul, 2005, s.15 ; ÜSTÜNDAĞ Saim ; “*Hakemlerin Israr Hakkı Var mıdır ?*” , Yasal Hukuk ve İçtihat ve Mevzuat Dergisi, 1996,s.217; ŞANLI Cemal ; “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*” , Ankara, 1986, s.23 ; KARAYALÇIN Yaşar ; “*Hakem Mahkemesi Kararları ve Yargıtay Denetimi 28.01.1994 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararı*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Semozyumu Bildiriler- Tartışmalar, Ankara, 1994, s.40.

²⁵⁷ ALANGOYA/YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s.595; KONURALP, s. 133; SARISÖZEN, *hakem yargılaması*, s. 15; ULUKAPI Ömer “*Medeni Usul Hukuku*”, Konya, 2014, s.518; KONURALP, s.133; KURU Baki “*Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*”, İstanbul, 1995, s.988; BERKİN Necmettin B; “*Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*”, İstanbul, 1981, s.929.

²⁵⁸ ÖZEL, s.17.

²⁵⁹ AKINCI, *İnşaat*, s.383.

²⁶⁰ GÖLCÜKLÜ İlyas; “*Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* “, On iki levha yayıncılık, İstanbul, 2018, s.21.

²⁶¹ GÖLCÜKLÜ; s.21.

bakıldığında örgütlenme biçimi olarak iki grupta incelenir. İlk olarak ad hoc tahkim, ikinci olarak kurumsal tahkimdir.

Tarafların sözleşmelerinde tahkim şartına yer vermesi veya tahkim sözleşmesi kurması ile başlayan bu süreçte taraflar, aralarında doğan ihtilafı devlet mahkemelerinde değil, özel kişilerden oluşan hakemler aracılığı ile çözüme konusunda anlaşmada bulunurlar. Uluslararası ticaret uygulamaları risklerle doludur ve hukuki riskleri minimum düzeye indirgeyip uyuşmazlıkların çözümünde en nihai sonuçlara ulaşan alternatif çözüm yöntemi tahkimdir. Devlet mahkemelerinde yargılama masraflarının fazlalaştığı noktada, hakemler tarafından yargılamanın devlet mahkemelerindeki yargılamaya kıyasla çok daha ucuz olduğu bilinmektedir²⁶². Tahkimde taraflar, davayı yürütecek hakemi, tahkim yerini, hakemlerin sayısı ve niteliklerini (mühendis, avukat ...vb), uygulanacak hukuku, yargılamanın usulünü, yargılama dilini, uygulama şeklini serbestçe seçebilirler. Tahkimin amacı, uyuşmazlığın devlet mahkemesinde görülmesinin engellenmesi ve devlet mahkemeleri yerine özel hakemlere gidilerek hukuki uyuşmazlığı bağlayıcı ve nihai olarak etkin ve hızlı şekilde çözümünün sağlanmasıdır.²⁶³ Sözleşmelerde uyuşmazlık taraflarının, uyuşmazlığın çözümünde herhangi bir ulusal yargı merciini belirlemede anlaşılamamış olmaları da tarafları tahkime yönlendirebilmektedir²⁶⁴.

İnşaat sözleşmelerinde olası ihtilafların doğması durumunda projelerdeki gecikmeler veya işin durması gibi sebeplerden dolayı doğan ihtilafların çözümünde direkt olarak devlet mahkemelerinde çözüme gidilmesi yargılamanın daha uzun bir sürede çözümlenmesine ve bu sürede telafisi güç zararlar doğabilme riskini arttırmaktadır. Oysa, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yönteminin uygulama alanı bulduğu hallerde hukuki riskleri en minimum seviyeye indirmede en uygun çözüm metodunun tahkim olduğu kanaatindeyim. Tahkim, esasında devlet mahkemeleri ile ilişkili bir metoddur. Hakem heyeti ile devlet

²⁶² **YILDIRIM DEREN** Nevhis; “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, 2002, s.40; **SARISÖZEN**, hakem yargılaması, s.15; **YEŞİLİRMAK** Ali; “Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik”, İstanbul, 2011, s.74; **ALANGOYA**, tahkim, s.18; **DAYINDARLI**, iç tahkim, s.28; **TAŞKIN**, hakem sözleşmesi, s.10; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM**, s.595; **ÖNEN**, temyiz, s.298.

²⁶³ **ÖZEL** Sibel; “Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri” Legal yayıncılık, İstanbul, 2008, s.17.

²⁶⁴ **PARK W.W;** “National Legal Systems and Private Dispute Resolution” <http://web.lexis-nexis.com/universe/documen ICC Arbitration, s.5>.

mahkemelerinin karşılıklı müdahalelerinin sınırları farklıdır. Devlet mahkemeleri genelde tahkim itirazı sonucu taraflar arasında geçerli olan tahkim anlaşması veya sözleşmesinin varlığına kanaat getirdiklerinde tarafları tahkime yönlendirmektedirler²⁶⁵.

Devletler ve uluslararası anlaşma koruyucuları usul hukukuna hakim temel adalet ilkelerini dikkate alarak, yalnızca tahkim kurumunun yozlaşmasının önleme zımında taraf iradelerine emredici kurallarla, oldukça sınırlı sayıda olsa da müdahale etmektedirler.²⁶⁶Yurt içi ve yurt dışı ticari ilişkilerin sürekli olarak gelişmesi ile ortaya çıkan komplike ilişkiler, hızlılığı, pratikliği, gizliliği, esnekliği ve tarafsızlığı ile²⁶⁷ tercih sebebi olan tahkime rağbeti arttırmış²⁶⁸ ve iki taraflı geleneksel tahkim şemasının daha fazla kişinin sorunlarını çözebilecek bir mekanizma halini alabilmesi için kendisini geliştirmesini zorunlu kılmıştır. Devlet mahkemelerinin, taraf iradelerine sınırlama getirmesi amacı ile tenfiz aşamasında müdahale ettiği de görülmektedir. Aşağıda tüm risk ve avantajlardan bahsedeceğim.

Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde genel yetkili uluslararası mahkemeler bulunmamaktadır. Uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıkların çözümünde hukuki eksiklik sonucunda tahkim yargılaması, taraf ihtiyaçlarını karşılamak üzere gelişmiştir. Bu bakımdan, tahkim bir nevi bağımsız ve tarafsız yargı mercii olarak bu ihtiyaca karşılık vermektedir. Tahkim yargılamasının bir diğer seçilme nedeni de gizliliklerdir. Tahkim yargılamasında, devlet mahkemelerindeki alenilik ilkesinin aksine, gizlilik hakimdir.²⁶⁹Mahkeme kararlarının tersine tahkim yargılamasında verilen kararların yayınlanma zorunluluğunun olmaması yalnızca tarafların iznine tabi olarak yayınlanabilmesi de gizliliği sağlayan bir faktördür²⁷⁰.

²⁶⁵ GÖLCÜKLÜ, s.21.

²⁶⁶ ŞANLI Cemal; “Uluslararası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları,1986, s.123.

²⁶⁷ DEREN YILDIRIM Nevhis; “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, Ankara Barosu Dergisi,2002, s.4.

²⁶⁸ FRICK Joachim; “Arbitration and Complex International Contracts”, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, the Hague, 2001, s.229; JARVIN Sigvard “Multi-Party Arbitration: Identifying the Issues”, New York Law School Journal of International and Comparative Law,1987, s.317.

²⁶⁹ ÖZSUNAY Ergun; “Tahkim Yargılamasında Mahremiyet”, İBD, 2004, s.541; PEKCANİTEZ Hakan;“Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, İzmir, 1999, s.28, TANRIVER Süha; “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, 2005, s.133.

²⁷⁰ DEREN YILDIRIM, tahkim, s.41; SARISÖZEN, *hakem yargılaması*, s.16; BALCI Muharrem; “İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim”, İstanbul, 1999, s.244.

Uluslararası ticari akitlerin olası riskleri ve doğan uyuşmazlıkları en aza indirmek için tahkim yönteminin seçilme nedenlerini açıklayacak olursam: Tahkim, günümüzde bir nevi “uluslararası ticaret mahkemesi” fonksiyonu görmektedir²⁷¹. Bağımsız ve tarafsız bir mercii olması ile, devlet mahkemelerinin taraflar üzerinde yarattığı birbirinin mahkemelerine gitmekten çekinmesi ve önyargıyı kırmıştır. Devlet mahkemelerinin, bağlı oldukları devletin hukuki normları ile sıkı sıkıya bağlı olması tarafları tereddüte düşürmektedir. Bu durum tarafların, uluslararası ticarete tahkimi seçmesine neden olmaktadır. Ancak tahkimin tercih edilmesinin avantajları arasında en çok tarafların mevcut uyuşmazlık için en uzman kişilerin hakem olarak atanmasıdır²⁷².

Tahkim, devlet mahkemelerine kıyasla çok daha kısa süren bir yargılama sürecidir. Tahkimde, milli mahkemelere oranla tarafların iradesi daha baskındır. İhtilafların kısa sürede sonuca bağlanması, ticari faaliyetlerin devamlılığı ve tacirlerin kazançlarına yarar bir durumdur. Devlet mahkemelerinin bürokratik yapısı ve mahkemelerin her konuya ilişkin o konuda işinin uzmanı kişilerin vakıf olmaması nedeni ile, uyuşmazlık konularında uzman bilirkişi raporlarına ihtiyaç duyulmakta ve çoğu zaman aleyhine dava açılan taraf bu raporlara itiraz ederek birkaç defa rapor aldırarak bu durumda yargılamanın aylarca hatta bazı hallerde yıllarca uzamasına neden olmaktadır.

Mahkemelerde sıklıkla hakimlerin değişmesi, yeni atamaların olması nedeni ile yargılama aşamasında her yeni başlayan hakimin davayı benimseme aşaması, yeniden baştan incelemeye alması nedeni ile yargılama yıllarca sürebilmektedir ve hukuk sistemimizde ivedilikle bu konuda bir çalışmaya gidilerek yargılama sürelerinin belirli bir süreye indirilmesi, hızlandırılması gerekmektedir. Davaların uzun sürmesi nedeni ile, dava konusu talep edilen ücretler enflasyon ağına takılarak azalmaktadır. İşte tüm bu nedenlerle devlet mahkemelerine oranla tahkim yargılaması seçilmesi tarafların yararına olacaktır. Tahkime başvuran tarafların uyuşmazlığın çok kısa sürede çözümünü aldığı görülecektir. Tabi tüm bu avantajların sağlanması için, usulüne uygun bir tahkim anlaşması şarttır. Tahkim anlaşması, maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız bir kloz olup, geçerliliği

²⁷¹ ŞANLI, *Uluslararası*, s.320.

²⁷² LAWRENCE David M.; “A Treatise on the Law and Practice of Arbitration and Awards” London, 1921, s.8; YEŞİLIRMAK, *doğrudan görüşme*, s.73; TANRIVER, *tahkim*, s.133; KARAYALÇIN, *tahkim*, s.5; DAYINDARLI, *iç tahkim*, s.28; TAŞKIN, *hakem sözleşmesi*, s.10.

açısından tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuk kıstas alınır. Yetkili kılındıkları hukuka göre, taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesi geçersiz olsa dahi, tahkim sözleşmesinin geçerli olma şansı vardır.

Tahkimde, hakemler ve bilirkişiler devlet mahkemelerine oranla daha fazla alanında uzmanlaşmıştır. Şöyle ki; uyuşmazlık konusuna göre, o alanda uzman hakemler seçilmektedir. Tahkimi tercih eden taraflar, bu noktada çok daha adil şekilde karar verileceğini göstermektedir.

Tahkim yargılamasında hakemler, devlet mahkemeleri gibi *lex fori*– kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere, maddi ve usuli kurallara sıkı sıkıya bağlı olmayıp, esas itibari ile tarafların iradesinin bağlı kaldığı²⁷³ Bu yönü ile tahkimin, liberal bir yargılama usulü olduğu ve taraf ihtiyaç ve beklentilerine çok daha uygun kararlar verebildiği söylenebilir. Ayrıca hakem kararları devlet mahkemelerinin kararlarına göre daha kolay şekilde icra edilebilir. New York Anlaşması²⁷⁴ ile BM tarafından hazırlanan yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi yapılabilmektedir. Bu anlaşmaya 150’nin üzerinde devlet taraftır. Taraf ülkelerden birinde verilen tahkim kararı diğer ülkelerde de tenfiz edilebilir.

Bir diğer tercih sebebi ise, tahkimde gizliliğin esas olmasıdır. Uluslararası ticari nitelikteki uyuşmazlıklar nedeni ile tarafların ticari itibar kaybı riski olabilmektedir. Tahkim yargılamasında ise, gizlilik nedeniyle ticari sırlar saklanabilmektedir²⁷⁵. Ayrıca hakemlerin genel yaklaşımının, devlet mahkemelerine göre çok daha uzlaştırmacı şekilde olması da ilişkilerin daha az zedelenmesine fayda sağlar.

Tahkim yargılamasının uygulanma prosedürlerinin detaylarına ileride değineceğim. Ancak tabi olduğu esas sözleşmelerde; taraflar ve hakem arasındaki yazılı anlaşma yani “hakem akdi sözleşmesi”; bu akdin yazılı olmasında fayda vardır. Bu anlaşmanın sözlü olması durumunda da, yargılama aşamasında hazırlanacak olan tensip zaptı “term of reference” ile yazılı hale gelecektir.²⁷⁶ Tarafların arasında akdedilmiş olan tahkim anlaşması; bu sözleşme

²⁷³ ŞANLI, *Uluslararası*, s.321.

²⁷⁴ Yabancı Hakem Kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındadır. Ülkemizde, yabancı hakem kararlarını tanınması ve tenfizi hakkındaki New York Sözleşmesinin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun; 21.05.1991 tarihli resmi gazetede yayımlanarak 20887 sayısı ile yürürlüğe girmiştir.

²⁷⁵ GİRAY Faruk Kerem; “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Cilt :4, 2015, s.63.

²⁷⁶ ŞANLI, *Uluslararası*, s.325.

veya esas sözleşmede bulunan tahkim şartı olmadan, uyuşmazlıklarda tahkime başvurulması mümkün değildir. Tarafların usulüne göre tahkim anlaşması akdetmesine rağmen, tahkime gidilmeksizin devlet mahkemelerine başvurulması halinde ise, ilk itirazda bulunulabilir. Bu durumda mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğini kontrol eder ve anlaşma geçerli ise davayı usulden reddeder. Tarafların arasında akdedilen maddi hukuk sözleşmesi geçersiz olsa dahi, tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi muhtemeldir. Bu sözleşme tahkim sözleşmesinden farklıdır.

Tahkim kavramının hukuki rejimi ve yargılama usulünde dikkat edilecek hususlar; tahkim, yargılama aşamasında hakemler tarafından uygulanacak usul kuralları ve esasa ilişkin maddi normları kapsmalıdır. Tarafların irade serbestisinin esas olduğu bu yargılama türünde, tarafların hangi tür tahkime gittiği de yargılama usulünü etkiler. Aşağıda daha sonra detaylandıracağım üzere, taraflar şayet kurumsal tahkime başvurmuşlarsa tahkim sözleşmelerinde yargılama şekline ilişkin detaylara yer vermelerine lüzum yoktur. Bu durumda zaten mevcut kurumun kuralları esas alınır. Tarafların ad hoc tahkimi seçmeleri halinde ise, sözleşmelerini detaylandırmalarında fayda vardır.

