

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN HAZIRLANMASI VE UYGULANMASI SÜRECİ

THE PREPARATION AND APPLICATION PROCESS OF INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACTS

Tunay KÖKSAL*

Özet: İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sektörünün ihtiyacı bulunmaktadır. Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirilmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

Anahtar Kelimeler: FIDIC, Sözleşme Şartları, Uyuşmazlıkların Çözümü, İşveren, Müteahhit.

Abstract: Construction Industry needs alternative dispute settlement mechanisms which are able to solve rapidly the disputes relating to especially international construction projects, even in the construction site as far as they emerge. A modern tender system shall begin with an efficient evaluation of the pre-qualification of applicants, and proceed with a tender procedure based on high quality tender documents, and carry on with the balanced conditions of contract which fairly distributes possible risks of future among the employer and the contractor.

Keywords: FIDIC, Conditions of Contract, Dispute Settlement, Employer, Contractor.

Giriş

Ülkemizde bir şahsın arsasının üzerine bir kaç dairesel apartman yaparak işe başlayan yap-satçı müteahhitler ile halen dünyanın her yerinde en son teknolojileri kullanarak mühendislik şaheseri inşaat eserlerini vücuda getiren uluslararası inşaat firmalarımız bir anlamda aynı kefeye konulmak suretiyle her ikisi de “müteahhit” adı altında değerlendirilmektedir.

¹ Dr., Uluslararası Ticaret ve İnşaat Hukuku Öğretim Üyesi

Bu makalenin konusunu, uluslararası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında dikkat edilmesi gereken hususlar, uluslararası inşaat sözleşmeleri hazırlanırken yararlanılan standart sözleşmeler ve şartnameler oluşturmaktadır.

A. Türk Hukukunda Sözleşme Kavramı, Sözleşmenin Unsurları ve Eser Sözleşmesi

Borçlar Kanunumuzun birinci maddesine göre, “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme tamam olur”. Bu hükümden yola çıkıldığında taraflar arasında bir borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde üç unsur mevcut olmalıdır. Bunlardan birincisi talep hakkına sahip bir alacaklı, ikincisi talebin gereğini ifa etmekle yükümlü olan bir borçlu ve üçüncüsü de borç ilişkisinin konusu olan edimdir.

Sözleşmenin doğumu için fiil ehliyetine (medeni hakları kullanma ehliyetine) sahip iki veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişinin, iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ve bu iradelerin birbirine uygun olması lazımdır. Diğer bir deyişle sözleşme, bir tarafın bir şeyi teklif etmesi (icapta bulunması) halinde, karşı tarafın onu kabul etmesi ile kurulur.

İnşaat sözleşmesinin bir alt türünü oluşturduğu Borçlar Kanunu’nun 355’inci maddesinde düzenlenen istisna (eser) sözleşmesi ise, öyle bir sözleşmedir ki, iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında müteahhit, iş sahibine ait bir eserin meydana getirilmesini borçlanmaktadır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, istisna akdi; “bir eserin meydana getirilmesi”, “ücret” ve “anlaşma” olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

İstisna (eser) sözleşmesinde müteahhidin borçları; işi bizzat yapma borcu, işin sadakatle ve özenle yapılması borcu, alet ve edevatı tedarik borcu, genel ihbar yükümlülüğü, işe zamanında başlamak ve devam etmek borcu, hasarı karşılamak borcu ve teslim borcu olarak sayılabilir.

İstisna (eser) sözleşmesinde iş sahibinin borçları ise; işin ücretini ödemek, malzemeyi temin etmek, malzemenin veya tamir için bırakılan şeyin kendisince bilinen ve müteahhidin göremeyeceği tehlikeli

durumları ve işe tesir edecek diğer niteliklerini bildirmek, eserin kontrolü ve eser ayıplı ise ayıbı ihbar külfeti olarak sıralanabilir.

B. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı, Özellikleri ve Unsurları

“İstisna (eser) sözleşmesinin en çok uygulanan biçimi inşaat sözleşmesi olup; yap-satçı bir müteahhidin inşaa ettiği küçük bir binanın inşaaından çok uluslu müteahhitlik firmalarının oluşturduğu konsorsiyumların üstlendiği en büyük baraj, otoyol, tünel, köprü ve gökdenlenlerin inşaaasına kadar bütün bu yapılar inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır”.¹

İstisna (eser) sözleşmesi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 355-371’inci maddeleri arasında düzenlenmişken; yürürlükteki 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanununun 470-486’ncı maddeleri arasında düzenlenmektedir.

1. İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

“Türk Hukukunda Borçlar Kanunu, inşaat sözleşmesini özel olarak ayrıca düzenlemediği için, bir tanımını da yapmamıştır. Borçlar Kanununda sadece istisna sözleşmesiyle ilgili bazı maddelerde inşaat sözleşmesinden dolayı olarak bahsedilmektedir”². Bu bağlamda Borçlar Kanununun 363/2’nci maddesinde açıkça “taşınmaz inşaat”tan söz edilmektedir

“İnşaat sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşmedir”³. “İnşaat sözleşmesi, niteliği itibarıyla bir istisna sözleşmesidir. İstisna sözleşmesi ile müteahhit bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de bunun karşılığında ona belirli bir ücret ödemeyi borçlanır”⁴. İstisna (eser) sözleşmesi, Borçlar Kanunu’nun 355-371’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

¹ Fikret EREN: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.49.

² Eren, a.g.e., s. 49.

³ Bkz. Özer SELİÇİ: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.4.

⁴ Eren, a.g.e.,s.49.

Borçlar Kanununun 355'inci maddesine göre "istisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder".

"İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ederken iş sahibi de bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir"⁵.

"İnşaat sözleşmesinin taraflarından müteahhit (yüklenici veya ısmarlanan), gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi (anonim, limited veya kollektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık) da olabilir. Hatta müteahhitlerin adi ortaklık şeklinde bir araya gelip bir inşaatı birlikte yapmaları da mümkündür. Adi ortaklık şeklinde oluşturulan bir birlikteliğin uygulamada en çok görülen türleri "joint-venture" (ortak girişim) veya "konsorsiyum" halleridir"⁶.

"İş sahibine karşı inşaatın tamamını veya bir kısmını yapmayı üstlenen kimseye "genel müteahhit" denir. İş sahibi ile genel müteahhit arasındaki sözleşme bir inşaat sözleşmesi olup; bu sözleşmeye Borçlar Kanunundaki istisna sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Genel müteahhit, sadece inşaatın yapımını üstlenir. Total müteahhit ise, inşaatın yapımı yanında plan ve proje yapımını da üstlenir. İş sahibi de gerçek veya tüzel kişi olabilir"⁷.

2. İnşaat Sözleşmesinin Özellikleri

"İnşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve sürekli sözleşme benzeri bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup; bu sözleşmede tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluştururlar"⁸.

"Müteahhit, belirli bir hizmet edimini üstlenmektedir; bu nedenle hizmet sözleşmesine benzemektedir. Ayrıca, müteahhit yaptığı eseri, iş sahibine teslim etmek zorunda olduğundan, bu özelliği de satış sözleşmesine yakındır"⁹.

⁵ Eren,a.g.e., s.50.

⁶ Eren,a.g.e.,s. 50.

⁷ Eren, a.g.e., s. 50.

⁸ Eren,a.g.e., s.51.

⁹ Eren,a.g.e., s.51.

“İnşaat sözleşmesi, ivazlı bir sözleşme olup; müteahhit, eserin inşasını ivazsız yüklenmişse, inşaat sözleşmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda ortada vekalet sözleşmesinin mi yoksa inşaat sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşmenin mi olacağı tartışmalıdır. Sorun, olayın somut özelliklerine göre çözümlenmeli ve şüphe halinde ise “isimsiz (karma) sözleşme” olduğu kabul edilmelidir”¹⁰.

“İnşaat sözleşmesi niteliği itibariyle ani edimli bir sözleşme olmakla birlikte, bazı yönlerden sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme görünümü vermektedir. Zira, uzun süreli inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçlandığı edim, sürekli edimlere benzemektedir”¹¹.

“İnşaat sözleşmesi tarafların kararlaştırdıkları hüküm ve şartları içeren “ferdi sözleşme” niteliğinde düzenlenir. Ancak, büyük inşaat işlerini konu eden inşaat sözleşmelerinde, sözleşmenin (FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi) genel işlem şartlarını içerdiği de görülmektedir”¹².

3. İnşaat Sözleşmesinin Unsurları

“İnşaat sözleşmesinin en tipik unsuru, bir inşa eseri meydana getirme unsurudur. İnşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan inşa eseri, genellikle taşınmaz eser niteliğindedir, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan “eser” ilke olarak taşınır eser niteliğindedir”¹³.

“İnsan veya hayvan gibi canlıların barınmalarına veya diğer ihtiyaçların giderilmesine, eşya gibi cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına ayrılmış, toprakla doğrudan doğruya veya dolaylı bağlantısı olan yapı eserlerine “inşaat” denilmektedir. İnşaat, maddi nitelikteki her türlü yapı eserini ifade eder”¹⁴. “Yapının az veya çok, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprak ile bağlantılı olması gerekir”¹⁵.

“İnşaat (yapı) kavramı, İmar Kanununun “Tanımlar” başlığını taşıyan 5’inci maddesinde tanımlanmıştır. Adı geçen maddeye göre “yapılar (inşaatlar), karada ve suda, sürekli veya geçici, resmi ve özel yer

¹⁰ Eren, a.g.e.,s.52.

¹¹ Eren,a.g.e., s.52.

¹² Eren,a.g.e.,s.53.

¹³ Aydın ZEVLİLER: İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara, 1982, s.136-137.

¹⁴ Eren,a.g.e., s.53

¹⁵ Eren, a.g.e.,s.54.

altı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik (hareketli) tesislerdir". Söz konusu maddeye göre "binalar, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine, ibadet etmelerine, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır."¹⁶.

"İnşaat, taşınır inşaat ve taşınmaz inşaat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Borçlar Kanununun 363'üncü maddesi, taşınmaz inşaatın bahsederken; Medeni Kanunun 654'üncü maddesi, menkul inşaatın bahsetmektedir. İnşaat sözleşmesinin konusunu ilke olarak taşınmaz inşaat oluşturur. Ancak mevcut bir inşaatla bağlantılı olmak kaydıyla taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir inşaatın bütünleyici parçası ile teferruatı da inşaat kavramına dahildir"¹⁷.

"Bir yapı eseri, sürekli olabileceği gibi, geçici de olabilir. Barakalar, kulübeler, şantiye binaları, geçici bir süre için yapılmış yapılar olup, geçici inşaat örneklerdir. Bina dışında kalan yapılara "diğer inşaat" denilmektedir"¹⁸.

"Mevcut bir yapıda yapılan ilaveler, değişiklikler, onarımlar ve düzeltmeler de inşaatdır. Hatta mevcut bir yapıyı yıkma işi de inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır"¹⁹.

"İnşaat sözleşmesinin geçerliliği, ilke olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak uygulamada taraflar büyük ve önemli inşaat sözleşmelerini yazılı ve hatta resmi şekilde yapmaktadırlar"²⁰.

"Arsa sahibi ile müteahhit arasında yapılan arsa karşılığı inşaat sözleşmesi (arsa payı karşılığında kat yapım sözleşmesi) de taşınmaz (yani bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının) mülkiyetinin geçirilmesini amaçladığından, geçerlilikleri yönünden bunların da resmi şekilde yapılması gerekir. Zira, taşınmaz arsa yapının müteahhide devir borcunu içeren sözleşmenin geçerli olması için resmi şekilde yapılması gerekir"²¹.

¹⁶ Eren, a.g.e.,s.54.

¹⁷ Eren,a.g.e.,s. 54.

¹⁸ Eren,a.g.e., s.55.

¹⁹ Eren,a.g.e., s.55.

²⁰ Eren,a.g.e., s.57.

²¹ Eren,a.g.e., s.57.

4. İnşaat Süresince İş Sahibi ile Müteahhit ve Alt Müteahhitler (Taşeronlar) Arasındaki İlişkiler

a. İş Sahibi - Müteahhit İlişkisi

“İş sahibi, inşaa eserinin meydana getirilmesi aşamasında müteahhide dolaylı veya dolaysız çeşitli talimatlar verebilir. Bu talimatlar, bizzat inşa eserinin kendisine ilişkin olabileceği gibi, bunun meydana getirilme tarzına da ilişkin olabilir. Ayrıca, iş sahibi müteahhide, inşaatla kullanılacak malzeme veya alt müteahhit hakkında da talimatlar verebilir”²².

Borçlar Kanunu’nun 356/II’nci maddesine göre, müteahhit borçlanmış olduğu inşa eserini şahsen meydana getirmekle veya kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür.

“Borçlanılan edimin müteahhit tarafından şahsen veya onun yönetimi altında başkası vasıtasıyla meydana getirilme borcu, inşaat sözleşmesinde müteahhidin kişiliğinin, kişisel yetenek ve yeterliliğinin önem taşıması fikrine dayanmaktadır”²³.

“Müteahhidin edimi şahsen veya yönetimi altında başkasına yaptıırma borcunu düzenleyen kanun hükmü, emredici nitelikte bir hüküm olmayıp; taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin, sözleşmede inşa eserinin yapımı işinin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide verilmesi öngörülebileceği gibi, işin alt müteahhide verilmesi sözleşmede tamamen veya kısmen yasaklanabilir”²⁴.

b. Müteahhit - Alt Müteahhit (Taşeron) İlişkisi

Borçlar Kanununun 356/II’nci maddesine göre, işin niteliği bakımından kişisel yeteneğin önemi yok ise, müteahhit yüklendiği inşa eserini başkası vasıtasıyla da meydana getirebilir. Bu durumda asıl müteahhit inşa eserinin tamamını veya bir kısmını alt müteahhite yaptırabilir.