Taraflar, hakemlerce uygulanacak usulü bir tahkim kurumunun normlarına veya milli hukuk sistemine atıf yapmak üzere veya doğrudan olarak kararlaştırabilirler. Aksi durumda hakemler, New York anlaşması uyarınca tahkim prosedürünün geçtiği ülkenin usul hukuku uyarınca karar verir.²⁷⁷ Tahkim yargılamasında, tarafların irade serbestisi ilkesinin benimsenmesi neticesinde, hakemlerin esasa uygulayacağı hukukun taraflarca seçilebilmesinin önü açıktır. Taraflar bir hukuk seçimi sözleşmesi yapabileceği gibi, esas sözleşmede bir norm ile buna da karar verebilirler. Şayet hukuk seçimi yapılmamışsa kurumsal tahkim mahkemelerince, kanunlar ihtilafı kuralları esas alınarak uygulanacak hukuk tespit edilir. Şayet adhoc tahkime gidilmişse veya tahkim kurumunun kurallarında kanunlar ihtilafı normları bulunmuyorsa uygulamada genel olarak hakemlerin yargılama yaptıkları ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak esasa uygulanacak hukukun tespiti

²⁷⁷ ŞANLI, *Uluslararası*, s.328; <http://www.ilsaadergi.com/milletlerarasi-tahkim/> (Erişim tarihi: 10.09.2024); SÖNMEZ İrfan; “**Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 23, Konya, 2015, s.218.

veya direkt olarak dava şartı ile en sıkı ilişkili ülke hukukunun tespit edilerek bu şartlarla ihtilafın çözümü sağlanmaktadır²⁷⁸.

Hukuk sistemimizde tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uluslararası nitelikteki ticari tahkim, 4686 sayılı MTK uyarınca düzenlenilmektedir. Hukuk sistemimize göre, tahkime konu edilemeyecek uyuşmazlıklar vardır. Bunlar; mülkiyet hakkı, intifa hakkı, irtifak hakkı, ipotek hakkı gibi taşınmazın aynına ilişkin haklar, iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklar, ceza ve icra iflas hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar olup bu haklar tahkime elverişli değildir. Bunların dışında içtihat kararlarından sübut bir şekilde görülmektedir ki Yargıtay; kira uyuşmazlıkları, kira tespiti, tahliye davaları, iş hukuku uyuşmazlıkları, vergi uyuşmazlıklarını da tahkime elverişli bulmamaktadır. Şayet tahkime elverişli olmayan bir konuda hakem kararı verilmiş ise bu kararın iç hukukumuzda tanıma ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Kamu düzenini ilgilendirdiğinden ötürü tapu iptal ve tecile ilişkin davaları tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir. Yargıtay tarafından 2007 yılında verilen bir kararda bunun gerekçesi şu şekilde izah edilmiştir²⁷⁹. Tahkime elverişlilik şartı, usul hukukuna ilişkin ve maddi hukuka ilişkin olmak üzere iki ayrı şekilde incelenebilir. Dava konusu uyuşmazlıkta taraf iradelerine tabi işlemlerde bulunulması halinde, “usul hukukuna ilişkin tahkime elverişlilik” başlığı altında incelenebilir. Dava konusu uyuşmazlıkta tarafların tasarruf yetkisine sahip olması durumu ise maddi hukuk anlamında tahkime elverişlilik başlığı altında incelemeye tabi olacaktır.

Türk hukuk sisteminde önceki yıllarda sıklıkla ihtilaflarda tahkim yöntemine başvurulmaktaydı. Hatta tarihsel olarak bakıldığında, ülkemizde 1994 yılına kadar taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda her türlü uyuşmazlıktan doğan ihtilaflarda tahkime gidebilme imkanına sahiptir”.²⁸⁰ Gayrimenkul davalarında, tarafların dava konusu

²⁷⁸ <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> (Erişim tarihi: 08.09.2024); **NOMER/ EKŞİ/ GELGEL**, s.2; **TİRYAKİOĞLU** Bilgin; “**Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**”, Ankara 1996 s.24.

²⁷⁹ **YARGITAY 15. HD., E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18.6.2007** tarihli karar; “Tapu iptal ve tescil davaları, kamu düzenini ilgilendiren davalardan olup, hakemlerce bu davalara bakılması mümkün değildir. Nitekim gayrimenkulün aynına ilişkin olduğundan bu tür davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinde görüleceği HUMK nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Dosyada mevcut eski bir Yargıtay kararında gayrimenkulün aynına ilişkin davalara hakemlerin bakabileceği belirtilmiş ise de, genel uygulama, tapu iptal ve tescil davalarının mahkemelerce çözüme bağlanacağı yolundadır.”

²⁸⁰ **ŞANLI**, *Uluslararası*, s.335; **EKŞİ**Nuray; “**Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**”, İstanbul, 2013, s. 76.

üzerinde kendi iradeleri ile serbestçe tasarruf edebilmekte olduğu ve bu sebeple gayrimenkul davalarının tarafların arzusuna tabi uyuşmazlıklardan olduğu ileri sürülmektedir²⁸¹. İnşaat projelerinde sıklıkla tercih edilen “ yap - işlet - devret “ niteliğindeki işler açısından , 3996 Sayılı “ Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun” bazı maddelerini iptal eden 1994/71 E. – 28.06.1995 Tarihli kararı sonrasında; ülkemizdeki yabancı sermaye yatırımlarının büyük bir bölümünü oluşturan bu tarz sözleşme modelinde uyuşmazlıkların tahkim ile çözülüp çözilemeyeceği hususu tereddüt oluşturmıştır.”²⁸²Konuya ilişkin birçok emsal Danıştay kararı mevcuttur. Danıştay 1. Dairesi, 1995/246 E. Sayılı ve 01.07.1996 tarihli kararında “Yap – İşlet – Devret” sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözümünün tahkime elverişli olmadığına ilişkin kararları vardır.

4.7 İNŞAAT UYUŞMAZLIKLARINDA TEDBİRLER VE ACİL DURUM HAKEMİ UYGULAMASI

Uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıklarda bazı hallerde uyuşmazlıklara ivedilikle müdahale edilmesi gerekmektedir. Adil ve etkili bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının varlığından söz edebilmek için, bu mekanizma, tarafların haklarını yargılama süresince de koruma altına alabilmesi gerekir²⁸³. Geçici koruma tedbirlerinin bazı uyuşmazlıklar bakımından esas hakkındaki yargılamadan dahi önemli olduğu dahi söylenebilir²⁸⁴. İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de sıklıkla ön hakem yöntemine başvurulmaktadır. Örneğin; sözleşmenin feshedilmesi nedeni ile sözleşmede teminat olarak gösterilen mektubun, karşı taraf uyarınca irat kaydedilmemesi için acil durum hakemine “geçici hukuki koruma tedbiri” talebinde bulunulabilir. Sözleşmelerin ifasının gecikmesi veya güç bir hal alması durumunda doğabilecek olası zararların hızlı bir şekilde önlenmesi için sözleşmenin ve projenin geleceği için büyük önem taşımaktadır. Bu müdahale sayesinde tarafların hak ve borçları derhal tespit edilerek; zararların büyümesi engellenmekte, deliller

²⁸¹ KURU Baki; “**Hukuk Muhakemeleri Usulü**”, (Cilt VI), İstanbul 2001 s. 5947.

²⁸² ŞANLI, *Uluslararası*, s.335.

²⁸³ BORN Gary B.; “**International Commercial Arbitration, 2nd Ed.**,” Kluwer Law International 2014, s. 2425.

²⁸⁴ STÜRNER Michael /GÜNEŞ Derya Belgin; “**Geçici Hukuki Himaye Tedbiri Kararlarının Kesin Hüküm Gücü Üzerine, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**”, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 350.

koruma altına alınmakta ve sonuç itibari ile alınan geçici kararlarla taraflar arasındaki husumet ilerlemeden sözleşmenin dostane bir şekilde ifası sağlanmaktadır.

Bu uygulama uluslararası ticaretin uygulanmasından doğan ihtilafların çözümüne büyük kolaylık sağlamaktadır ve iş hayatının olağan akışına bir ihtiyaç olarak doğmuştur. Şöyle ki; Milli mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı ve sözleşmelere müdahalesi çoğu zaman objektif nitelikte olmadığından taraflar arasında sorunlara yol açabilmektedir. Ayrıca, devlet mahkemelerinin ilerleyiş hızının ağır olması da projelerin akışını uzatmaktadır. Bu noktada tarafsız bir kişi veya kurum aracılığı ile çözüm üretilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Ön hakem ile hakemin görev sınırları farklıdır. Ön hakemin kararı nihai değildir. Dava öncesinde uyuşmazlığın geçici olarak karara bağlanması ön hakemin görevidir.

Taraflar, ticari ilişkilerinin temeli olan sözleşmelerinde ön hakemlik usulünü seçerken mutlaka sözleşmenin ifasında yetkili olan devlet mahkemesinin hukuk normlarının ön hakemlik prosedürlerini kapsayıp kapsamadığından emin olmalıdır. Bizim hukuk sistemimizde MTK Md. 6 uyarınca; sınırlı olsa da hakemlerin, ön hakemlerin ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı vermeleri kabul edilir. Her ülkenin bu konuda görüşü farklı olduğundan bu konuda titizlik ile zımniliğe yer vermeyecek şekilde tespitte bulunmak gerekir. Taraflarca ön hakemlik usulü seçilirse mutlaka bu usulü geçerli kılan bir yargı yeri ve hukuk sistemi seçilmelidir²⁸⁵. Bu yöntem ile diğer çözüm yollarının birbirinden ayrıldığı nokta, bu yöntemin çözümü karmaşık olmayan uyuşmazlık konularında çözüm şekli olabilmesidir. Karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilemez.

Ön hakem kararını 30 gün içinde verir. Bu yönü ile usul ekonomisi ilkesi açısından da hukuk sistemine pratik bir çözüm kaynağıdır. Yetkili hakem veya devlet mahkemesince aksi kararlaştırılmamışsa, ön hakem kararları taraflar açısından bağlayıcıdır. Ön hakem ivedilikle karar verilmesi gereken konularda geçici kararlar verir. Delillerin muhafazası, tedbirle...vb basit hukuki ihtilaflar bu çözüm yönteminin alanına girer.

Örneğin; iş ortaklığı şeklinde yürütülen kamu ihale sözleşmesinde, adi ortaklık taraflar, Türk inşaat şirketi X ile Amerikan şirketi Y arasında kurulan adi ortaklık ve bu iş ortaklığının Dünya Bankası tarafından finanse edilen alt yapı işi sözleşmesinde , ortaklardan Amerikan

²⁸⁵ ŞANLI, *Uluslararası*, s.555.

şirketinin sahte belge dolayısı ile yasak fiil işlemesi iddiası nedeni ile kamu ihale sözleşmesinin ifasının askıda kalması ve tarafların aralarında akdettikleri sözleşme uyarınca sözleşmenin akdinden sonra 15 gün içerisinde davalı tarafından davacılara işe başlama talimatı verilmemiş ve davacı adi ortaklık tarafından sunulan 985.000 Eur bedelli kesin teminat mektubunun davalı tarafından nakde çevrilme riski bulunması üzerine açılan geçici hukuki koruma kararı talepli, İSTAC²⁸⁶ acil durum hakemliğine başvuruda bulunulmuş ve yapılan yargılama sonucunda ; hükmedilmesine karar verilen geçici koruma tedbiri sonucunda bir zararın doğma ihtimalinin bulunmaması nedeniyle, genel uygulama ve yaklaşımdan ayrılarak, davacıların herhangi bir teminat yatırmasına bir hukuki gereklilik olmadığı sonucuna varılmıştır. Davacıların, davalı bünyesinde bulunan teminat mektubunun davalı tarafından paraya çevrilmemesi talebinin kabulüne karar verilmiştir.

4.8 TAHKİM YÖNTEMİNİN UYGULANDIĞI BAŞLICA İHTİLAFA ÇEŞİTLERİ

4.8.1 Genel Olarak

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi ve potansiyel uyuşmazlıkların doğmaması için dikkat edilecek en önemli hususlar sözleşmenin hazırlanması ve uygulanacak hukukun tespitidir. Uluslararası sözleşmeler hazırlanırken mutlaka standart sözleşme ve şartnameler incelenilmelidir. Bir uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi hazırladığı esnada belirli hususların dikkate alınarak, doğması muhtemel olan uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önüne geçilebilir. Bu aşamada sözleşmenin hazırlanması sırasında dikkate alınması gereken ilkeler bulunmaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklardan doğan davalarda, tarafların sözleşme hazırlanırken kazanıp kaybettiği belirlenebilir²⁸⁷.

²⁸⁶ <https://istac.org.tr/tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/> (Erişim tarihi:06.08.2024)

²⁸⁷ **ŞANLI** , *Uluslararası*, s.7 ; **CASHIN-RITAINE** Eleanor; “**Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi**, Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, İÜHFİM, 2005, s. 324; **SEROZAN** Rona; “**Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi**”, M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013; **EREN** Fikret; 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s.298; **ARAT** Ayşe; “**Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**”, Ankara 2006, s. 29.

İnşaat anlaşmazlıklarındaki zararlar, birçok farklı projeye özgü durumdan kaynaklanabilir. Maruz kalınan zararın türü ve niceliklendirme yöntemi, diğer unsurların yanı sıra, olayın belirli gerçeklerine, yürürlükteki hukuka, sözleşme biçimine ve mevcut delillere bağlıdır.

Komplike nitelikteki uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözebilecek mahiyette ulusal bir mahkeme bulunduğu söz edilemez. Ayrıca ulusal mahkemelerin yargılamalarını yürüten hakimler, bağlı bulundukları devletin değerlerine sıkı sıkıya bağlı olup, uyuşmazlığı çözen mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşı olmayan sözleşme tarafını, bu hallerde yargılamanın tarafsızlığına kolaylıkla güvenemeyecektir²⁸⁸. Burada tahkim yargılamasının tercih edilme gerekliliği karşımıza çıkacaktır. Örneğin, bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin şirketinde yöneticilik görevini yürüten kişi şayet o şirketle iş ortaklığı bulunan bir kimse ise, uyuşmazlıkta hakemlik yapması durumunda, hakemin davanın sonucuyla ilgili maddî ya da başka türlü bir menfaati söz konusu olacağından böyle bir hakemin bağımsızlığı söz konusu olmayacaktır²⁸⁹.

İnşaat sözleşmeleri hazırlanırken tarafların gözden kaçırılmaması gereken hususlar vardır. Örneğin; bedel belirlenirken, işin değerine yüklenicinin karını eklemek gerekir. Maaliyet + Kar yöntemidir. Yaklaşık bedelin sözleşme taraflarına tanıdığı hukuki imkanlar göz önüne alındığında sözleşme taraflarının menfaatlerini uzlaştırdığı görülmektedir²⁹⁰. Bu yöntemden doğan uyuşmazlığın önüne geçilebilmesi için, mutlaka kurulacak olan iş ilişkisinin sözleşmesinde hiçbir karışıklığa yer vermeden açıkça formulize edilmelidir. Götürü bedel belirlenebilen bir bedeldir²⁹¹.

²⁸⁸ ŞANLI, *Uluslararası*, s.68.

²⁸⁹ LEW Julian/ LOUKAS A. Mistelis/ KRÖL Stefan; “**Comparative International Commercial Arbitration Kluwer Law International**”, The Hague, 2003, s. 262

²⁹⁰ TANDOĞAN Haluk ; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**”, vedat yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 281;YAVUZ, s. 1049 ;ÖZ Turgut; “: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte)**”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s. 69; ALTAŞ Hüseyin,”İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan” Ankara 2008, s. 72 ; ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA Kadir Emre ; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**”, Ankara 2018. s. 551; BİRİNCİ UZUN Tuba; “**Eser Sözleşmesinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması**” terazi hukuk dergisi, 2014, s.87; BAYGIN Cem; “**Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**”, beta yayıncılık, İstanbul, 1999. s. 41; GÜRPINAR Damla; “**Eser Sözleşmelerinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**”, güncel hukuk yayınları, İzmir, 2006. s. 83; KOCAĞA, *inşaat*, s. 197.

²⁹¹ BİLGE Necip; “**Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**”, batıder, Ankara 1971, s. 255; TANDOĞAN, *Özel Borç*, s. 234;ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 535; TUNÇOMAĞKenan ; “**Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri**”, İstanbul 1977.s. 1053;ARAL Fahrettin/AYRANCI

4.8.2 Geç Teslim

Yüklenicinin sözleşmede akdedilen şekle uygun şekilde tamamladığı inşaat el çekerek bu inşaatı sahibinin tasarruf alanına bırakması gerekliliği teslim borcunu teşkil eder.²⁹²Tarafların ortak iradesi ile teslim borcunun ifa zamanı” belirli bir tarih”, “yaklaşık işlem tarihi” veya “kesin süreli işlem tarihi” olacak şekilde üç şekilde belirlenebilmektedir²⁹³. Sözleşmede belirlenen teslim tarihinin gecikmesi durumunda işlemler üçüncü kişilerin iradesini de barındıracağı için yaşanabilecek olası gecikmede yükleniciye kusur verilmeden önce mutlaka olayın tüm koşulları objektif bir şekilde değerlendirilmelidir²⁹⁴. Süresinde teslim edilmeyen projelerin sözleşme kapsamında cezai sorumlulukları olup, Yargıtay’ın bu konuda çeşitli görüşleri mevcuttur²⁹⁵. Taraflar proje temsilcisinin yüklenicinin geç teslim sorununu bildirmesi üzerine süre uzatımı veya ek ödeme yapmayı reddetmesi halinde bu iddiaları tahkime götürürler. TBK’na baktığımızda, yüklenicinin eseri teslim borcunun açıkça ve ayrıca düzenlenmediği görülmektedir²⁹⁶.

İşin süresinde gecikme ve gecikme durumunda iş sahibinin hakları; inşaat projelerinde, projenin kurulması ile tarafların karşılıklı edimlerinden en önemlisi işin kararlaştırılan sürede tamamlanmasıdır. Tarafların sözleşmede kararlaştırdığı iş teslim süresine ek süre eklenilmesi de mümkündür. Şayet sözleşmede süre belirlenmemişse bu durumda TBK Md.

Hasan; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**”, yetkin yayıncılık, Ankara 2015, s. 415; **AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan**; “**Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**”, adalet yayınevi, Ankara, 2017, s. 779; **KARAHASAN Mustafa Reşit**; “**İnşaat-İmar-İhale Hukuku**”, beta yayıncılık, İstanbul 1997. s. 391.

²⁹² **KURT Leyla Müjde**; “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü” Ankara, 2012 s. 69; **GÖKYAYLA Emre**; “Eser Sözleşmesinde Ek İş ve Sözleşme Değişikliği” İstanbul, 2009 s.192.

²⁹³ **ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre**; “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” Ankara, 2013 s.515; **KURT**, s.91, **ŞAHİN Turan**; “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdü”. seçkin yayın evi, Ankara 2012 s.74; **KIRMIZI Mustafa**; “Açıklamalı – İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” s. 476: “Arsanın yükleniciye tesliminden 30 ay sonra inşaatın teslim edileceğinin kararlaştırılması, belli bir sürenin dolması ile teslim borcunun muaccel olacağı anlamına gelmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan süre dolmaksızın teslim borcunun ifası talep edilemez”.

²⁹⁴ **SARIALAN Gökçe Fatma**; “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdü” Yüksek lisans tezi, İstanbul, 2017.

²⁹⁵ “...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre, binanın 01.03.2008 tarihinde arsa sahiplerine teslimi gerektiği, genel iskan izni alınmadan hukuki teslimden söz edilemeyeceği, davacı tarafın kira kaybı olarak ancak fiilen kullanım tarihi olan elektrik aboneliklerinin alındığı tarihe kadar talepte bulunulabileceği, 4 bağımsız bölümdeki eksik imalat bedelinin toplam 350,00 TL olduğu ...” (**YARGITAY Kararı – 23.H.D., E.2012/3416 K.2012/5469 T.26.09.2012**)

²⁹⁶ **TANDOĞAN Haluk**; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**”, İstanbul, vedat yayıncılık, 2010, s. 124; **ERMAN Hasan**; “**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**”, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s. 33; **BÜYÜKYAY Yusuf**; “**Eser Sözleşmesi**”, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.68.

90 uyarınca, genel kural uygulama alanı bulur. Taraflar, işe başlayacağı zamanı sözleşmelerinde açıkça belirleyebilirler ve iş sahibinin gerekli şartı sağlamaması durumunda işe başlama süresi işlemeyecektir²⁹⁷. Şayet koşul, sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşirse bu halde süre sözleşmenin imzalanması ile başlayacaktır.

Süreyi belirleme hakkı olan tarafın bu süreyi dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanmaması gerekir. Burada doğabilecek muhtemel uyuşmazlığın önüne geçebilmek için işin süresi ve işin programını, realist bir şekilde planlamak olası uyuşmazlıkların önüne geçmek için idealdir. Yükleniciye, işin bitirilmesi için en uygun süre verilmelidir. İşin tamamlanılması için makul süre beklenilmelidir. Yüklenicinin işi zamanında bitirmemesi nedeni ile iş sahibine ödediği tazminatın amacı iş sahibinin gereği gibi sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararların yararı kapsamında denk getirilmesidir²⁹⁸. Tarafların sözleşmede belirledikleri gecikme tazminatı işin teslim gününün geçmesi ile, işlemeye başlar²⁹⁹. Yüklenici, işi sözleşmede planlanan süre içerisinde bitiremezse, işin bitimi için planlanan zamandan itibaren işlerin tümü veya tamamlanan kısmı için yapılacak geçici kabulün düzenlendiği tarih arasındaki süre için, teklifte kararlaştırılan tazminat tutarını teklifin ekinde belirlenen orana tabi olmak şartı ile iş sahibine ödemekle sorumludur. İş sahibi tazminatı müteahhidin doğması muhtemel hakedişlerinden kesebilecektir. Müteahhidin tazminat sorumluluğundan bertaraf edilebilmesi için gecikmenin esas nedeninin gerekliliğini kanıtlaması gerekir. Gecikme nedeni ile iş sahibine ödenecek tazminat iş sahibinin gecikme nedeni ile yaşadığı zararları tazmine yöneliktir.

Yüklenicinin iş süresine kararlaştırıldığı şekilde uymaması nedeni ile iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye ve müteahhidin işe sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde başlaması yükümlülüğü FIDIC Kırmızı Kitap 8.1. Md. incelenerek düzenlenilmiştir. Bu madde uyarınca; mühendis müteahhite en geç yedi gün önceden işe başlama tarihini bildirmelidir ve müteahhit kabul mektubunun alınmasının takibinde 42 gün içinde işe başlayacaktır. Sürelere uyulmaması halinde, tazminat hakkı doğacağı için işe başlama zamanının tespit edilmesi önemlidir. Burada uyuşmazlığın doğmaması için, müteahhitin süreçleri tamamlanacağı zamana ilişkin

²⁹⁷ AKINCI, *İnşaat*, s.83.

²⁹⁸ EKŞİ Nuray; “*Milletlerarası Ticaret Hukuku*” Beta yayıncılık, 4. Baskı, 2020, syf.175.

²⁹⁹ SÖZEN Zeynep; “*Fidic Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi*”, Legal yayıncılık, İstanbul, 2015, s.109.

projenin iş programını sunmalıdır. Müteahhitin projenin başladığı tarihten itibaren 28 gün içinde iş programını inşaat mühendisine bildirmesi gerekir. Mühendis planlamayı inceledikten sonra kabul edip etmediğini bildirecektir. Burada müteahhidin bir diğer önemli görevi, iş programında uzamaya neden olabilecek durumları tespit ederek inşaat mühendisine bildirilmesidir. İşin yavaşlamamasına ilişkin kararı mühendis verebilecektir ve işin programa uygun şekilde yürütülmediği hallerde iş sahibinin sözleşmeyi feshetme yetkisi olacaktır.

İş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan diğer hakları; ani edimli borç ilişkilerindeki eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek yanlı işleme olan “sözleşmeden dönme”³⁰⁰ gibi hakları mevcuttur. İşe başlama tarihinin sözleşmede açıkça tespit edildiği durumlarda, bu tarihte iş görme faaliyetlerine başlanılmamışsa (eseri hazırlama faaliyetlerine hiç başlamamışsa), iş sahibi TBK. Md. 358 gereği sözleşmeden dönebilecektir³⁰¹. İş sahibinin tazminat talep etmesinin yanında başka hakları da vardır. Ayrıca sözleşmenin sona ermesi ile doğacak başkaca haklarda vardır. Bunlar; iş sahibinin müteahhiden şantiyeden çıkmasını talep etme hakkı, tüm bilgi ve belgelerin yüklenici tarafından mühendise teslimi, iş sahibinin tamamlanmayan işi kendisinin tamamlaması veya bir başka yükleniciye devretmesi, işin tamamlanması için masrafları yükleniciden talep etmesi gibi hakları mevcuttur.

Türk hukuk sistemimizde işin süresi ve gecikme; eser sözleşmelerinde işin sözleşmeye uygunluğu ve süresinde tamamlanması önemli bir kriterdir. Taraflar inşaatın teslim süresini aralarında akdettikleri sözleşme ile kararlaştırabilirler ve sözleşmelerde yüklenici tarafın esas borcu, iş süresinde tamamlamaktır. Proje aşamasında İnşaatın teslim süresinde tamamlanmasının mümkün olmayacağı gelişmeler yaşanabilir. Bu hallerde süre uzatımına hak kazanılıp kazanılmadığı çeşitli kriterlere göre belirlenecektir.

İşin bitirilme süresi, işin yapılması kadar önemli bir husustur. İşin zamanında bitirilmesi, projelerde finans kurumlarından alınan kredilerin de geri ödenmesi bakımından önemli bir

³⁰⁰ ÖZ M. Turgut: “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte)”, İstanbul, 1989 (Eser Sözleşmeleri), s.26.

³⁰¹ BÜHLER Theodor: “”, Das Obligationsrecht, Band V 2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR. Zürich 1998 **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.** S.15; ERGEZEN Muaz: “İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı”, Ankara, 2000, s.61; ALTAŞ Hüseyin; “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı” Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.100; Öz, *Eser Sözleşmesi*, s. 56.

husus olup, projenin gelir getirmesinin gecikmesi halinde kredi borçlarının ödenmesi zorlaşacaktır³⁰². Yüklenicinin ek süre kazanması durumunda inşaat süresi uzayacak ve teslim borcunun muacceliyet tarihi ertelenecektir³⁰³. Bu durum gecikmeye ve borçların ödenmesinin güçleşmesine sebebiyet verecektir. Yüklenici, yalnızca sözleşme süresi başladıktan sonra ek süre talep edebilir. Öncesinde yalnızca erteleme talebinde bulunabilir.

Sözleşmenin tarafları, işin süresini sözleşme serbestisi kapsamında diledikleri gibi kararlaştırabilecekleri gibi, işin süresinde değişiklikte yapabileceklerdir. Şayet ek süre talebinde bulunurlarsa, bu halde gecikmeden yüklenici sorumlu olmayabilir. İşin çeşitli bölümleri için birden fazla teslim tarihi belirlenebilir. Bu durumda kısmen teslim söz konusu olur. Bu gibi kısmi teslim tarihlerinin belirlenmesi hali, işin bitirilmesinin tamamlanmasını beklemeden biten kısımların kullanıma açılması için tercih edilir. Kısmen teslim durumunda kısmi kısımda gecikme olduğu zaman, o kısım üzerinden cezai şart talebinde bulunulması mümkündür. Yüklenici tüm bu hallerde, gecikmeye karşı sorumluluğunu ispatlamalıdır. Şayet gecikmeden sorumluluğu yok ise, sorumluluktan kurtulabilir, aksi durumda gecikmeden yüklenici sorumlu tutulur³⁰⁴. Gecikme durumunda iş sahibi; cezai şart isteme hakkı, işin hızlandırılmasını isteme hakkı, aynen ifa ve olumsuz zararın tazmini hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. Şayet eseri teslim borcu, yüklenicinin kusuru olmadan objektif olarak imkansız bir halde ise burada yüklenicinin sorumluluğu olmayacaktır. Bu durumda TBK Md.136 uyarınca; teslim borcu sona ererek taraflar arasındaki ilişki sonlandırılacaktır. Buna karşılık imkansızlık hali şayet yüklenici kusurundan kaynaklanmışsa, yüklenici bu durumda TBK Md.112 uyarınca; tazminatla yükümlü olacaktır.

FIDIC sözleşmeleri kapsamında gecikme durumunda ise; inşaat projelerinde sıklıkla kullanılan FIDIC şartnamesi ile akdedilen projelerde gecikmelere ilişkin maddeler yer almaktadır. Yükleniciye ihaleyi kazanmasının bildirilmesinden itibaren 42 gün içinde işe başlama süresi verilir. Yüklenicinin işe başlama süresi 7 günden az olamaz ve başlama bildirimi verilmezse sözleşmenin kurulmasını takip eden 42. Gün işe başlama tarihi

³⁰² AKINCI, *İnşaat*, s.83.

³⁰³ AYDEMİR Efrail; “Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku” Seçkin yayıncılık, 2016, s.243.

³⁰⁴ TANDOĞAN; s.130.

sayılacaktır³⁰⁵. FIDIC kuralları Md. 8.2. uyarınca; işin tamamlanma süresi düzenlenilmiştir. Burada belirtilen süre içinde iş bitirilmek zorundadır. Burada mühendisin alacağı bir karar işin sahibi olan taraf için de yüklenici taraf için de bağlayıcı olup, her iki taraf ta uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma³⁰⁶ hakkına sahiptirler.

Uygulamada tereddüte yer vermemek adına projenin başlama ve bitiş günü belirli bir tarih olacaktır. FIDIC kurallarında işin bitmesi ve geçici kabulün belgesi verilmesi gereken kabul testlerinin yapılması anlamındadır. Doğabilecek olası uyuşmazlıkların önlenmesi için, gecikme cezası uygulanması söz konusu olacaktır. Burada cezai şart, yüklenicinin işi sözleşmede belirlenen sürede tamamlayamaması halinde uygulanacaktır. İş sahibi gecikmeden doğan zararını kanıtlaması halinde genel hükümler uyarınca cezai şart talebinde bulunabilir. İşin ilerleme süresi, yüklenicinin işi süresi içinde bitirmesine olanak vermeyecek şekilde yavaş veya geride kalmışsa yüklenici firmadan yeni bir iş programı talep edilebilir. Yüklenicinin hazırlayacağı bu yeni programın, işin zamanında bitirilmesi için nasıl önlemler aldığını göstermesi gerekir. İşin zamanında bitirilmesi için gereken iş maliyetlerinden yüklenici sorumlu olacaktır. Burada önemli husus, yeni programdan dolayı oluşan masraflar iş sahibinin maliyetini arttırıyorsa iş sahibi bu masrafları FIDIC Md. 2.5. Uyarınca, yükleniciden talep edebilecektir.