²² Fikret Eren: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.63.

²³ Eren,a.g.e.,s. 64.

²⁴ Eren,a.g.e.,s.64.

“Alt müteahhitlik sözleşmesi de niteliği itibariyle bir inşaat sözleşmesidir. Asıl müteahhit bu sözleşmeyi iş sahibi adına değil, kendi nam ve hesabına yapmaktadır. Alt müteahhit de bu sözleşme ile kendi adına asıl müteahhitten bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir. Zira, alt müteahhit asıl müteahhidin bağımlı değil, bağımsız yardımcısı olup, üzerine aldığı konuda mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahiptir. Bu bağlamda, örneğin asıl müteahhidin bir inşaatın doğrama, sıva veya sıhhi tesisat işlerinin yapımını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde bu kişi alt müteahhittir”²⁵.

“Alt müteahhit, asıl müteahhidin bağımlı yardımcısı olmadığı için asıl müteahhidin alt müteahhit üzerinde denetim ve gözetim yetkisi yoktur. Bazı görüşlere göre ise, alt müteahhit asıl müteahhide tam bağımlı olmamakla birlikte sözleşmede kararlaştırılması veya işin niteliğinin gerektirmesi halinde alt müteahhitin asıl müteahhitin yönetimi ve denetimi altında çalışması da mümkündür”²⁶.

Borçlar Kanununun 356/II’nci maddesine göre, asıl müteahhitin alt müteahhite işin tamamını veya bir kısmını devretme yetkisi, ya sözleşmede açıkça kararlaştırılır veya iş sahibinin rızasına (iznine) bırakılır ya da işin niteliği itibariyle bir başkası tarafından da yapılmaya elverişli olmasına dayanır.

“Asıl müteahhide, işin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide devir yetkisi, sözleşmenin yapıldığı anda verilebileceği gibi, daha sonra ayrı bir sözleşme ile de verilebilir. İşin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide devri, iş sahibinin iznine tabi tutulmuşsa, devir için iş sahibinin izninin alınmış olması şarttır. İş sahibi, izni alınmadan yapılan bir devre, sonradan icazet verebilir. İş sahibinin izni, ilke olarak şekle tabi değilse de, bunun yazılı olmasında fayda vardır”²⁷.

“Asıl (ilk) müteahhit, işi alt müteahhide kendi ad ve hesabına yaptığı inşaat sözleşmesiyle devreder. Bu durumda ikisi arasında ilk sözleşmeden bağımsız yeni bir inşaat sözleşmesi aktedilmiş olur. Alt müteahhidin inşa eserini meydana getirme ve teslim borcu, iş sahibine karşı değil, asıl müteahhide karşıdır”²⁸.

²⁵ Eren, a.g.e.,s.65.

²⁶ Bu görüş için bkz. Haluk TANDOĞAN: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3.Basım, Ankara, 1987, s.77-78.

²⁷ Eren, a.g.e., s.65.

²⁸ Eren, a.g.e., s.65.

“İş sahibinin alt müteahhide talimat vermeye hakkı olmadığı gibi, eseri meydana getirip kendisine teslim etmeye ilişkin olarak alt müteahhitten herhangi bir talep hakkı da yoktur. İş sahibi, alt müteahhide karşı, şartları gerçekleştiği takdirde yalnızca haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunabilir”²⁹.

“Alt müteahhit, iş sahibine karşı sözleşme ile asıl müteahhidin kendisine verdiği işleri tam ve vaktinde yapacağına dair bir taahhütte bulunmuşsa, bu sözleşme çerçevesinde iş sahibi, alt müteahhide yönelebilir. Ayrıca, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasındaki sözleşme ilişkisi, iş sahibi yararına yapılmış bir sözleşme niteliğinde ise, iş sahibi tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurallarına göre alt müteahhitten bazı taleplerde bulunabilir”³⁰.

“İş sahibi ile alt müteahhit arasında akdi ilişki bulunmadığı için iş sahibinin alt müteahhide herhangi bir ücret ödeme borcu yoktur. Ancak, iş sahibi alt müteahhide karşı müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme borcunu yüklenmiş veya garanti etmişse, alt müteahhide karşı ücret ödeme borcu söz konusu olur”³¹.

“İnşa eserinin alt müteahhit tarafından meydana getirilmesinin iş sahibi yönünden bazı riskleri vardır. Örneğin, iş sahibinin asıl müteahhide ücretini daha önce ödemiş olup da onun alt müteahhide bu ücreti ödememesi halinde, iş sahibi kanuni ipotek nedeniyle alt müteahhide yeniden ücret ödemek durumunda kalabilir”³². “Zira, Medeni Kanunun 807’nci ve devamı maddelerine göre, alt müteahhit iş sahibinin arsasında inşa ettiği yapı üzerinde çalışması nedeniyle asıl müteahhitten olan ücret alacağı için, iş sahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanarak, bu hakkın tescilini talep edebilir. Bu ipotek hakkı, işin alt müteahhide devrinin caiz olup olmamasına bakılmaksızın vardır. Hatta devirden iş sahibinin haberinin olması ya da asıl müteahhidin kendi lehine kanuni ipotek hakkını tapuda tescil ettirmiş bulunması halinde bile bu hak kullanılabilir. İş sahibi, asıl müteahhit ile yaptığı sözleşmede alt müteahhidin kanuni ipotek hakkını kaldıramaz. Alt müteahhit de kanuni ipotek hakkından önceden feragat edemez. Tapuya tescil

²⁹ Eren, a.g.e., s.66.

³⁰ Tandoğan, a.g.e., s.85.

³¹ Tandoğan, a.g.e.,s.88.

³² Tandoğan, a.g.e., s.89.

edilen kanuni ipotek yönünden iş sahibi, bütün mallarıyla değil sadece tescil yapılan taşınmazla sorumludur"³³.

"İkinci kez ödeme yapma riskine karşı iş sahibi, asıl müteahhit ile yaptığı sözleşmeye, "alt müteahhidin ücret borcunun ödendiğinin sabit olması halinde kendisine ücret ödeyeceği" kaydını koydurabilir. Aynı şekilde iş sahibi, asıl müteahhit ile alt müteahhidin ücret borcunun doğrudan doğruya kendisi tarafından ödeneceği şartını da sözleşmeye koydurabilir"³⁴.

"İş sahibinin kamu tüzel kişisi olması ve üzerinde inşaat yapılan taşınmazın da kamu malı olması halinde gerek asıl müteahhidin gerekse alt müteahhidin böyle bir kamu taşınmazı üzerinde ücret alacakları için kanuni ipotek haklarını kullanmaları mümkün değildir. Zira kamu mallarının borcun ödenmemesi halinde cebri icraya konu edilerek paraya çevrilmeleri mümkün değildir"³⁵.

"Asıl müteahhidin, alt müteahhidin eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı sorumluluğu meselesi incelendiğinde şu sonuca varılmaktadır: Asıl müteahhidin işin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide devretme yetkisi bulunmaktaysa, alt müteahhit asıl müteahhidin yardımcı kişisi sayılır ve alt müteahhidin eylemlerinden dolayı asıl müteahhit iş sahibine karşı ancak alt müteahhitleri seçmekte veya onlara talimat vermekte kusurlu olması halinde Borçlar Kanununun 100'üncü maddesine göre sorumlu olur. Burada asıl müteahhidin alt müteahhidi denetleme yetkisi olmadığından dolayı onun denetimindeki özensizlik nedeniyle sorumlu olması söz konusu olmaz"³⁶.

"Asıl müteahhit, alt müteahhidi iyi seçtiğini ve ona gerekli talimatları verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Zira, alt müteahhit bağımsız da olsa asıl müteahhidin yardımcısıdır. Bu nedenle asıl müteahhit, alt müteahhidin eyleminden ancak böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat etmek suretiyle kurtulabilir"³⁷.

³³ Tandoğan, a.g.e., s.89.

³⁴ Eren, a.g.e., s.67.

³⁵ Tandoğan, a.g.e., s.91.

³⁶ Eren, a.g.e., s.67.

³⁷ Tandoğan, a.g.e., s.94.

“Buna karşılık, asıl müteahhidin işi alt müteahhide devretme yetkisi bulunmamasına rağmen böyle bir devirde bulunmuş ve alt müteahhidin eylemi iş sahibine zarar vermişse, asıl müteahhit, alt müteahhitlerin borca aykırı kusurlu eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı Borçlar Kanununun 96’ncı maddesine göre sorumlu olur”³⁸.

“Asıl müteahhidin, iş sahibine karşı alt müteahhidin zarar veren eyleminden dolayı Borçlar Kanununun 100/I’inci maddesine göre de sorumlu olması mümkündür. İşin devrinin caiz olmaması sonucu değiştirmez”³⁹.

“Asıl müteahhit, iş sahibinin adına ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Burada müteahhit, iş sahibinin vekili veya temsilcisi olarak hareket etmektedir”⁴⁰.

5. İnşaat Sözleşmesinin Kapsamına Giren Diğer Hususlar

Borçlar Kanununun 356/III’üncü maddesine göre inşa eserinin meydana getirilmesinde gerekli olan alet, edevat ve vasıtaları, yani araç ve gereçleri temin borcu ilke olarak müteahhide aittir. “Ancak, taraflar aralarındaki inşaat sözleşmesinde bunun aksini kararlaştırabilirler. Müteahhidin araç-gereç sağlama borcu arasında iş makinaları parkının temini, şantiye binasının ve işçilerin lojman ve yemekhanelerinin yapılması, şantiye ve inşaat için gerekli elektrik ve su tesisatının kurulması, servis araçlarının tedariki, akaryakıt temini ve benzeri yükümlülükler sayılabilir”⁴¹. “Araç ve gereçlerin iş sahibi tarafından sağlanması halinde müteahhidin bunları özenle kullanması gerekir. Eğer araç-gereç temini borcu müteahhide aitse, kararlaştırılan işte kullanmaya elverişli ve yeterli araç-gereci sağlaması gerekir. Müteahhit, işin görülmesi için yetersiz, elverişsiz veya ayıplı araç-gereç sağlarsa, iş sahibinin Borçlar Kanununun 358/II’nci maddesine göre hareket etmesi mümkündür”⁴².

“İnşa eserinin yapımında kullanılacak kum ve taş gibi hammadeler ile demir, çimento, kireç gibi yarı mamul malzemeleri sağlama

³⁸ Eren, a.g.e.,s.68.

³⁹ Tandoğan, a.g.e., s68.

⁴⁰ Tandoğan, a.g.e., s.95.

⁴¹ Eren, a.g.e., s.68.

⁴² Eren, a.g.e., s.68.

borcunun kime ait olacağını taraflar, inşaat sözleşmesinde serbestçe kararlaştırabilirler. Arsa ve planlar, bu anlamda malzeme sayılmaz. Olağan inşaat sözleşmesinde, malzemeyi iş sahibi sağlarken, inşaa eserini müteahhit meydana getirir. Buna karşılık, inşaa eseri teslim sözleşmesinde, hem malzemeyi sağlayan hem de inşaa eserini meydana getiren müteahhittir. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 357/I ve 357/ II'nci maddeleri ile 356/III'üncü maddelerinden, malzeme sağlama yükümlülüğünün kural olarak iş sahibine ait olduğu anlaşıldığından dolayı, şüphe halinde müteahhidin malzeme sağlama borcu reddedilmelidir"⁴³.

"Müteahhit sağladığı malzemedan dolayı ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumludur. Malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi halinde, müteahhidin bu malzemeye özen göstermesi, onu dikkatle kullanıp koruması ve ayıplı malzemeyi tespit ederek iş sahibine derhal ihbar etmesi gerekir. Ayrıca işin sonunda malzeme artarsa, müteahhit artan malzemeyi iş sahibine iade etmekle yükümlüdür"⁴⁴.

"İnşaatla kullanılan malzemeyi sigorta ettirme yükümlülüğü, ilke olarak iş sahibine aittir. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırılmışsa sigorta ettirme yükümlülüğü müteahhide ait olabilir. Ayrıca, malzemenin özel bir tehlikeye maruz kaldığı acil hallerde masrafı iş sahibine ait olmak üzere müteahhidin malzemeyi iş sahibi adına sigorta ettirmesi gerekmektedir"⁴⁵.

"Müteahhit, iş sahibine malzeme ile ilgili olarak hesap vermek zorundadır. Taraflar, bu hesap verme yükümlülüğünün ayrıntılarını sözleşmede belirleyebilirler. Müteahhit iş sonunda iş sahibi tarafından verilen malzemenin artanını iade etmekle yükümlüdür. Artan malzemedan kasıt, imal edilen inşaa eserinin bütünleyici parçası olmayan her türlü malzemedir"⁴⁶.

Borçlar Kanununun 357/III'üncü maddesine göre, işin ifası sırasında iş sahibinin sağladığı malzemenin veya verdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılır veya inşaa eserinin gereği gibi veya zamanında icrasını tehlike-

⁴³ Eren, a.g.e, s.69.

⁴⁴ Eren, a.g.e., s.70.

⁴⁵ Eren, a.g.e., s.71.

⁴⁶ Eren, a.g.e.,s.71.

ye sokacak üçüncü kişilerin müdahaleleri gibi durumlar ortaya çıkarsa, müteahhit iş sahibine bunu derhal bildirmeye mecbur olup, aksi takdirde bunların olumsuz sonuçlarına bizzat katlanmak zorundadır.