İnşaat projelerindeki geç teslim iddiaları tahkime sevk edildiğinde, taraflar geç teslim iddialarını kanıtlamak için tahkim yargılaması esnasında bilirkişi ve uzman görüşüne ihtiyaç duyarlar. Tarafların bu gecikme iddialarının uzmanlar tarafından tahkim mahkemesini etkisi altına almak için çeşitli gecikme analizi yöntemleri benimsendiği uygulamada görülmektedir. Taraflar aralarında akdettikleri sözleşmede çoğunlukla inşaat uzmanı bilirkişisi atarlar ve inşaat uyuşmazlıkları tahkiminde genellikle tarafların önceden seçmiş oldukları bilirkişi inşaat alanında uzman olur.

Geç teslimden doğan zararların hesaplanmasında en kritik faktör, yaşanan gecikmeler için sorumluluğun atanmasıdır. Yüklenici kaynaklı gecikme durumunda, çoğu standart form inşaat sözleşmesi, işverene özel zarar çözümü olarak tasfiye edilmiş zararlar için hükümler

³⁰⁵ AKINCI, *İnşaat*, s.106.

³⁰⁶ KÖKSAL Tuncay; “Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.14.

içerir. Tasfiye edilmiş zararlar, proje gecikirse yaşanması muhtemel kaybın gerçek bir ön tahminidir. Tasfiye edilmiş zararlar uluslararası hukukta genellikle sözleşme fiyatının bir yüzdesi olup genellikle %10 ile sınırlandırılır. Gecikmeden doğan zararın İlk Derece Mahkemesinde görülmesi durumunda örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan gecikme davasına konu edildiği durumda yargılama yıllarca sürebilmektedir. Kesinleşmeden icra edilemeyecek olan konuya tabi bu uyuşmazlıklar İlk Derece Mahkemesi, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'dan dönüşü beklenirken tarafların gecikmeden doğan zararları daha da artmaktadır. Asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu bir uyuşmazlık örneği³⁰⁷; bazı Orta Doğu bölgelerinde ise, kanun bir mahkemenin sözleşmede öngörülen tasfiye edilmiş zararlara ek olarak işverene genel zararlar vermesine de izin verebilir. Geç teslim nedeni ile meydana gelen uyuşmazlığın sözleşmede gecikme halinde tarafların “cezai şart” koşulu öngörmesi muhtemeldir. Uygulamada, taraflar proje sahibinin veya yüklenicinin gecikme halini proje temsilcine bildirilen gecikme ile süre uzatımı veya ek ödeme yapılmasının reddi halinde bu gecikme iddialarının tahkime götürülmesi çözüm sağlayacaktır. Cezai şart ile sözleşmenin feshi tahkime konu edilmeye elverişli bir konu olup tahkim ile çözümü sağlanabilirse, taraflar açısından özellikle de süre bakımından çok avantajlı olacaktır.

İnşaat uyuşmazlıklarında taraflar, proje temsilcisinin gecikme durumunu bildirmesi üzerine gecikme iddialarını tahkime götürdüklerinde inşaat tahkiminde gecikme analizi yapılırken,

³⁰⁷ **YARGITAY 23. H.D. 2015/7535 E. – 2015/8560 K.** Sayılı İlamında ;”Davacı yüklenicivekili, taraflar arasında düzenlenen 02.04.1998 tarihli düzenleme şeklinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahiplerine 5 villa verilmesi gerektiğini, çekilen kura sonucu davalıya 454 ada 1 parsel no 8/1, 8/2 ve 13/2 no'lu villanın 1/2'si olmak üzere 2,5 taşınmazın düştüğünü, yine 27.12.2002 tarihli düzenleme şeklinde ek sözleşme ile de bir ay içinde arsa sahiplerince belirlenecek iki adet villanın anahtar teslimi oturulacak hale getirileceği, diğer üç villanın ise 2003 yılı temmuz ayı sonunda tamamlanarak teslim edileceği, aksi halde her villa için aylık 150 Euro tazminat ve kira bedelinin arsa sahiplerine ödeneceğinin kararlaştırıldığını, arsa sahiplerine ait villaların iki tanesinin 27.01.2003 tarihinde, kalan üç tanesinin de 2003 temmuz ayında teslim edildiğini, buna rağmen davalının ek sözleşmedeki cezai şarta dayanarak ...”..... İcra Müdürlüğünün 2005/2475 Esas sayılı dosyasında 5.250 Euro karşılığı 8.505,00 TL, 2005/2476 esas sayılı dosyasında 6.525 Euro karşılığı 10.571,00 TL olmak üzere toplam 11.775 Euro karşılığı 17.096,00 TL'lik icra takibi başlattığını, ödeme emrine itiraz edilemediğinden takibin kesinleştiğini, davalıya borcu bulunmadığını ileri sürerek, her iki icra dosyası nedeniyle davalıya borçlu olunmadığının tespitine, yargılama sırasında ödeme yapılması halinde geri alma davası olarak devamına, ödenen miktarların yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece bozma ilamına uyularak ... 08.07.2008 tarihinde yapı kullanma izin belgesi alınmadan önce eksiksiz ve ayıpsız teslimin gerçekleştiğinin davacı yanca kanıtlanamadığı, 1 tam daire yönünden 5 yıl 5 ay 11 gün gecikme, 1 tam, 1/2 paylı daire için 5 yıl gecikmenin söz konusu olduğu, 1 tam daire için 9.000 Euro, diğer 1 tam ve 1/2 paylı daire için 9.805 Euro 'nun davalı yanca talep edilebileceği, bu hali ile davacının davalıya borçlu olduğu gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir. “

tahkim kurulunun bir uzman görüşünü onaylamadan önce dikkate aldığı hususlar vardır. Tahkim yargılamasında yüklenici, gecikme iddialarını desteklemek için bir uzman davet eder. Uzman tarafların öncesinde sözleşmelerinde belirleyebileceği bir kriter olup, genellikle inşaat mühendisidir. Uzman gecikmeyi tespit için inşaat hukuku derneği gecikme protokolü (2017) tarafından önerilen analiz yöntemlerinden yararlanır. Bu yöntemler; zaman etki analizi, zaman dilimi pencereleri analizi, planlandığı gibi ve yapıldığı gibi pencereler analizi, etkilenen planlandığı gibi analiz, geriye dönük en uzun yol analizidir. Uzmanların inceleyeceği hususlar çalışmaları geciktiren olayın tespiti, gecikme durumunun diğer işlerin veya projenin tamamlanmasını engellediği ve programın geciktirici olayın sonuçlarına uyum sağlayacak şekilde makul olarak değiştirilip değiştirilemeyeceğinin tespiti, zaman kazanmak için kesintileri dolduracak başka çalışmaların yapıp yapılmadığı irdelenmelidir.

4.8.3 İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme

İnşaat sözleşmeleri hazırlanırken taraflar her ne kadar işin süresini istedikleri gibi kararlaştırabilse de işin süresinde tamamlanmama riskine karşılık bu sürede taraflar karşılıklı olarak değişikliğe gidebilir. Ancak tarafların uyuşmamaları durumunda projenin tamamlanması veya zarara düşen taraf için seçimlik haklar mevcuttur. Her halükarda işin tamamlanması için makul süre gerekir. Bu gibi durumlarda tarafların farazi iradelerine göre ifa zamanının belirlenmesinde, tecrübeli bir yüklenici tarafından işe zamanında başlayarak araç, gereç ve iş gücü kullanarak eseri meydana getirmede ihtiyaç duyacağı süre hesaba katılarak işin süresi belirlenebilecektir³⁰⁸. Geçerli bir sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeyi, tek taraflı bildiriyle geriye etkili olarak sona erdirmeye hakkına, sözleşmeden dönme hakkı denir³⁰⁹. İşe başlamamada gecikme durumunda zamanında yüklenici esaslı borçlarından birini ifa etmemiş olacaktır. Sözleşmeden dönme hakkı, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, tek taraflı irade beyanı ile kullanılan, varması gerekli, şekle bağlı olmayan, yenilik doğuran bir haktır³¹⁰. Yüklenici gecikmeden

³⁰⁸ ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s.517.

³⁰⁹ OĞUZMAN Kemal/ÖZ M. Turgut; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 381; GÜLEÇ Şafak; “**Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Hâller Nedeniyle Feshi**”, Ankara, 2009, s. 106.

³¹⁰ BUZ Vedat; “**Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**”, yetkin yayıncılık, Ankara, 1998, s. 65; ÖZ, *Dönme*, s. 31; EREN; *Borçlar Genel*, s. 1212; ERGEZEN Muaz; “**İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**”, Ankara, 2007, s.51; GÜLEÇ, *Eser sözleşmesi*, s. 106.

dolayı sorumluluğunun bulunup bulunmadığını kanıtlayarak, bu duruma göre ek süre talebinde bulunabilir. Burada objektif olarak işe başlama durumunun imkansız hale gelmemesi koşulu aranır. Bu durumda doğan zararlardan da yüklenici sorumludur. İşveren işe zamanında başlama veya cezai şart talebinde bulunarak sözleşmeyi tasfiye edebilir.

Kamu kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıklarda uygulanacak kurallarda dikkat edilmesi gereken hususlardan biri ise; eksik ifa konusunun, ayıplı ifadan farklıdır. Şöyle ki, burdaki eksiklik kavramı işin vasatlığı değil hiç yapılmayan işi kapsar.TBK Md. 96 uyarınca; borçlunun kusurlu ifa imkansızlığından veya borcunu gerektiği gibi ifa etmemesinden kaynaklanan tazminat hakkıdır. İş sahibi tamamlanmamış bir eseri teslim almak zaruriyetinde değildir. İstisna da olsa tamamlanmamış eserin teslim edildiği kabul edilebilir. Burada karıştırılmaması gereken husus; eksik kalan işin, toplam işe oranı düşük kalıyor ise, yahut eksik iş niteliği gereği işten beklenen menfaat te önemli bir engel oluşmuyorsa bu durumda eksik kalan kısmın önemsiz olduğuna kanaat getirilir³¹¹. Ayrıca Yargıtay’ın bitmiş inşaatlara ilişkin de sözleşmeden dönme ileriye etkili fesih sayan görüşü mevcuttur³¹².

Tahkim yargılaması özelinde bu durum, sözleşmeden dönme hakkı doğuran ve sözleşmeye aykırılığı iddia edilen hususların tahkim yargılaması yöntemleri çerçevesinde pratik bir şekilde ve bir borçlar hukuku uzmanı hakeminin seçilerek mutlaka sözleşme hükümleri irdelenmelidir. Sözleşmeden dönme hali olup olmadığı tespit edilmelidir. Sözleşmeden dönme hakkının ilk ve temel işlevi, bu durumda edim ve karşı edim arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile bozulan fonksiyonel bağlılığı ve dengeyi korumak olduğundan bu yaklaşım ile tahkimde yargılama görülmelidir³¹³. Sözleşmeden dönme hakkı tanınan hallerin tespitinin tahkime konu olabilmesi için, uyuşmazlık konusu sözleşmede bir tahkim şartına yer verilmesi veya

³¹¹ **AKINCI**, *İnşaat*, s.240.

³¹² Yargıtay 15. H.D., 2018/491 E. – 2018/4788 K. Sayılı, 03.12.2018 tarihli ilamında ; “... hükme esas alınan bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak kaçırılan fırsat esasına göre menfi zarar hesaplatılması yoluna gidilip,bilirkişilerin Yargıtay ilamında belirtilen yöntemle göre hesaplama yapmaktan kaçınmaları ya da alınan raporun yeterli görülmemesi halindeve bu aşamadan sonra yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ve bilirkişi incelemesi için mevcut gider avansının yeterli olmaması durumunda 6100 sayılı HMK. Madde 324 Uyarınca delil avansını yatırmaması, yatırmaması halinde bu delilin toplanmasından vazgeçmiş sayılacağı da ispat kğlfeti kendisine düşen davacıya ihtar edilerek yatırılması için kesin süre verilip yatırılmaması halinde diğer delillerin de iddiayı kanıtlar nitelikte olmaması halinde davanın şimdiki gibi reddine karar verilmesi gerekirken...” emsal hükmü yer alır.

³¹³ **SEROZAN** Rona; “Sözleşmeden Dönme”, 2. Baskı, İstanbul, s. 40; **BUZ**, Sözleşmeden Dönme, s. 66; **ERGEZEN**, s. 51.

tarafların aralarında usulüne uygun bir tahkim anlaşması akdetmesi şartı aranır. Bu durumda diğer faktörlerde; sözleşmenin içeriği ve yetkili kılınan hukuktur. Sonuç olarak, tahkimde sözleşmeden dönme hakkının ele alınıp alınamayacağı, yukarıda belirtilen faktörlerin analizine ve taraflar arasındaki anlaşmanın içeriğine bağlıdır. Taraflar, anlaşmazlık durumunda tahkim yoluna başvurmayı tercih ederlerse, bu hakemler tarafından değerlendirilebilir.

4.8.4 Yüklenicinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi

Yüklenicinin ifa zamanında borçlu temerrüdüne düşmesine ilişkin mevzuatta inşaat sözleşmelerine ilişkin uygulanacak hükümlerde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda TBK Genel Hükümler “borçlu temerrüdü kuralları” uygulanır. İnşaatın tamamlanma tarihi olan vade şayet ana sözleşmede belirlenmişse bu durumda salt bu tarihin gelmesi ile birlikte yüklenicinin borcu muaccel olacaktır³¹⁴. Şayet sözleşmede vade belirlenmemiş ise bu durumda borcun derhal ifası talep edilebilir³¹⁵. Muaccel ve ifası mümkün olan bir borcun, borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak ifa zamanında yerine getirilmemesine borçlu temerrüdü denir³¹⁶. Sözleşme akdedildikten sonra inşaatın tamamlanması için gerekli sürenin geçmesi üzerine ifa istenebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ifa için belirli bir süre saptanmışsa temerrüt ihtarının da bu sürenin sonunda yapılması gerektiğidir. Bu durumun istisnası ifa engelleridir. Haklı sebep sayılabilen haller durumunda bunların gecikmeye yol açacak olması gerekmektedir. Bu konuda mevzuat çerçevesinde çeşitli görüşler olup, Yargıtay kararındaki görüşlere göre gerekçe direkt “haklı sebep” kavramının kendisine ait olduğuna ilişkindir³¹⁷. Yargıtay’ın direkt olarak haklı sebep

³¹⁴ ÖZ, s.163.

³¹⁵ TBK. MD.90; “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”.

³¹⁶ KILIÇOĞLU Ahmet M.,” **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 10. Bası, Ankara, 2008. s.505; OĞUZMAN/ÖZ, s. 295; ŞENYÜZ Doğan; “**Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**”, Bursa, 2006, s.113; AYAN Mehmet; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 5. Bası, Konya, 2007, s.285; HAVUTÇU Ayşe; “**Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**”, İzmir, 1995, s. 23; KOÇ Nevzat; “**İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**”, Ankara, 1992, s.5; İNAN Ali Naim; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, İkinci Kitap, Ankara, 1973, s.605; ÖNEN Turgut; “**Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**”, Ankara, 1975, s.37; ÖZDEMİR Atalay; “**Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi**”, Ankara, 2004, s.11; BUZ, *Sözleşmeden Dönme*, s. 100; AKKANAT Halil; “**İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 4.