“İhbar, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından bizzat iş sahibine veya yetkili temsilcisine, sözlü veya yazılı olarak yapılır. Müteahhit, ihbardan sonra iş sahibi işin devamı hakkındaki kararını verinceye kadar beklemek zorundadır. İş sahibi, müteahhidin ihbar yükümlülüğü altında bulunan ayıpları ve diğer durumları müteahhit dışında başka kaynaklardan öğrenmişse, müteahhidin böyle bir ihbarda bulunmaması, onun ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelmez”⁴⁷.

“Sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp meydana getirilen inşaa eserinin, müteahhit tarafından iş sahibine teslim edilmesi gereklidir. Taşınmaz inşaa eserleri için, teslimden önce tapu sicilinde tescil işlemi yapılır”⁴⁸.

“İş sahibi inşaa eserini teslim almaktan haksız olarak kaçınırsa, alacaklının temerrüdü hükümlerine göre mütemerrit olur. Bu takdirde tevdi mümkün olan eserler, müteahhit tarafından tevdi edilebilir”⁴⁹.

“İnşaa eserinin teslimi ile, eser üzerindeki nefi ve hasar iş sahibine geçer. Ayrıca teslim durumunda iş sahibinin eseri muayene ve ihbar külfeti doğar. Teslim ile birlikte müteahhidin ücret alacağı da muaccel hale gelir”⁵⁰.

“Taraflar, inşaa eserinin teslim zamanını sözleşmede belirlerler. Uygulamada tarafların teslim zamanıyla ilgili olarak cezai şart ve prim anlaşmaları yaptıkları da gözlenmektedir. Böylece müteahhit inşaa eserini kararlaştırılan zamanda teslim etmediği takdirde cezai şart ödemek zorunda kalacaktır. Diğer yandan, müteahhit eseri kararlaştırılan tarihten önce teslim ettiği zaman, iş sahibi de ona kararlaştırılan primi ödemekle yükümlü olacaktır”⁵¹.

“Müteahhit, meydana getirdiği inşaa eserinin mülkiyetini iş sahibine geçirmek zorundadır. Müteahhit inşaa sözleşmesinden doğan

⁴⁷ Eren, a.g.e., s.72.

⁴⁸ Eren, a.g.e., s.72.

⁴⁹ Eren, a.g.e., s.72.

⁵⁰ Eren, a.g.e., s.72.

⁵¹ Eren, a.g.e., s.73.

borçlarını özenle yerine getirmek ve iş sahibinin menfaatini korumak zorundadır. Borçlar Kanununun 356/1'inci maddesine göre, müteahhit, işçinin hizmet sözleşmesinde göstermek zorunda olduğu özenin aynısını göstermekle yükümlüdür"⁵².

"Müteahhit, iş sahibi için ayıpsız bir inşa eserini meydana getirmekle yükümlüdür. Müteahhit, inşaat sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu eseri meydana getirirken, bu eseri iş sahibine teslim ederken, inşaat işlerinde hakim olan anlayışa göre, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkati sarfetmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak zorundadır. Müteahhitten, inşaat alanında yetenekli ve becerikli bir meslektaşının göstereceği objektif özen ve dirayeti göstermesi beklenilmelidir"⁵³.

"Müteahhidin göstereceği özen yükümlülüğü, özellikle yapımı borçlanılan inşa eserinin ifası sırasında bilinen teknik kurallara göre belirlenir. Bu çerçevede müteahhit; inşaatın temeli, yapımı, malzeme, araç ve gereç kullanımı, güvenlik önlemleri hakkında bunların icrası sırasında bilinen teknik kuralları uygulamakla yükümlüdür"⁵⁴.

"Bilim ve uzmanlar çerçevesinde teorik yönden doğruluğu kabul edilen ve uzman meslek adamlarının büyük bir çoğunluğu tarafından denenip uygulanan her kural, teknik kural olarak geçerlilik kazanır. Bir kuralın teknik kural olarak kabul edilmesi için, bunun herkes tarafından itirazsız uygulanması ve yazılı bir kural olması şart değildir. Söz konusu kuralın bilim ve uygulamada genel bir kabul görmesi yeterlidir. Buna karşılık geniş bir meslek çevresi tarafından uygulanmakla birlikte, gerekli standarttan sapan bir kural, teknik kural olarak da tanınmaz. Aynı şekilde, bilimin en son durumuna uymakla birlikte henüz başarılı bir uygulama alanı bulmayan teknik kurallar için de durum böyledir. Taraflar yaptıkları bir inşaat sözleşmesinde eski teknik kurallara atıf yapmış olsalar bile, normal şartlarda sözleşmenin yeni teknik kuralları da içerdiği kabul edilmeli, özellikle de şüphe halinde sözleşmenin ifası sırasında yürürlükte olan teknik kurallar geçerli sayılmalıdır. Meslek odalarının yayınlamış olduğu kurallar, yayınlandıkları anda bilinen kurallar sayılırlar"⁵⁵.

⁵² Eren, a.g.e., s.73.

⁵³ Eren, a.g.e., s.74.

⁵⁴ Eren,a.g.e.,s.74.

⁵⁵ Eren, a.g.e., s.75.

“İşin tamamını veya bir kısmını alt müteahhide yaptıran müteahhit, ihtilaf halinde bu devir yetkisini ispat etmek zorundadır. Müteahhidin, inşaat işini özenle şahsen veya kendi yönetimi altında yapma borcu vardır. İnşaatı yaparken müteahhidin, iş sahibinin inşa eserinin yapımıyla ilgili olarak vermiş olduğu talimatlara sadık ve bağlı kalması, iş sahibinin malvarlığı ve kişilik değerlerine zarar vermekten özenle kaçınması ve özellikle malzemenin iş sahibi tarafından temin edilmesi halinde bu malzemeleri koruması, özenle kullanması ve iş sahibini aydınlatması gerekir”⁵⁶.

Borçlar Kanununun 361’inci maddesine göre, müteahhidin iş sahibini aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında iş sahibi veya yetkili yardımcıları tarafından inşa eserinin meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, planlar ve projeler, malzeme seçimi hakkında bilgi verme yükümlülüğü de bulunmaktadır.

“Müteahhit, maliyet fiyatlarında işin akışı içinde ortaya çıkan büyük artışlardan da iş sahibini haberdar etmek zorundadır. İş sahibinin ödeyeceği ücret, ister birim fiyata ister maliyete göre belirlensin, durum değişmez”⁵⁷. “Müteahhidin iş sahibini aydınlatma yükümlülüğünün tabii olduğu şekil hakkında kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ispat kolaylığı yönünden müteahhidin iş sahibine yapacağı bildirimlerin yazılı şekilde yapılması uygun olacaktır”⁵⁸.

“Müteahhit, iş sahibinin kendisine tevdi ettiği veya işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları, bilgileri, kararları, iş planlarını, buluşları üçüncü kişilere açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan kaçınmak zorundadır. Örneğin, iş sahibi tarafından inşaatta kullanılmak üzere müteahhide verilen planların, projelerin müteahhit tarafından başka işlerde de kullanılması veya kendisine mal edilmesi halleri, müteahhidin sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Ayrıca, müteahhit, iş sahibinden sağlamış olduğu bir inşaat fikir ve tekniğini, onun izni olmaksızın sözleşme sona erdikten sonra da kendi işlerinde kullanamaz”⁵⁹.

⁵⁶ Eren, a.g.e., s.75.

⁵⁷ Eren, a.g.e., s.76.

⁵⁸ Eren, a.g.e., s.77.

⁵⁹ Eren, a.g.e., s.77.

6. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

İnşaat sözleşmesini sona erdiren sebepler aşağıdaki gibidir ⁶⁰:

“-Müteahhidin yapımını üstlenmiş olduğu inşaatı vaktinde sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir şekilde yaparak teslim etmesi ve iş sahibinin de borçlanmış olduğu ücreti tam olarak zamanında ödemesi halinde inşaat sözleşmesi ifa nedeniyle sona ermiş olur.

-Müteahhit ile önceden yaklaşık olarak tesbit edilen keşif bedeli (masraf, fiyat tahmini), iş sahibinin etkisi olmaksızın aşırı derecede aşılırsa, iş sahibinin gerek inşaatın yapımı sırasında, gerekse inşaatın bitmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkı vardır (bkz. Borçlar Kanunu m.367/I).

-İş sahibi, inşa eseri tamamlanmadan önce, yapılmış olan kısmın bedelini ödemek ve müteahhidin zararının tamamını tazmin etmek şartıyla, tek taraflı olarak feshetmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu durumda iş sahibinin haklı bir sebebe dayanması şart değildir (bkz. Borçlar Kanunu m.369).

-Beklenmedik bir olay veya iş sahibi ya da müteahhidin bir eylemi sonucunda inşa eserinin ifası imkansız hale gelmişse (eser yok olmuşsa), inşaat sözleşmesi sona erer (bkz. Borçlar Kanunu m.368).

-İş sahibinin malzeme veya arsayı sağlama borcunu veya ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde veya iş sahibinin müteahhitin kendisine sunduğu inşa eserini teslim almaması halinde, müteahhit inşaat sözleşmesinden dönebilir.

-Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya işin ifasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirir ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın bütün tahminlere rağmen inşaatın vaktinde bitirilmesine imkan vermeyecek ölçüde gecikmiş ise, iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin inşaat sözleşmesinden dönebilir (bkz. Borçlar Kanunu m.358/I).

-İnşa eserinin iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede ağır ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması halinde iş sahibi inşa eserini kabulden kaçınmak su-

⁶⁰ Bkz. Fikret EREN: “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.89-103.

retiyile veya eseri kabulden sonra sözleşmeden dönebilir (bkz. Borçlar Kanunu m.360/I).

-Önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan olağanüstü olaylar sonradan ortaya çıkar ve inşa eserinin yapılmasını engeller ya da son derece güçleştirirse, hakim takdir hakkını kullanarak ya kararlaştırılan ücreti artırır (yani inşaat sözleşmesini değişen şartlara uyarlar) ya da sözleşmeyi fesheder (bkz. Borçlar Kanunu m.365/II)."

C. Uluslararası Sözleşme Kavramı

"Bir sözleşmenin tarafları, farklı devlet vatandaşlığına veya farklı ülkelerde ikametgaha veya mutad meskene sahipse veya sözleşme konusu şey, hizmet ya da ödemeler bir ülkenin sınırlarını aşmakta ise, o sözleşme uluslararası niteliktedir"⁶¹.

"Bu alandaki yeni görüş ve uygulamalara göre ise, şahsi veya coğrafi unsurları itibariyle yabancılık unsuru taşımayan ya da birden çok hukuk sistemi ile irtibatı olmayan akitler de, uluslararası ticareti ve/veya uluslararası yatırımı ilgilendirdikleri ölçüde uluslararası niteliktedir"⁶².

Uluslararası sözleşmeleri düzenleyen bağlayıcı nitelikte bir uluslararası kanun veya uluslararası sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayacak bir uluslararası mahkeme mevcut değildir. Bu nedenle, uluslararası sözleşmelerin şeklini ve maddi içeriğini ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yollarını, esasen ulusal hukuk sistemleri ve bu ulusal hukuk sistemlerinin seçimini öngören taraf iradeleri belirlemektedir. Ancak, uluslararası bir sözleşmeyi hazırlarken taraflara yol gösterecek çeşitli uluslararası kodlar, FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi genel şartnameler, tip (standart) sözleşmeler, anlaşmalar, yeknesak kural ve uygulamalar mevcuttur⁶³.

⁶¹ Uluslararası sözleşme kavramı ile ilgili farklı görüşler ve uygulamalar hakkında bkz. Cemal ŞANLI: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s.29-31.

⁶² Bkz. Şanlı, a.g.e, s.31.

⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. B.M CREMADES./ S.L PLEHN.: The New Lex Mercatoria and The Harmonization of the Law of International Commercial

“Bir uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmesinin tarafları da sözleşmeyi hazırladıkları aşamada, belirli hususları dikkate alarak doğması muhtemel bir çok uyumsuzluğun ortaya çıkmasına engel olabilirler. Bu çerçevede, ileride doğması muhtemel potansiyel uyumsuzlukların sözleşmenin hazırlanması aşamasında önlenmesi için, sözleşmenin tasarlanması sırasında bazı ilkelerin dikkate alınması, ileride doğması muhtemel uyumsuzlukları asgariye indirir ve uyumsuzluğun çıkması halinde bile çözümü konusunda belirlilik sağlar. Bu nedenle, gelecekte taraflar arasında sözleşmeden dolayı söz konusu olabilecek davaların kaderini, sözleşmenin hazırlanması safhasındaki dikkat ve özen belirleyecektir. Diğer bir deyişle, bir sözleşmeden kaynaklanan davaların, daha o sözleşme hazırlanırken kazanıldığı veya kaybedildiği söylenebilir”⁶⁴.

D. Uluslararası İnşaat Sözleşmesinin veya İş Ortaklığı Sözleşmesinin Hazırlanması Aşamasında Gelecekte Doğması Muhtemel Uyumsuzlukları Önlemek Bakımından Dikkate Alınması Gereken Hususlar

“Sözleşmenin yapılması sırasında taraflar, kendi tabi oldukları ulusal hukuklarına göre sözleşme yapma ehliyetine sahip olmalıdırlar. Zira, bir sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcı ve geçerli olabilmesi, tarafların sözleşme akdetmeye ehil olmalarına bağlıdır. Zira, sözleşme yapma ehliyetine haiz olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerden hukuken geçerli biçimde haklar ve borçlar doğmaz. Bu nedenle, bir uluslararası sözleşmeyi akdetmesi gereken bir iş adamının, karşı tarafın hukuki ehliyetinin varlığından emin olması önem arz etmektedir. Bu amaçla tarafların, müzakere aşamasında veya sözleşmenin aktedilmesi aşamasında birbirlerinin yetki belgelerini veya imza sirkülerini incelemelerinde büyük fayda vardır”⁶⁵.