³¹⁷ YARGITAY 13. HD. 2016/16468 E. -2017/5173 K. Sayılı karar ; “....Bu durumda Mahkemece yapılacak iş, konusunda uzman bilirkişiler ile mahallinde keşif yapılarak , işin büyüklüğü de dikkate

olarak adlandırmadığı fesih hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin uygun bir süre verilerek temerrüde düşürülmesinin zorunlu hal saydığı durumlar da bulunmaktadır.³¹⁸ Tahkim özelinde bu durum, sözleşmeden dönme hakkı doğuran ve sözleşmeye aykırılığı iddia edilen hususların tahkim yargılaması yöntemleri çerçevesinde Pratik bir şekilde ve bir borçlar hukuku uzmanı hakemin seçilerek mutlaka sözleşme hükümleri irdelenmelidir. Sözleşmeden dönme hakkının ilk ve temel işlevi, bu durumda edim ve karşı edim arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile bozulan fonksiyonel bağıllığı ve dengeyi korumak olduğundan bu yaklaşım ile tahkimde görülmelidir³¹⁹. Yüklenicinin borçlu temerrüdü gibi uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi, taraflar için genellikle hızlı ve etkili bir çözüm sunar. Ayrıca hakemlerin inşaat sektöründeki uzmanlığı, teknik detayların ve sözleşme hükümlerinin doğru değerlendirilmesine olanak tanır. Ancak, tahkim anlaşmasının varlığı, tahkim sürecinin nasıl işleyeceği ve yerel yasal düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olmak önemlidir. Bu durumda karar, yüklenicinin temerrüdünü doğrulayan ve işverenin taleplerini haklı bulan bir karar olabilir. Örneğin, yüklenicinin tazminat ödemesi ve eksik işlerin tamamlanması için ek süre verilmesi kararlaştırılabilir. Her ihtimalde uyuşmazlığın tahkim ile çözülebilmesi durumu tarafların avantajına olacaktır.

4.8.5 İnşaatın Ayıplı Olacağının Önceden Anlaşılması

İşin zamanında bitmesinin güç olması halinin anlaşılması durumunda iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı tanınır³²⁰. İş sahibinin bu durumda başkaca hakları da vardır.

alınarak yüklenici tarafından yüklenici tarafından derhal işle başlanmış olmak suretiyle (mücbir ve hali sebepler hariç tutularak) davaya konu...inşaat ruhsatının ne kadar sürede alınabileceğinin, bundan sonra ne kadar sürede (makul süre) inşaatın tamamlanarak (deprem v.s. gibi mücbir ve haklı sebepler de gözetilmek suretiyle) iskan ruhsatının alınabileceğinin , emsal içtihatlar ve dosyalar da dikkate alınıp tespit edilerek, bu konuda ayrıntılı, açıklayıcı ve denetime elverişli bir rapor alınması, davacının talebinin ... değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi..”.

³¹⁸ “...Somut olaya gelince; iş sahibince, 29.06.2008 tarihinde kesin vadenin dolmasıyla yüklenici temerrüdü gerçekleşmesine karşın seçimlik hak, ifayı beklemek şeklinde olmuş, böylece sözleşme kesin vadeli olmaktan çıkmıştır. O halde, fesih hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin uygun bir süre verilerek temerrüde düşürülmesi zorunlu hale gelmiştir. Süre verilmeden 16.01.2009 tarihinde yapılan fesih yukarıda belirtilen ilkelere uygun değildir, bu bakımdan eser sahibinin sözleşmeyi fesihde haklı olduğu kabul edilemez...” (YARGITAY HGK Kararı – E. 2013/1947 – K.2014/13, T.15.01.2014)

³¹⁹ SEROZAN Rona; “Sözleşmeden Dönme”, 2. Baskı, İstanbul, s. 40; BUZ, *Sözleşmeden Dönme*, s. 66; ERGEZEN, s. 51.

³²⁰ TBK. Md. 473; “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. Meydana getirilmesi

Ancak ortaya çıkan eserdeki bu ayıplardan yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için ve arsa sahibinin de bu ayıplar karşısında kanunda kendisine tanınmış olan haklarını kullanabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

İnşaatın ayıplı olması durumunda iş sahibinin hakları; iş sahibinin tamamlanan eserde hata bulması halinde, eseri ihbar ve muayene yükümlülüklerini yerine getirmesi durumunda; sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi veya eserin düzeltilmesini talep etme hakkı vardır.³²¹ TBK Md. 359 uyarınca; iş sahibinin eseri teslim almasının takibinde, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulduğunda muayene ve kusurları varsa müteahhide bildirmeye hakkı vardır ve tamamlanan eser iş sahibinin kullanamayacağı düzeyde kusurlu ise iş sahibi eseri reddedebilir. Şayet eserdeki ayıp iş sahibinin reddini gerektirmeyecek düzeyde ağır değilse, eserin tamir hakkı vardır³²².

Eser kullanılamayacak ölçüde veya hakkaniyet gereği kabul edilemeyecek düzeyde ayıplı veyahut sözleşme hükümlerine aykırı ise, iş sahibi bu durumlarda sözleşmeden dönebilmektedir. Eğer eserdeki ayıp, dürüstlük kuralına göre kabule zorlanamayacağı kadar ayıplı değilse bu halde ücret indirimi talebi yerinde olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus; yalnızca Ayıp nedeni ile doğan zararların tazmin edilebileceğidir. Sözleşme ilişkisi nedeni ile uğranılan zararlar şeklinde genelleme yapmak doğru olmayacaktır.

Ayıptan doğan zararlarda zamanaşımını kaçırmamak gerekir. TBK Madde 478’de ayıba karşı tekeffülden kaynaklı davalara ilişkin zamanaşımı düzenlenmiştir. Buna göre; yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu nedene dayalı açılacak davalar teslim tarihinden

sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir”.

³²¹ AKINCI, *İnşaat*, s.234.

³²² YARGITAY 15. H.D.11.04.2008 tarihli 2008/657 E. – 2008/2343 K. Sayılı emsal kararı bu konuya bir örnektir. “Dava konusu olayda, Mahkeme tarafından hükme esas alınan davada aldırılan bilirkişi raporunda eserdeki ayıbın eserin reddini gerektirecek mahiyette olup olmadığı açıklanmamıştır. Bu halde, mahkemenin ek rapor olarak eksiklikleri gidermesi ve eserin reddi gerekiyorsa davalıya iadesi şartı ile, davalıya eser bedeli olarak ödenen miktarın ve ödemesinin ispat yükümlülüğü davacıda olacak şekilde, davacıya iadesine karar verilmelidir. Şayet, uyuşmazlığa tabi eserdeki ayıp reddi gerektirmeden tamir edilerek giderilebilecek durumda ise, bu halde bedelden indirilmesi gereken miktarın tespit edilerek, bu miktardan iş sahibinin sorumlu olmayacağı kanısına varılmalıdır. “hükmü yer alır.

başlayarak taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın, taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru olduğu hallerde yirmi yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar.

Yüklenici kusuru neticesinde, işin işin ayıplı yapılacağı farkedilen işlerde iş sahibi yükleniciye ayıbı gidermesi için ek süre tanıyabilir. Bu sürenin sonunda işin tamamlanmaması durumunda üçüncü bir kişiye devredilebileceğinin de yükleniciye ihtaren bildirilmesinde yarar vardır. Burada kesinlik şartı vardır. Yüklenicinin inşaatteki ayıplardan dolayı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise yapının ayıplı olmasıdır³²³.

Yüklenicinin eksik demir kullanması veya projeye aykırı iş yapacağı hususunda durumlar duyulması iş sahibine bu hakkı vermez³²⁴. İş ayıplı yapacağı kesinleşen yüklenici bu durumda kusuru olmadığını ispat edebilir ise durum değişecektir. Bu durumda, iş sahibi vadeyi bekler ve ifanın gerçekleşmesi halinde ayıba karşı tekeffülün kusura bağlı olmayan hükümlerine başvurabilir³²⁵. Şayet ispat edemezse, bu durumda iş sahibi kusurlu sayarak haklarını kullanabilecektir. Burada ihtilafın çözümü işin sahibinin yükleniciye uygun bir süre vermelidir. Kural olarak yüklenici paylara, sözleşmeyi tam ifa ve yapının teslim edilmesiyle hak kazansa da somut olayda bunun aksi öngörülmüş olabilir³²⁶. Tarafların sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sorumluluklarını sınırlandırarak ortadan kaldırılseler de ağır kusurun olduğu hallerde, sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün olmayacaktır³²⁷.

³²³ TANDOĞAN Haluk; “**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**” Vedat yayıncılık, İstanbul, 2010, s.161; ERMAN Hasan; “**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**” Der yayınları, İstanbul, 2010, s.121; BÜYÜKYAY Yusuf; “**Eser Sözleşmesi**”, Yetkin yayınları, Ankara, s.95.

³²⁴ GÜNDOĞDU Fatih.; “**Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı**” İstanbul, 2019 s.178.

³²⁵ ÖZ, s.222.

³²⁶ YARGITAY 14. HD., 23.09.2004 T., 2004/6027 E., 2004/6108 K.: “...Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde eser bedeli kural olarak, taşınmazdaki bir bölüm arsa payının yükleniciye devri suretiyle ödenir. Eser bedeli olarak yükleniciye peşin devir yapılmış olursa bile, yüklenici bu bedele eserin tesliminde hak kazanır. Zira, peşin yapılan devir bir bakıma yükleniciye yapılmış avans ödemesidir. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserin teslimi demek; binanın sözleşmesine, arsa sahibinin beklentisine, fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilerek, eserin ifa olarak arsa sahibine arz edilmesi demektir. Yüklenici veya ondan kişisel hakkını devralan üçüncü kişi, ancak edim yerine getirilmişse tescil talebinde bulunabilir. Bu bakımdan, yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak tescil istemi ile açılan bu gibi davalarda, inşaat sözleşmesinin arsa sahibi olan tarafın da davada yer alması zorunludur. Çünkü arsa sahibi taraf durumunu almadan sözleşmeden kaynaklanan haklarını savunamazlar...” (K.İ.B.).

³²⁷ AKMAN Sermet Galip; “**Sorumsuzluk Anlaşması**” Sulhi Garan matbaası, 1976, s.7.

İş sahibinin ayıp nedeni ile doğan zararlarını talep hakkı ve ayıp karşısındaki seçimlik hakları mevcuttur. Bunlar; sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesini talep hakkı, tazminat hakkı, ücretsiz onarım isteme hakkı ve TBK Md. 473/2 uyarınca iş sahibinin yapı teslim edilmeden önce onarım talep hakkıdır. Söz konusu uyuşmazlıklar tahkime elverişli olup, tahkim yargılaması yöntemleri çerçevesinde pratik bir şekilde ve bir borçlar hukuku uzmanı hakemin seçilerek mutlaka sözleşme hükümleri irdelenmelidir. Sözleşmeden dönme hakkının ilk ve temel işlevi, bu durumda, edim ve karşı edim arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile bozulan fonksiyonel bağılılığı ve dengeyi korumak olduğundan bu yaklaşım ile tahkimde yargılama görülmelidir³²⁸.

Tahkim yargılaması ile çözümüne örnek olarak; taraflar arasında 01.03.2022 tarihinde imzalanan "Konut İnşaat Sözleşmesi" çerçevesinde, GHI İnşaat Ltd. Şti. tarafından DEF İnşaat A.Ş.'ye ait bir konut kompleksi inşa edilecektir. Sözleşmeye göre işin teslim tarihi 01.09.2023'tür. omut olayda, İnşaatın %80'i tamamlandıktan sonra işveren, yapının kalitesi ile ilgili endişeler yaşamaya başlar. Özellikle, inşaatın bazı bölümlerinde ciddi yapısal sorunlar, su sızıntıları ve malzeme hataları gözlemlenir. İşveren, bu sorunları yükleniciye bildirmiş, ancak sorunlar giderilmemiştir. DEF İnşaat A.Ş., sözleşmede yer alan tahkim maddesine dayanarak 15.08.2023 tarihinde tahkim başvurusu yapar. Başvuruda, inşaatın bitmeden ayıplı olduğu ve yüklenicinin sözleşme hükümlerine uymadığı belirtilir. İşveren, ayıplı işlerin düzeltilmesini ve tazminat talebinde bulunur. Tahkim yargılamasında taraflar, her biri kendi hakemlerini seçer. İşveren, yapı denetimi ve inşaat mühendisliği konusunda deneyimli bir hakem seçerken, yüklenici de benzer niteliklere sahip bir hakem seçer. Taraflar ayrıca, ortak bir hakem seçer. Hakemler, ilk toplantıyı yaparak süreci belirler. Taraflardan gerekli belgeler, raporlar ve deliller sunmaları istenir. İşveren, inşaatı tespit edilen ayıpları gösteren uzman raporları ve fotoğraflar sunar. Yüklenici, savunmasını ve inşaatın neden ayıplı olduğuna dair karşı görüşlerini sunar. Hakemler, tarafları dinler ve delilleri değerlendirir. Duruşmalarda, ayıplı işlerin neden kaynaklandığı, sorumlulukların nasıl paylaşılması gerektiği ve çözüm önerileri ele alınır. Ayrıca, uzman tanıkların ifadeleri de dinlenir. Sonucunda; hakemler, tüm delilleri ve ifadeleri değerlendirerek bir karar verir.

³²⁸ SEROZAN Rona; "Sözleşmeden Dönme", 2. Baskı, İstanbul, s. 40; BUZ, *Sözleşmeden Dönme*, s. 66; ERGEZEN, s. 51.

Karar, yüklenicinin inşaatın kalitesiz olduğuna ve ayıplı olduğunu belirler. Ayrıca, yükleniciye eksikliklerin düzeltilmesi ve ayıplı işlerin onarılması için ek süre verilmesini, ayıplı işlerin düzeltilmesi için belirli bir süre içinde tamir edilmesini ve işverenin zararını tazmin edilmesini kararlaştırır. Tahkim kararında, yükleniciye eksikliklerin giderilmesi ve ayıplı işlerin düzeltilmesi için belirli bir süre verilir. Ayrıca, işverenin uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiği belirtilir. Yüklenici, verilen bu süre içinde gerekli düzeltmeleri yapmalıdır.

4.8.6 Eserin Tesliminin İmkansız Olması

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdün söz konusu olabilmesi için, eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin hem sözleşme kurulurken, hem de sözleşme kurulduktan sonra mümkün olması gerekir³²⁹. İnşaat projelerinde eserin tesliminin imkansız olması, belirli bir inşaat projesinin tamamlanmasının ve sözleşmede belirlenen şartlar doğrultusunda teslim edilmesinin mümkün olmaması durumudur. Bu husus genel hatları ile ifa imkansızlığı şeklinde nitelendirilebilir. Eserin tesliminin imkansız olması borca aykırılık oluşturan bir nedendir. Yargıtay'ın bu konuda çeşitli görüşleri mevcuttur³³⁰. Teknik imkansızlıklar, mücbir sebepler, maddi imkansızlar, tedarik zinciri sorunları...vb. nedenlerden kaynaklanabilir. Bu tür durumlarda, inşaat projesinin tamamlanması ve teslimi imkansız hale gelir ve taraflar arasında hukuki ve mali sorunlar ortaya çıkabilir. Sözleşme hükümlerine ve tarafların anlaşmasına bağlı olarak çeşitli çözüm yolları aranabilir, bunlar arasında sözleşmenin feshi, tazminat talebi veya alternatif çözümler üzerinde uzlaşma gibi seçenekler yer alabilir. Sözleşmenin ifasının imkansız olduğu hallere ilişkin Yargıtay'ın çeşitli görüşleri mevcuttur³³¹.

³²⁹ WERZ Jean-Claude; “**Delay in Construction Contracts**”, Freiburg 1994, S.269; GAUCH Peter; “**Werkvertrag**”, 4. Auflage, Zürich 1996. Gauch, Werkvertrag, s. 718; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut: “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 8. Bası, İstanbul, s. 295.

³³⁰ YARGITAY 15. HD. 2005/1974 E. – 2006/2012 K. Sayılı İlamında; “...İfa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkansızlık yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da subjektif imkansızlık denir. İfa imkansızlığı sözleşme yapılmadan önce varsa ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise sözleşme geçersizdir. Somut olayda mahkemece tüm bu yönler gözetilerek fesih yerine sözleşmenin geçersiz olduğunun tespitine, olumsuz zarar kapsamındaki maddi giderim isteminin reddine karar verilmesi gerekir.”

³³¹ “...Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 03.02.2011 tarihli yazısında sözleşme konusu projenin Avrupa Birliği tarafından kabul edildiği bildirilmiş, Bilim Sanayii ve Teknoloji Bakanlığı'nın 06.06.2013 tarihli

Bu durum gerçekleştiğinde inşaat sözleşmesi TBK Md. 371' e göre kendiliğinden sona erer. Sözleşmenin sona ermesi ile müteahhit inşa eseri borcundan kurtulur ve iş sahibinin bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin etmek zorunda kalmaz. İş sahibinin de eseri teslim almadığı için ücret ödeme borcu doğmaz. Ancak, inşaatın bir kısmı tamamlanmış ve müteahhit veya mirasçıları da bunu iş sahibine sunmuşlarsa, bu kısım kullanılmaya uygun ise, bu durumda iş sahibi inşaatı kabul etmeye ve bu kısmın bedelini sözleşmeye göre ödemeye mecburdur. TBK Md. 371/Buna karşın, müteahhidin ifa imkansızlığı nedeniyle iş sahibinin mteahhitten TBK Md. 371'e göre tazminat istemesi mümkün değilse, ifa imkansızlığı müteahhidin temerrüdü sırasında veya kusurlu davranışlarıyla meydana gelmişse, iş sahibi TBK Md. 102 ve Md. 96'ya göre tazminat davası amakta serbesttir ve müspet zararını isteyebilir. Bu zarar tazmini ve uyuşmazlığın zm tahkime elverişli olup, zm yolu olarak tahkim yönteminin seçilmesi avantajlı olacaktır.

4.8.7 Kamu-zel Ortaklığından Doğan Uyuşmazlıklar

Kamu-zel işbirliği projeleri ilk olarak İngiltere'de uygulanmış ve literatüre girmiştir. Bir başka tanımlama ise kamu özel ortaklığı, alt ve st yapı projelerinin uygulanabilirliği amacıyla kamu ile özel sektör projelerinin finansmanına ek olarak, işletme ve yönetimi konusunda da işbirliğinde bulunduğu proje olarak ifade edilir. Söz konusu model; "Yap – işlet – devret ", işletme devri, gelir hasılat paylaşımı, gelir ortaklığı senedi gibi yöntemlerle benzer nitelikli bir finansman modeli olduğu ve bu anlamda yeni bir uygulama olmadığı daha çok uygulama, işletme, risk ve yönetim gibi konulara yeni yaklaşımlar getirdiği

yazısında da aynı husus tekrarlanmakla birlikte bedelden sorumlu olmadıkları açıklanmıştır. Davalı Rize Ticaret ve Sanayii Odası Başkanlığı, davacıya gönderilen 16.04.2010 tarihli ihtarında projeye yaptıkları katkıları inkr edilememekle birlikte sözleşmenin ifasının imkansız olması nedeniyle sözleşmedeki bedelin belirlenemediği, ancak fesih tarihi itibariyle hizmet bedellerinin birlikte belirlenebileceği belirtilerek sözleşme feshedilmiştir. Bu haliyle davacının sözleşme konusu edimin ifası için çalışmalara başladığı, ancak Avrupa Birliği'nin yaptığı değişiklik sonucu sözleşmede kararlaştırıldığı üzere doğrudan davalıya Avrupa Birliği'nce ödeme yapılmadığı uyuşmazlık konusu değildir. Bilim Sanayii ve Teknoloji Bakanlığı'nın dosya arasında mevcut bulunan 03.02.2011 tarihli cevabi yazısında, projenin 23.11.2010 tarihinde Avrupa Birliği tarafından kabul edildiği bildirilmiş olup, davalı da gerek cevabi yazılarında gerekse fesih ihtarında davacının projeye hizmetlerinin varlığını kabul etmiştir. Bu durumda bakanlıkta bulunan ve onaylı proje üzerinde uzman bilirkişilerce yeniden inceleme yaptırılarak davacının çalışmalarının bu projeye katkısı belirlendikten sonra sözleşmeye göre hakettiği ücretin gerektiğinde mülga 818 sayılı BK'nın 42/2. maddesi de gözetilmek suretiyle belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır." (YARGITAY Kararı-15. HD., E.2014/3297 K. 2015/1841 T.15.04.2015)

söylenbilir.³³²Kamu özel işbirliği için bir başka tanım yaparsak ; kamu özel ortaklığı olarak da dilimize çevrilebilecek “public private partnership” (PPP) kavramı ABD’de 50’li yıllarda kamu ve özel sektörün birlikte finanse ettiği kamu hizmetleri için kullanılmaya başlanmış, 60 ve 70’li yıllarda artan konutlaşma ve kentsel yenileme çalışmaları ile kullanımı daha yaygınlaşmıştır³³³. Bu yöntemümüzde de sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak idari ve hukuki altyapının bu konuda revize edilmesi gerektiği doktrin kapsamında sıklıkla eleştirilmektedir. Son dönemde kamu hizmetlerinin özel kişilerce tamamlanmasıve hizmet alanlarının genişlemesi neticesinde idari sözleşmelerin konu ve niteliğinin uygulanması artmış ve hukuki rejimi genişlemiştir³³⁴.

Kamu özel ortaklığı yeniliklerin hızla uygulanması, idarelerin özel sektör becerilerinden hızla yararlanabilmesi ve daha az maliyet açısından avantajlıdır. Tahkim özelinde kamu – özel ortaklığından doğan uyuşmazlıkların çözümününün elverişliliği; Hukuk sistemimizde tahkimle ilgili ilk düzenleme 29 Haziran 1938 tarihli ve 3533 sayılı “Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun³³⁵” ile getirilmiştir. İdare Hukuku alanına giren konularda idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine işaret eden bir düzenleme yakın geçmişe kadar bulunmadığından, tahkim yoluna başvurma konusu tartışmalıdır.³³⁶Görüşlerden biri : “...hukukumuzda Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kamu

³³² GÜLEN Fikret; “Özelleştirme, “Yap-İşlet-Devret, Kamu Özel Sektör İşbirliği”, <http://www.yayed.org/id81-incelemler/ozellestirme-yap-islet-devret-kamu-ozel-sektor-isbirligi.php>, (erişim tarihi: 19.02.2024).

³³³ YESCOMBE E. R.; “Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance, Elsevier”, 2007. s. 2; BOVAIRD Tony; “Public Private Partnerships in Western Europe and the US: New Growths from old Roots”, Ed. Abby Ghobadian v.d., Private-Public Partnerships: Policy and Experience, Palgrave Macmillan, 2004, s s. 223.

³³⁴ KARASU Koray “Kamu Özel Ortaklığı”, 2011 syf. 80, GÖZÜBÜYÜK Şeref A./ TAN Turgut “İdare Hukuku “Cilt :1, Turan kitap evi, Ankara 2011, syf.552, GÖZLER Kemal “İdare Hukuku Dersleri” Ekin kitap evi, Bursa s.550.

³³⁵ 3533 sayılı Kanun 16 Temmuz 1938 tarihli ve 3961 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³³⁶ Yürütme ve idare Kanunîlik ilkesi gereğince, Anayasa ve kanunlarda öngörülmeven hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamayacağı gibi, kamusal etkinlikler de ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili kılınmış organ, makam veya görevli tarafından, yine belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle yürütülebilir. İlgili görüş için bkz; DURAN Lütfi: “Yap-İşlet-Devret”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), 1991, s.151.

kuruluşlarının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmelerde tahkim koşuluna yer verdikleri görülmektedir. Bilindiği gibi 2886 sayılı yasa uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmektedir”³³⁷ Şeklindedir.

Sonuç olarak günümüzde kamu – özel ortaklığından doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim elverişli ve aynı zamanda avantajlı bir yöntem olsa da, Kamu-özel ortaklıklarının tahkim yoluyla çözümü, ilgili ülkenin yasalarına tabidir. Örneğin, bazı ülkeler kamu hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine izin vermeyebilir. Bu tür yasal kısıtlamalar, tahkim sürecini etkileyebilir. Burada en önemli kriter hukuk seçimidir. Bir diğer önemli kriter ise uyuşmazlığın uluslararası bir niteliğe sahip olup olmadığıdır. Eğer uyuşmazlık uluslararası bir boyut taşıyorsa, ilgili uluslararası anlaşmalar ve kurallar da dikkate alınmalıdır. Örneğin, ICSID gibi uluslararası tahkim mekanizmaları, devletlerle özel sektör arasında çıkan uyuşmazlıklarda kullanılabilir.

4.8.8 Sözleşme Bedelinin Ödenmemesi

İnşaat projelerinde yüklenicinin inşaatı tamamlama borcunun karşısında iş sahibinin bedel ödeme borcu vardır. Bu borç TBK Md. 470 hükmünde düzenlenmiştir³³⁸. Para yerine, bir başka edim ile örneğin; bir malın mülkiyetinin verilmesi şeklindeki sözleşmelerin inşaat sözleşmesi olmaktan çıkıp, eser- satım karması haline gelirler ve uygulamada en çok arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu durumla karşılaşırız³³⁹. "Sözleşme Bedelinin Ödenmemesi", genellikle sözleşme şartlarına göre belirlenen ödeme koşullarına uyulmaması halini ifade eder. Bu durum, sözleşme kapsamında belirlenen çalışmaların tamamlanmasına rağmen yüklenici veya müteahhit tarafından sözleşme bedelinin tam veya kısmen ödenmemesi anlamına gelir. Uygulamada bedelin götürü bedel olarak belirlendiği durumlar da vardır. Bu durumda; yalın götürü bedel, birim fiyat veya değişken götürü bedel gibi opsiyonlar olacaktır. Buna ek olarak maliyet + kar şeklinde veya yaklaşık bedel gibi seçeneklerde mevcuttur.

³³⁷ TAN Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim”, Amme İdaresi Dergisi (AİD.), 1999, s.9.

³³⁸ TBK MD 470;” Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”.

³³⁹ ÖZ, s. 61.

Bu durum genellikle ödeme yükümlülüklerinin ihlali halinden meydana gelir. Bu durum sözleşme şartlarına göre belirlenen ödeme tarihleri ve miktarlarına uyulmaması sonucunda oluşur. Bir diğer ihlal hali sözleşme şartlarının ihlalidir. Bu durum: Tarafların sözleşme şartlarına uymaması sonucu oluşur. Örneğin, iş teslim edildiği halde ödeme yapılmaması ile meydana gelir. Sözleşme dışı ek işlerin veya değişikliklerin yapıldığı halde buna ilişkin ödemelerin yapılmaması neticesinde ise ek işlerin ödenmemesi ihlali meydana gelir. Taraflar arasında anlaşmazlık veya ihtilaf durumu sonucunda ödemelerin yapılmaması ile uyuşmazlık doğar. Tüm bu haller yüklenici veya müteahhit için önemli bir mali risk oluşturabilir. Sözleşme bedelinin ödenmemesi, genellikle sözleşme şartlarını ihlal etme durumuna bağlı olarak yasal sonuçlar doğurabilir. Özellikle taraflar arasında anlaşmazlık durumunda, sözleşme şartlarına uygun hareket etmek ve yasal haklar doğrultusunda adım atmak önemlidir. Bu gibi durumlarda taraflar genellikle sözleşme hükümlerine göre haklarını arar ve gerekirse yasal süreçlere başvurabilirler.

Bedel borcunun ifa zamanı ödenmemesi veya hiç ödenmemesinin doğuracağı hukuki sonuçlara değinmem gerekirse, bu konuda TBK eser sözleşmeleri ile ilgili net bir düzenleme yapılmamıştır. Bedel borcu şayet para borcu ise; bu durumda bu borcun ifasında hiçbir şekilde “ifadaimkansızlık” söz konusu olmayacağıdır. Bu durumda TBK Md. 117-126 “borçlu temerrüdü” hükümleri uygulama alanı bulur. Bu durumda dikkat edilecek husus; borç muaccel olmadıkça, temerrüde düşürülemeyek oluşudur. Eğer iş sahibi sözleşmeden kaynaklanan bedel borcunu vade geldiğinde ödeyemeyeceğini bildirmişse burada TBK Md.484 hükümleri uygulanır ve tazminat karşılığı fesihte bulunmuş sayılır. Yargıtay’ın içtihatlarında bu yönde kararları mevcuttur³⁴⁰.

Tahkim özelinde inceleyecek olursak, inşaat sözleşmelerinde sözleşme bedelinin ödenmemesi durumunda tahkim yolu, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için bir alternatif yöntem olarak kullanılabilir. Tahkim kararında yüklenici ifa etmekle yükümlü olduğu projeyi tamamlamış ve teslim etmişse taraflar, iddialarını desteklemek için delillerini sunarlar. Sözleşme, ödeme talepleri, iletişim kayıtları gibi belgeler önemli olabilir. İddia ispatlanarak durum tespit edilmişse, davacının uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiği

³⁴⁰ **YARGITAY 23. HD. 2013/7291 E. – 2013/8326 K.** Sayılı 25.12.2013 tarihli Yargıtay kararının görüşü de bu yöndedir.

belirtilir. Bu tespitin tahkim yargılaması ile tamamlanması uzman bilirkişiler ve süre açısından çokca avantajlı olacaktır. Ayrıca Tahkim süreçleri genellikle gizli olduğundan, tarafların bilgilerinin korunmasına dikkat edilir. Bu, ticari sırların ifşasını önleyebilir. Bu adımlar, sözleşme bedelinin ödenmemesi durumunda tahkim sürecinin nasıl işlediğini göstermektedir. Tarafların süreci etkin bir şekilde yönetmesi, uyuşmazlığın hızlı ve objektif bir şekilde çözülmesine katkı sağlar.

4.9 ÖNERİLERİMİZ

İnşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık çeşitlerinden, uyuşmazlığın doğmaması için alınabilecek hukuki önlemlerden ve alternatif çözüm yollarından bahsetmiş olduğum bu çalışmamın sonunda uygulamada kolaylık sağlayarak ihtilafların çözümünü hızlandıracaklarını düşündüğüm ihtiyaç ve önerilerim:

- a. Milletlerarası inşaat sözleşmelerinde, sözleşme taraflarının farklı devletlere mensup olması hukuk, örf ve adet yönünden aynı görüşü temin etmelerinin zorluğu karşısında milletlerarası tip bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.
- b. Ortaya çıkan hukuki ihtilafların çözülmesi amacı ile, inşaat konusunda görevlendirilmiş ihtisas mahkemelerin kurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu aşamada, “Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı” düzenlenerek, Asliye Ticaret Mahkemelerininve Asliye Hukuk Mahkemelerinin de yükünü hafifletmek açısından yararlı olacağı kesin olan “İnşaat İhtisas Mahkemeleri” kurulması bugün uygulamada çokca ihtiyaç duyulan bir eksikliktir. Nasıl ki, Deniz Ticaretinden doğan uyuşmazlıklar Denizcilik İhtisas Mahkemelerinin görev alanına giriyorsa, İnşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülmek yerine, ihtisas kararı verilerek kurulacak bu mahkemelere konu edilirse, usul ekonomisi ilkesi açısından da katkı sağlayacak bir gelişme olacaktır. Ayrıca önemle belirtmemde fayda vardır ki; ticaret mahkemelerinin görev alanı çok geniş kapsamlı olup, inşaat hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların proje aksamalarının daha sonrasında telafi edilemeyecek zararlar doğurabilme olasılığı olduğundan, idari yargılama hukukunda olduğu gibi ivedi yargılama usulüne tabi olması da yararlı olacaktır.