Transactions, Boston University ILC, V.2 (1984), p.317-348; bkz. A.L. DIAMOND: Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations, Res.des Cours, 1986-IV, No:199,p.241 vd; ayrıca bkz. A. BOGGIANO: International Standart Contracts, Res.des Cours, 1981-1, p.17 vd..

⁶⁴ Bu konuda bkz Cemal ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumsuzlukların Çözüm Yolları, 3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Haziran 2005, s.3-7.

⁶⁵ Şanlı,a.g.e.,s.10.

“Uluslararası bir sözleşmeyi aktecek olan taraflar, muhataplarının hukuken ehil olup olmadığını, onların tabi oldukları yabancı bir hukuk sistemine göre değerlendirmek durumundadırlar”⁶⁶.

“Bir uluslararası sözleşmeye taraf olan bir tüzel kişinin hangi haklardan yararlanıp, hangi borçları üstlenebileceği, hak ve borçlara getirilen sınırlamaların neler olacağı, hak ve borçların tüzel kişi adına kimler eliyle kullanılacağı, söz konusu tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetini yürüten hukuka göre belirlenir. Zira, karşılaştırmalı hukuka göre, gerçek ve tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyetlerini de kapsayan hak ve fiil ehliyetleri, onların şahsi statülerini yöneten hukuka tabidir. Diğer bir deyişle, gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine sahip olup olmadıkları veya bu ehliyetin sınırları, gerçek kişilerin vatandaşlığında bulunduğu veya ikametgah ya da mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenir. Tüzel kişilerin (şirketlerin, vakıfların, derneklerin) hak ve fiil ehliyeti ise, “tüzel kişinin idari merkezinin bulunduğu yer hukukuna” veya “kuruluş yeri hukukuna” tabidir”⁶⁷.

“Türk Hukukunda ise 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’un 8’inci maddesine göre, gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin vatandaşlığında bulunduğu ülkenin (milli) hukukuna tabidir. Ancak, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan yabancı gerçek kişiler, Türk Hukukuna göre ehil iseler, işlem güvenliğini sağlamak bakımından Türkiye’de yaptıkları hukuki işlemler açısından ehliyetli sayılırlar”⁶⁸.

MÖHUK’un 8/4’üncü maddesine göre, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti, statüsündeki (şirket ana sözleşmesindeki) idare merkezi hukukuna tabidir. “Ancak, bir tüzel kişinin statüsünde gösterilen idare merkezi, yabancı bir ülkede bulunsa bile, eğer o tüzel kişinin gerçek (fiili) idare merkezi Türkiye’de ise, işlem güvenliğini sağlamak bakımından, tüzel kişinin hak ve fiil ehliyetine Türk Hukuku uygulanacaktır”⁶⁹.

⁶⁶ Şanlı,a.g.e.,s.10-11.

⁶⁷ Şanlı, a.g.e., s.11; gerçek ve tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerine uygulanacak hukuk konusunda ayrıca bkz. DİCEY- MORRIS: The Conflict of Laws, 12th Edition, V.2, London, 1993, p.1271 vd.; G.TEKİNALP: Milletlerarası Özel Hukuk, 7.Basım, İstanbul, 2002, s.47 vd.; E. NOMER / C. ŞANLI: Devletler Hususi Hukuku, 12.Basım, İstanbul, 2003, s.208 vd

⁶⁸ Şanlı,a.g.e.,s.11).

⁶⁹ Şanlı,a.g.e.,s.11).

“Uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmelerinin müzakere- si aşamasında, tarafların aktif ve pasif dava ehliyetine sahip olup olmadıklarının ve temsil ve borçlandırmaya yetkili organ veya kişilerin kimler olduğunun bilinmesi, sözleşmenin taraflar arasında hukuka geçerli olarak aktedilmiş olduğuna ve gelecekte gerektiğinde karşı taraf aleyhine dava açılabilmesinin mümkün olduğuna emin olabilmek bakımından önemlidir”⁷⁰. Yurt dışı inşaat sektöründe müteahhitlerimiz, çoğu kez işveren olarak yabancı bir ülkenin bir kamu kuruluşunu muhatap alarak inşaat sözleşmesini akdetmektedirler. Bu inşaat sözleşmelerinden gelecekte doğan uyuşmazlıklarda, işveren kamu kuruluşu aleyhine “yabancı bir devlet mahkemesinde dava açıldığında veya hakem mahkemesine gidildiğinde, çoğu kez işveren kamu kuruluşunun pasif dava ehliyetine sahip olmadığı (yargı muafiyeti bulunduğu) itirazı ile karşılaşılacaktır” (Şanlı,a.g.e.,s.13). Bu nedenle, uluslararası inşaat işiyle uğraşan müteahhitlerimizin, “yabancı ülke idarelerine karşı hak arama yollarını tıkayan yargı muafiyeti itirazlarını, müzakere aşamasında bertaraf edebilmek için, yabancı devletin kamu kuruluşu ile yapılan inşaat sözleşmelerinde, “işveren idarenin yargı muafiyetinden feragat ettiği”, “sözleşme konusu işin bir özel hukuk tasarrufu olduğu ve bu nedenle gelecekte yargı muafiyeti itirazının ileri sürülmeyeceğini” belirten açıklamalara yer verilmesinde yarar vardır”⁷¹.

“Uluslararası uygulamada, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaya varılır varılmaz, taraf olan firmaları temsil ve ilzama yetkili şahısların imzalarını taşıyan bir teyit mektubu teati edilmektedir. Türk Ticaret Kanununun 23’üncü maddesine göre, teyit mektubu, sözlü olarak veya telefon, telgraf veya telefaxla yapılan anlaşmaları yazılı bir metne bağlamayı sağlamaktadır. Bu durumda taraflardan biri, aralarında sözlü olarak veya telefon, telgraf, teleks, faxla yapılmış bulunan sözleşmenin ana unsurlarını kapsayan bir teyit mektubunu gönderebilir. Bu mektuba, sözleşmenin tabi olduğu hukukun öngürdüğü sürede herhangi bir itiraz vaki olmazsa, teyit mektubunun metni taraflar arasında yazılı bir sözleşme niteliğini kazanır ve anlaşmanın varlığının ispatında yazılı bir delil oluşturur. Taraflardan biri, aralarında bağlayıcı bir sözleşme aktedilmediği ve teati edilen belgelerin müzakere safhasına ait olduğu itirazında bulunamaz”⁷².

⁷⁰ Şanlı,a.g.e.,s.11.

⁷¹ Şanlı, a.g.e.,s.13.