- c. İnşaat sözleşmelerinin eser sözleşmesi şeklinde nitelendirilmesi uygulamada hukuki açıklığa sebebiyet vermektedir. TBK genel hükümlerine tabi kılınmasından ziyade hazırlanacak bir “İnşaat ve Gayrimenkul Kanunu’na” ihtiyaç olduğu kanaatindeyim. Asliye Ticaret Mahkemelerinin görev alanı çok geniş kapsamlı olup, inşaat hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların proje aksamasının daha sonrasında telafi edilemeyecek zararlar doğurabilme olasılığı olduğundan, idari yargılama hukukunda olduğu gibi ivedi yargılama usulüne tabi olması da önerilerim arasındadır.
- d. Uluslararası karakterli inşaat projelerinde yüklenici ve işveren firmaların ihale süreçlerinde hukuka ve aralarında akdettikleri sözleşmeye aykırı bir fiilde bulunmamaları ve sözleşmelerinde hukuki boşluğa yer vermemeleri gerekir. Aksi durumda hukuka aykırı fiilde bulunmaları ve sözleşmeye aykırı davranışların varlığı halinde, taraflara sözleşme rejimi yönünden ciddi edimler yüklenmekte ve Uluslararası projelerin aksaması riskini oluşturacaktır. Tarafların tüm bu uyuşmazlığa tabi olmamak için, en başından alacağı önlemler de önem arz etmektedir. Sözleşmelerin hazırlanma süreci, hukuk seçimi gibi unsurlar mutlaka alanında uzman hukukçuların kontrolünden geçerek akdedilmeli ve hukuki açıklığa yer vermemelidir. Uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilecek metodlar araştırılmalıdır.
- e. Uluslararası iş ortaklıklarında sözleşmelerin milli hukuk sistemine başvuruyu en minimale indirgeyecek şekilde boşluk bırakılmayarak hazırlanması idealdir. Taraflar genellikle işveren olan ülke hükümetinin tabi olduğu hukuk sistemini yetkilendirilir ve devlet mahkemeleri, kendi menfaatlerini koruyan kararlar verdiği için objektif karara varılabilmesi risklidir. Uluslararası inşaat sektöründe karşılaşılan sorunlar genelde sözleşme yönetiminin başarılı şekilde yapılamamasından doğmaktadır. İhtilaflar; Projelerin öngörülen tarihte veya maliyette tamamlanamadığından da doğmaktadır. Karşılaşılan problemlerde Uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun veya uluslararası sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları kesin şekilde karara bağlayacak bir uluslararası Mahkeme söz konusu olmadığından, uluslararası sözleşmelerin maddi içeriğini ve şeklini ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yolları esasen ulusal hukuk sistemleri ve taraf iradeleri belirlemektedir.

- f. Karşılaşılan problemlerde Uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun veya uluslararası sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları kesin şekilde karara bağlayacak bir uluslararası Mahkeme söz konusu olmadığından, uluslararası sözleşmelerin maddi içeriğini ve şeklini ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yolları esasen ulusal hukuk sistemleri ve taraf iradeleri belirlemektedir. Tahkim uygulaması burada Uluslararası Mahkeme eksikliğini giderebilecek nitelikte olup, tarafların sözleşmelerinde bu uygulamaya yer vermeleri yerinde olacaktır.



5. SONUÇ

Çalışmamda esas olarak, inşaat sektöründen doğan uyuşmazlıklarda tahkim yönteminin hukuki elverişliliği üzerinde durulmuştur. Uluslararası karakterli inşaat sözleşmelerinin; teknik özellikleri, hazırlanma süreçleri, tarafların birbirleri üzerine yüklediği edimler göz önüne alınarak ihtilaf doğmaması için alınabilecek önlemler ve çözüm yolları analiz edilerek aktarılmıştır. Sözleşmelerin hazırlanma süreci, tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde uyuşmazlıkların çözümünde uygulanabilecek metodlar; Türk hukuk sistemi ve Uluslararası hukuk sistemi yönünden incelenmiştir. İhtilafların diğer alternatif metodlarla çözümü, tahkim yönteminin niçin avantajlı olduğu hukuki mekanizma çerçevesinde aktarılmıştır.

Uluslararası inşaat sektörü ülkemizde yaygın olarak görülen bir sektördür. Türk müteahhit firmaları ilk kez 1972 yılında Libya ile yurt dışına açılım hamlesinde bulunmuş ve 80'li yılların başına dek yalnızca birkaç Kuzey Afrika ve Ortadoğu ülkesinde, genellikle konut projeleri ile sınırlı olarak devam etmiştir³⁴¹. Dış finansal kaynaklara olan ihtiyaçtan veya yerel firmaların yetersiz kaldığı projeler bakımından globalde uluslararası inşaat hizmetleri artış göstermiştir. Dış müteahhitlik hizmetleri ülkemizde günden güne artmaktadır. Sektörde hizmet veren firmaların inşaat hukuku literatürüne hakim olması, uluslararası sözleşmeler hazırlanırken mutlaka standart sözleşme ve şartnameleri incelemeleri ve güncel gelişmeleri takip etmeleri gerekir. Uluslararası karakterli projelerde, yerel inşaat sektörüne oranla farklı ihtilaf çeşitleri vardır. Bu ihtilafların çözümü farklı analiz yöntemleri ile çözüme elverişlidir. Çalışmamızın esasında tahkim yöntemi ile çözümünün avantajları aktarılmıştır.

Uluslararası karakterli inşaat projelerinde yüklenici ve işveren firmaların ihale süreçlerinde hukuka ve aralarında akdettikleri sözleşmeye aykırı bir fiilde bulunmamaları ve sözleşmelerinde hukuki boşluğa yer vermemeleri gerekir. Aksi durumda hukuka aykırı fiilde bulunmaları ve sözleşmeye aykırı davranışların varlığı halinde, taraflara sözleşme rejimi yönünden ciddi edimler yüklenmekte ve Uluslararası projelerin aksaması riskini oluşturmaktadır. Tarafların hukuk seçimi yapmaları ve doğabilecek olası uyuşmazlıklara ilişkin alternatif ihtilaf çözüm metodlarına sözleşmelerinde usulüne uygun olarak yer

³⁴¹ TÖRE Nazlı; “Fidic Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri” doktora tezi, Ankara, 2010, s.247.

vermeleri ve kontrollü bir şekilde sözleşme yönetimi yapmaları gerekmektedir. Uluslararası iş ortaklıklarında sözleşmelerin milli hukuk sistemine başvuruyu en minime indirgeyecek şekilde boşluk bırakılmayarak hazırlanması idealdir. Uluslararası inşaat sektöründe karşılaşılan sorunlar genelde sözleşme yönetiminin başarılı şekilde yapılamamasından doğmaktadır. İhtilaflar; projelerin öngörülen tarihte veya maaliyette tamamlanamadığından da doğmaktadır. Karşılaşılan problemlerde Uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun veya uluslararası sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları kesin şekilde karara bağlayacak bir uluslararası Mahkeme söz konusu olmadığından, uluslararası sözleşmelerin maddi içeriğini ve şeklini ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yolları esasen ulusal hukuk sistemleri ve taraf iradeleri belirlemektedir. Taraflar genellikle işveren olan ülke hükümetinin tabi olduğu hukuk sistemini yetkilendirilir ve devlet mahkemeleri, kendi menfaatlerini koruyan kararlar verdiği için objektif karara varılabilmesi risklidir.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin farklı devletler arasında meydana gelen uyuşmazlıkları barındırması durumunda birbirinden bağımsız birden fazla hukuk sistemine tabii olacağı kesindir. Bu durumda yeknesanlığı sağlayabilmek adına hukuk seçiminin önemli olacağı gibi, uyuşmazlıkların devlet yargılamasında çözülmesi riski taraflar açısından mahkemelerinin öngörülemez, tarafsızlıktan uzak ve uzun yıllar çözülemeyen yargılama sistemlerine takılarak ticari işlerinin aksamasına, özellikle de İnşaat Sözleşmelerine konu olan projelerin başarılı bir şekilde tamamlanmasına engel teşkil etmektedir ve zamanla telafisi güç sonuçlara yol açabileceğinden taraflar; devlet yargılamasından bağımsız kararın icrasındaki kolaylık, hukuka uygunluk ve yargılama süresi olarak tarafların aleyhine dış unsurlar barındırmayarak kısa sürede karar veren, alternatif çözüm yoluna ihtiyaç duymaktadır.

İnşaat sözleşmeleri hazırlanırken tarafların seçtiği milli hukuk, eser sözleşmesine ilişkin normları uygulamaya gerek kalmadan uyuşmazlıklar tarafların serbest iradeleri ile sözleşme hükümlerince çözümlenebilecektir. Bu aşamada tarafların sözleşmelerinde alternatif çözüm yöntemlerine başvurularında yarar vardır. Uluslararası inşaat projeleri risklerle doludur ve hukuki riskleri minimum düzeye indirgeyip uyuşmazlıkların çözümünde en nihai sonuçlara ulaşan alternatif çözüm yöntemi tahkimdir. İnşaat sözleşmelerinden olası ihtilafların doğması durumunda projelerdeki gecikmeler veya işin durması gibi sebeplerden dolayı

doğan ihtilafların çözümünde direkt olarak devlet mahkemelerinde çözüme gidilmesi yargılamanın daha uzun bir sürede çözümlenmesine ve bu sürede telafisi güç zararlar doğabilme riskini arttırmaktadır. Oysa, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yönteminin uygulama alanı bulduğu hallerde hukuki riskler en minimum seviyeye indirilerek en uygun çözüm modelinin sağlanacağı kanaatindeyim. Devlet mahkemelerine alternatif bir çözüm metodu olan tahkim, esasında devlet mahkemeleri ile ilişkili bir metoddur. Hakem heyeti ile devlet mahkemelerinin karşılıklı müdahalelerinin sınırları farklıdır.

Tahkimde milli mahkemelere oranla taraf iradeleri daha baskındır. İhtilafların kısa sürede sonuca bağlanması, ticari faaliyetlerin devamlılığı ve tacirlerin kazançlarına yarar bir durumdur. Devlet mahkemelerinin bürokratik yapısı ve mahkemelerin her konuya ilişkin o konuda işinin uzmanı kişilerin vakıf olmaması nedeni ile, uyuşmazlık konularında uzman bilirkişi raporlarına ihtiyaç duyulmakta ve çoğu zaman aleyhine dava açılan taraf bu raporlara itiraz ederek birkaç defa rapor aldırarak bu da yargılamanın aylarca hatta bazı hallerde yıllarca uzamasına neden olmaktadır. Mahkemelerde sıklıkla hakimlerin değişmesi, yeni atamaların olması nedeni ile yargılama aşamasında yeni başlayan hakim davayı benimseme aşaması, yeniden baştan incelemeye alması nedeni ile yargılama yıllarca sürebilmektedir ve hukuk sistemimizde ivedilikle bu konuda bir çalışmaya gidilerek yargılama sürelerinin belirli bir süreye indirilmesi, hızlandırılması gerekmektedir. Davaların uzun sürmesi nedeni ile, dava konusu talep edilen ücretler enflasyon ağına takılarak değer kaybına uğramaktadır. İşte tüm bu nedenlerle Devlet mahkemelerine oranla tahkim yargılaması seçilmesi tarafların yararına olacaktır. Tahkime başvuran tarafların uyuşmazlığın çok kısa sürede çözümünü aldığı görülecektir. Tabi tüm bu avantajların sağlanması için, usulüne uygun bir tahkim anlaşması şarttır. Tahkim anlaşması, maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız bir klot olup, geçerliliği açısından tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuk kıstas alınır. Yetkili kılındıkları hukuka göre, taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesi geçersiz olsa dahi, tahkim sözleşmesinin geçerli olma şansı vardır.

Tahkimde, hakemler ve bilirkişiler devlet mahkemelerine oranla alanında uzmanlaşmıştır. Şöyle ki; uyuşmazlık konusuna göre, o alanda uzman hakemler seçilmektedir. Tahkimi tercih eden taraflar, bu noktada çok daha adil şekilde yargılamaya tabi olacaktır. Tahkimde gizlilik esas olduğundan tarafların ticari itibar kaybı riski de ortadan kalkacaktır. Tüm bu yönleri ile tahkimin, liberal bir yargılama usulü olduğu ve taraf ihtiyaç ve beklentilerine çok

daha uygun kararlar verebildiği söylenebilir. Ayrıca hakem kararları devlet mahkemelerinin kararlarına göre daha kolay şekilde icra edilebilir. New York Anlaşması ile BM tarafından hazırlanan yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi yapılabilmektedir ve bu anlaşmaya 150'nin üzerinde devlet taraftır. Taraf ülkelerden birinde verilen tahkim kararı diğer ülkelerde de tenfiz edilebilir. Tüm bu yönleri ile analiz edildiğinde ihtilafların üzümünde metod olarak tahkim yönteminin alınması avantajlı olacaktır.



REFERANSLAR

- AKKANAT, Halil: **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta yayınları, İstanbul, 2000.
- AKINCI, Ziya: **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 1. Baskı, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992.
- AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- AKINCI, Ziya: **Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri**, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2023. (*Milletlerarası*)
- AKMAN, Sermet Galip: **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- ALANGOYA, Yavuz: **UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul Üniversitesi, Bayrak Matbaacılık, 1990.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / YILDIRIM DEREN Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Yayınları İstanbul, 1973. (*Medeni Usul*)
- ALANGOYA, Yavuz: **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, Nadir Kitap Evi, İstanbul, 1973.
- ALPKÖKİN, Pelin: **Türk İnşaat Sektöründe Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Uygulamaları**, Karaelmas Fen ve Mühendislik Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2017, s. 674-683.
- ALTAŞ, Hüseyin: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı**, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008.
- ALTAŞ, Hüseyin: **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı** Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006.

- ARAL, Fahrettin /AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2023.
- ARAT, Ayşe: **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Seçkin yayıncılık, Ankara 2006.
- ARROYO, Diego P. Fernandez: **Arbitrator's Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?** Limits to Party Autonomy in International Arbitration, Juris, 2016.
- ARSLAN, İlyas: **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi**, 2013. S. 1-7.
- ATAMER, Yeşim / SÜZEL, BAŞ Ece / GEISINGER, Elliot: **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler**, İstanbul, Oniki Levha yayıncılık, 2019.
- AYAN, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, 5. Bası, Konya, 2007.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan; **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- AYDEMİR, Efrail: **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- AYGÜL, Musa: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
- BALCI, Muharrem: **İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- BARLAS, Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- BATTRICK, Paul / DUGGAN, Phill: **The Rainbow Suite**, The 1999 FIDIC suite.

- BAYGIN Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.
- BEAMISH, W. Paul / KILLING, J. Peter: **International Management**, Boston, Richard D. Irvin Inc., 1991.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939.
- BERGER, Klaus P.: **Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox**, Arbitration International, Vol. 34, 2018, s.477.
- BİLGE, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Batıder, Ankara 1971, S. 250-255.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: **Eser Sözleşmesinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması**, Jurix Terazî Hukuk Dergisi, 2014 S.80-87.
- BLACKABY Nigel / HUNTER Martin: **International Arbitration Student Version**, Oxford University Press - Academic, 2015.
- BLACKABY, Nigel / HUNTER, Martin/ REDFERN, Alan: **International Arbitration**, Oxford University Press, 2009.
- BORN, Garry: **The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective**, 2014.
- BORN, Garry B.: **International Commercial Arbitration**, Hollanda, Wolters Kluwer, 2014.
- BOVAIRD, Tony: **Public Private Partnerships in Western Europe and the US: New Growths from old Roots**, Ed. Abby Ghobadian v.d., Private-Public Partnerships: Policy and Experience, Palgrave Macmillan, 2004.
- BROMLEY, Conrad / HAWKINS, Terry: **Damages in Construction Arbitrations**, Global Arbitration Review, 2024.

BUCHER, Andreas: **Die neue Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz**, 1989.

BUZ, Vedat; “**Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**”, yetkin yayıncılık, Ankara, 1998.

BÜYÜKYAY, Yusuf: **Eser Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları.

CANYAŞ BAYATA, Fatma Aslı: **Uncitral Model Kanunu Temelinde Uluslararası TİCARİ Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

CANYAŞ BAYATA, Aslı: **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, Yetkin Yayıncılık, 2012.

CARBONNEU, Thomas / BLAIR, Henry / BUTLER, William: **International Litigation and Arbitration**, 2005.

CARLSTON, Kenneth S.: **Theory of the Arbitration Process**, Law and Contemporary Problems, 1952

CASHIN-RITAINE, Eleanor: **Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi, Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar**, İÜHFM, 2005CHLOSSER, Peter: **Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland**,1994.

ÇABALAR, Fırat Ali: **FIDIC Çerçevesinde Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri**, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, 2023.

ÇALIŞKAN, Yusuf: **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta Yayınları.

ÇATAKLI Onur Ahmet: **Milletlerarası Tahkim Anlaşmasında Tahkim Anlaşmasının Ayrılabilirliği ve Kompetenz – Kompetenz İlkesi**, Hacettepe Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

ÇELİKEL, Aysel: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yetkin Yayıncılık,13. Bası, 2014.

- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır B.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayınları, 2020.
- DAYINLARLI, Kemal: **UNCITRAL Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim**, Yetkin Yayıncılık, 2000.
- DAYINLARLI, Kemal: **Milli - Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- DEMİRKOL, Berk: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2014.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkım Yayıncılık, 2004. (*Uncitral*)
- DEREN -YILDIRIM, Nevhis: **Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik** Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007.
- DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Savaş Yayınevi, 2020.
- DÜR, Orhan: **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükler**", Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Ankara, Adalet Yayınları, 2018.
- EKİNALP, Gülören: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI Murat: **Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk 6325 Sayılı HUAK, 6100 Sayılı HMK, 7036 Sayılı İŞMK ve Diğer Mevzuat Kapsamında**, Nadir Kitap, İstanbul, 2018.
- EKŞİ, Nuray: **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.

- EKŞİ, Nuray: **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, Nadir Kitap, İstanbul, 2004, (Roma Konvansiyonu).
- ERCAN Tayfun / ÇABALAR Fırat Ali: **FIDIC Çerçevesinde Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2023.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020. (*Borçlar Genel*)
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020. (*Borçlar Özel*)
- EREN, Fikret: **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri**, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, Ankara, BTHAE, 2001. S.90-110.
- EREN, Fikret: **Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri İnşaat Sözleşmeleri, yönetici – işletmeci mühendis ve hukukçular için ortak seminer, Ankara (18 – 30 Mart 1996)**, 2. Baskı, Ankara, BTHAE, 2001. S.286- 297.
- EREN, Fikret: **İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 1996, Ankara, BATİDER Yayını, 2002.**
- ERGEZEN, Muaz: **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- ERKAN Mustafa: **MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, 2011, s.81-117.
- ERKAN, Mustafa: **MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, S.106-537.
- ERKUYUMCU, Müfit: **Tahkime Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme**, 1947. S.560-569.

- ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet: **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- ESEN, Emre: **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2, 2011, s. 65-114.
- ESEN, Emre: **Uluslararası Ticari Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz – Kompetenz Prensibi**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, 2011, s.355-380.
- EYUBOĞLU, Ceren: **Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği**, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 75, Sayı 3, 2017, s. 227 – 241.
- FRICK, Joachim: **Arbitration and Complex International Contracts**, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, the Hague, 2001.
- GELGEL ÖZTEKİN, Günseli: **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006.
- GIBSON, Christopher S.: **Arbitration Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defence in View of Foreign Mandatory Public Law**, 2009.
- GIRSBERGER, Daniel / VOSER, Nathalie: **International Arbitration in Switzerland**, Zurich, Schulthess, 2008.
- GİRAY, Faruk Kerem: **Milletlerarası Tahkimde Gizlilik**, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2015, s. 65-121.
- GÜLEÇ, Şafak: **Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Sebebiyle Feshi**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Cilt, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

- GÜNGÖR, Gülin: **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2007.
- GÜNGÖR, Gülin: **The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure**, Ankara Law Review, V. 5, N. 1, 2008, s. 1-21.
- GÜRPINAR, Damla: **Eser Sözleşmelerinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2006.
- GÖKYAYLA DEMİR, Cemile: **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, 2011.
- GÖLCÜKLÜ, İlyas: **Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- GÖLCÜKLÜ, İlyas: **Genel İşlem Şartlarında Tahkim İradesinin Öngörülmesi**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, (İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları / Tahkim ve Uygulanacak Hukuk), 2021.
- GÖNEN, Doruk: **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, (*İnşaat*)
- GÖTZ, Sebastian; **Uluslararası İnşaat Hukuku: FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) Hakkında Açıklamalar**, Çeviren ve Uyarlayan C. Gökhan Erbaş, Ankara, 2009.
- GRANZOW, Joachim: **Das Uncitral – Modellgesetz über die internationale Handelsgerichtsbarkeit von 1985**, München, 1988.
- HAVUTÇU, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, Nadir Kitap, İzmir, 1995.
- HENN, Harry G./ ALEXANDER, John R.: **Laws of Corporations**, West Publishing Co. Yayınevi, 1983.
- HUYSAL, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

- İNAN, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, İkinci Kitap, Ankara, 1973.
- JARVIN, Sigvard: **Multi-Party Arbitration: Indentifying the Issues**, New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1987.
- KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Yetkin Yayıncılık, 2007.
- KAPLAN, İbrahim: **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- KAPLAN, İbrahim: **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- KARACA, Akif H.: **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından Fidic Sözleşme Şartlarının ve Möhük Madde 24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1483 – 1529. (*Uluslararası İnşaat*)
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: **İnşaat-İmar-İhale Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.
- KARAYALÇIN, Yaşar: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Muhakeme Usulü**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 3, 1998, s. 3-52.
- KARAYALÇIN, Yaşar: **FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu**, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, b. 2, Ankara 1996.
- KARSLI, Abdurrahim: **Medeni Muhakeme Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- KENNEDY, Frank, M.; **EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions for EPC Turnkey Projects (The Silver Book)** (2000) 17I CLR 504, at 513 Gordon Smith dn.4; SMITH, s. 1 ve 4 vd., s. 11.
- KIRMIZI, Mustafa: **Açıklamalı – İctihath Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, s.476.

KLEINHEISTERKAMP, Jan: **The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements**, World Arbitration & Mediation Review, Vol.3, 2009, s.117.

KOCAAĞA, Köksal: **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014.

KOÇ, Nevzat: **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**, Nadir Kitap, Ankara, 1992.

KONURALP, Cengiz Serhat: **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, İÜSBE Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

KORKMAZ, Abdullah Harun, çeviren: **1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde Yapılması Teklif Edilen Değişiklikler**, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 40, Sayı 2, 2020, s. 1721-1729.

KORKUT, Ömer: **Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı**, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2007. S.102-124.

KÖKSAL, Tünay: **Yurtdışı Müteahhitlik Hizmeti Sektöründe Kullanılan Çeşitli Uluslararası İş Ortaklığı Modellerinin Hukuki Çerçevesi**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2010, s. 79-104.

KÖKSAL, Tünay: **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci**, TBB Dergisi, Cilt 0, Sayı 109, 2013, s. 409-450.

KÖŞGEROĞLU, Banu: **Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.3, 2011.

KURT, Leyla Müjde: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Seçkin Yayıncılık, (Cilt VI), İstanbul 2001 (Hukuk Muhakemeleri Usulü).

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

LEW, Julian / LOUKAS, A. Mistelis / KRÖL, Stefan: **Comparative International Commercial Arbitration Kluwer Law International**, The Hague, 2003.

LÖRCHER, Gino: **The German Arbitration Act, Journal of International Arbitration**, Vol.15,1998.

MEHDİYAVA, Aygun: **Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2021.

NOMER, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

NOMER, Ergin: **Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2000, s.566

OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ Turgut M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016

ÖNEN, Ergun: **Hakem Kararlarının Temyizi ve Hakemlerin Direnme Yetkisi**, MÜİİBFD., Prof. Dr. Halil Nadaroğlu'na Armağan, Yetkin Yayınevi,1998.

ÖNEN, Turgut: **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Nadir Kitap, Ankara, 1975.

ÖZ, M. Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte)**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989 (Eser Sözleşmeleri).

ÖZ, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.

ÖZALP, İnan: **Çok Uluslu İşletmelerin Az Gelişmiş Ülkelerdeki Joint Venture Stratejileri**, Eskişehir Anadolu Üniversitesi UBF. Dergisi, 1987. S.213- 234.

ÖZALP, İnan/ HAŞİT, Gürkan / ŞAKAR, Nurhan: **Çok Uluslu İşletmelerin Geleceğine Bir Çözüm Yolu Olarak Joint Venture'ın Analiz Edilmesi ve Tusaş A.Ş.'de Yapılan Bir Araştırma**, Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 1993. S.1-5.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: **Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması’, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

ÖZBEK, Mustafa: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yetkin Yayıncılık, 4. Basım, Ankara 2016.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: **Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK Md24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, 2010, Dergipark, s.40-44.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: **MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları**, İstanbul Barosu Dergisi, 1999. S, 20-24.

ÖZEL Sibel / ERKAN Mustafa/ PÜRSELİM Selin H./ KARACA Akif H.; **“Milletlerarası Özel Hukuk”** Oniki levha yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2024.

ÖZEL, Sibel: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008.

ÖZER, Tolga: **Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması**, TAÜHFD, 1(2), 2019, s.185-212.

ÖZKAN, Işıl: **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Nadir Kitap, Ankara 2003.

ÖZSUNAY, Ergun: **Tahkim Yargılamasında Mahremiyet**, İBD, 2004.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKEŞ, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

PORAY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin: **Ortaklıklar Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2021.

SARGIN, Fügen: **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 1996.

SARGIN, Fügen: **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Turhan Yayıncılık, 2002.

SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek: **Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, 2014.

SARISÖZEN, Serhat: **Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2005. (*hakem yargılaması*)

SAVILLE, The Rt. Hon Justice: **An Answer to some criticisms of the Arbitration, Act** 1996, 1997.

SEÇİLİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Nadir Kitap, 1. Baskı, İstanbul, 1978.

SELİÇİ, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.

SELİMOĞLU, Yaşar Engin: **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

SEROZAN, Rona: **Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi**, M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, Dergipark, İstanbul, 2000, s.45-52.

SEROZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2007.

SİRMEN, Kazım Sedat: **Avrupa Birliği Adalet Divanının Eco Swiss Kararındaki Kamu Düzeni Kavramı ve Bunun AB İçi Yatırım Anlaşması Tahkimlerindeki Etkisi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 2021, s.438 – 449.

SORGUÇ, Doğan: **Uluslararası İnşaat Disiplinler Arası Boyutu**, 1. Yapı işletmesi Kongresi, İzmir, 1996.

SÖNMEZ, İrfan / KARAKAYA, Gencay: **Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Dergi park, s.34-37.

- SÖNMEZ, İrfan: **Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:23, Sayı:1, 2015, s.215.
- SÖZEN, Zeynep: **Fidic Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi**, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015.
- STÜRNER, Michael / GÜNEŞ, Derya Belgin: **Geçici Hukuki Himaye Tedbiri Kararlarının Kesin Hüküm Gücü Üzerine**, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- SÜRAL, Ceyda: **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- ŞAHİN, Turan: **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- ŞANLI, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019. (*Uluslararası*)
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayıncılık, 2021. (*Milletlerarası*)
- ŞENYÜZ, Doğan: **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Bursa, 2006. Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme” Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 65.
- ŞEREMET, Melis: **İnşaat Sözleşmeleri ve Fidic**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, 2006, s.1549-1562.
- TAKAVUT, Doğan İbrahim: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- TAKAVUT, İbrahim Doğan: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi**, Doktora Tezi, 2020.
- TANDOĞAN, Haluk: **Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsosiyumu**, Batıder, Cilt 13, Sayı 3-4 (Eser Sözleşmesi), s. 57-89.

- TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, İkinci Cilt, Ankara, 1982.
- TANRIVER, Süha: **Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi**, MHB,1998.
- TANRIVER, Süha: **Arbuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış’ (Arbuluculuk Kurumu)**, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- TAŞKIN, Alim: **Hakem Sözleşmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- TEKİNALP Gülören / TEKİNALP Ünal: **Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı**, Ankara, Beta Yayıncılık, 1988.
- TEKİNALP, Gülören: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Kuralları**, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s.281.
- TİLE, Latif: **Türk Hukukunda Joint Venture Kavramı**, Dergipark, 2018, s.17.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Nadir Kitap, Ankara, 1996.
- TRAPPE, Johannes: **Arbitration Procedure in England and Germany: some comperative remarks**, (DRLJ, March 1997, Vol.6.
- TOPRAK, Eren: **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- TÖRE, Nazlı: **Fidic Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri**, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2011.
- ULUKAPI, Ömer: **Medeni Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Konya, 2014.
- ULUSU, Elif Ayşe.: **Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi**, Oniki levha Yayıncılık, (İstanbul Tahkim Merkezi Yayınları), 2021, s.32

- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**, Filiz Kitap evi, İstanbul, 2000.
- VLADIMIR, Pavic: **Bribery and International Commercial Arbitration-the Role of Mandatory Rules and Public Policy**, 2012.
- VOSER, Nathalie: **Mandatory Rules of Law as a Limitaion on the Law Applicable in International Commercial Arbitration**, 1996.
- WAINCYMER, Jeff: **International Commercial Arbitration and the Application of Mandatory Rules of Law**, 2009.
- WARE, Stephan; **Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration**, s.720; SMIT Hans; “Mandatory Law in Arbitration”,2007, s.159.
- YAVUZ, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016. (*Borçlar Özel*)
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta yayıncılık, 2014.
- YENİOCAK, Umut: **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- YESCOMBE, E. R.: **Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance**, Elsevier, 2007.
- YEŞİLIRMAK, Ali: **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- YILDIRIM Mehmet Kamil /ALANGOYA Yavuz / YILDIRIM Nevhis Deren: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- YILDIRIM Mehmet Kamil; **“Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu”** - Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’ e Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- YILDIRIM- DEREN, Nevhis: **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, 1. Basım, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2004.

- YILDIRIM DEREN, Nevhis: **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2004.
- YILDIRIM, Sümeyye Hilal: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- YILMAZ, İhsan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve Icsid**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004.
- ZENGİN, Burcu: **Tahkim Anlaşmasının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013. S.56-61.
- ZEVLİLİLER, Aydın: **İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat**, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ZHANG, Mo: **Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law**, Emory International Law Review, V. 20, Fall 2006.