⁷² Şanlı, a.g.e.,s.13-14; bu konuda ayrıca bkz. İ. DOĞANAY: Ticari Alım-Satım Akdi

Türk Ticaret Kanununun 23/III'üncü maddesine göre: “Şifahen, telefon veya telgrafla yapılan mukavelelerin veya beyanların muhtevasını teyit eden bir yazıyı alan kimse, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamış ise, teyit mektubunun yapılan mukaveleye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.”

“Uluslararası özel hukuka göre, tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, tarafların hak ve fiil ehliyetlerine uygulanmaz”⁷³. “Genel olarak milli hukuk sistemlerinde, uluslararası ticaret hukukunda ve konuyla ilgili uluslararası anlaşmalarda şekil bakımından “sözleşme serbestisi” ilkesi benimsenmiştir. Ancak uygulamada uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmelerinin detaylı biçimde yazılı olarak hazırlanması önem arz etmektedir. Zira, yazılı bir sözleşme yapmak suretiyle, gelecekte uyuşmazlık halinde ispat sorunlarının doğması ihtimali azaltılmış olur”⁷⁴.

“Uluslararası sözleşmelerin aktedilmesinde son yıllarda yaygın biçimde kullanılan “elektronik sözleşmeler” ile “veri aktarımı (Electronic Data Interchange) yoluyla yapılan sözleşmelerin” geçerliliği meselesi gündemdedir. Elektronik ticaretin hukuki altyapısını oluşturmak amacıyla, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), UNCITRAL, Birleşmiş Milletler, Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE), Dünya Ticaret Örgütü ve OECD gibi uluslararası kuruluşlar rehber niteliğinde kodlar geliştirmişlerdir. UNCITRAL’in Elektronik Ticaret Model Kanunu, Avrupa Birliği’nin Elektronik Ticaret Yönergesi bu kodlara örnek olarak verilebilir”⁷⁵. “Uygulamada karşı tarafa gönderilen bir elektronik data aktarımı (EDI) veya telefax metni, sözleşmenin “metin” unsurunu (maddi unsurunu) oluşturmaktaysa da, bu metinlerde çok defa imza bulunmadığından veya imzaların aslı olmadığından, özellikle söz konusu imzalı metinler birer suret niteliğinde olup; usul hukuku bakımından sadece bir delil başlangıcı sayılırlar. İmza fotokopilerinin ise, hukukumuzda göre geçerli imzalar olarak kabulü mümkün değildir”⁷⁶.

“Elektronik ortamda aktedilen sözleşmelerin, yazılı şekil gereğini yerine getirmedeki yetersizliği, pek çok ülkede elektronik imza kavra-

ve Nevileri, Ankara, 1993, s.53-55.

⁷³ Şanlı, a.g.e., s. 14.

⁷⁴ Şanlı, a.g.e., s.15.

⁷⁵ Şanlı, a.g.e., s.15-16.

⁷⁶ Şanlı, a.g.e., s.16.

mının geliştirilmesine ve hukuken düzenlenmesine yol açmıştır⁷⁷. 15 Ocak 2004 tarihli ve 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu”, ülkemizde de yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Adı geçen kanunun 5’inci maddesine göre, “Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur.” Ancak, yine aynı maddeye göre: “Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez”. “Bu bağlamda, hukukumuzda yukarıda zikredilen istisnalar haricinde uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmeleri de dahil tüm uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmeler elektronik ortamda aktedilebilir ve bu sözleşmelerin varlığı, güvenli elektronik imza doğrulama araçları ile ispatlanabilir⁷⁸.”

“Taraflar arasında detaylı bir yazılı sözleşme düzenlenmediğinde, sözleşmenin yorum ve ifasından gelecekte doğacak sorunların çözümü için, sözleşmede düzenlenmeyen meselelerde bir hukuk sistemine başvurmak gerekecektir. Bu hukuk sistemi ya doğrudan taraflarca veya uyuşmazlığın çözümü için başvurulmuş mahkemenin tabi olduğu kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Bu nedenle, uluslararası inşaat veya iş ortaklığı sözleşmelerinin, gelecekte boşlukların doldurulması veya tamamlanması amacıyla herhangi bir milli hukuk sistemine başvuru zorunluluğunu asgariye indirecek biçimde hazırlanması gerekmektedir. Bu ise, kendi kendine yeterli ve kendi kendini idare edebilecek içerikte detaylı bir sözleşmenin hazırlanmasıyla mümkün olur. Özellikle de sözleşmede ana unsurların detaylı biçimde düzenlenmesi gerekir. Çünkü uluslararası sözleşmelerin yazılı ve detaylı bir biçimde hazırlanması, kanunlar ihtilafı problemlerini de asgariye indirecektir. Zira, sözleşmede düzenlenmeyen konularda milli hukuk sistemlerine başvurulması, uyuşmazlık konusu meselenin çözümünde esas alınacak maddi hukuk sistemlerinin farklı düzenlemelere sahip oldukları durumlarda gerçek bir kanunlar çatışmasıyla karşı karşıya kalınmasına neden olacaktır⁷⁹.”

“Uluslararası sözleşmelerin yorum veya ifasından kaynaklanan uluslararası nitelikli davalarda, yargılama sırasında ortaya çıkan bu

⁷⁷ Şanlı, a.g.e., s.16.

⁷⁸ Şanlı, a.g.e., s.17; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR/KOCASAKAL: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003.

⁷⁹ Şanlı, a.g.e., s.18.

kanunlar çatışmasının giderilmesi, hayli güç meselelerden biri olup; milli mahkemelerin ve hakem heyetlerinin ciddi zamanlarını almakta, masrafların artmasına ve davaların uzamasına yol açmaktadır. Bu nedenle, ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıkları baştan bertaraf edebilmek için, muhtemel sorunlara kaynaklık edebilecek önemli hususların, yazılı ve detaylı biçimde taraflarca önceden sözleşme metninde düzenlenmesi zarureti vardır”⁸⁰.

“Uluslararası sözleşmeler hazırlanırken, sözleşme hükümleri ile sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk arasında bir ahenk olmasına dikkat edilmelidir. Uygulamada bazen tarafların bir ülkenin hukukunu dikkate alarak sözleşmelerini hazırladıkları halde, sözleşmede başka bir ülkenin hukukunu, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçtikleri gözlenmektedir. Bu durumda çoğu kez, tarafların kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri ile taraflarca seçilen hukukun emredici kuralları çelişmekte ve tarafların öngördükleri çoğu sözleşme hükmü, yine tarafların kendi seçtikleri hukuk sistemince geçersiz kılınmaktadır. Gelecekte böyle çelişkili bir durumla karşılaşmamak için, sözleşme tasarlanırken hangi hukuk sistemi dikkate alınmakta ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da o hukuk seçilmelidir”⁸¹. Uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmeleri geçerlilik bakımından, “kural olarak herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte, sözleşmenin hazırlanması esnasında ifa yeri hukukundaki şekle ait düzenlemelerin daima dikkate alınması gerekecektir”⁸².

“Uluslararası sözleşmeler şekil bakımından yapıldıkları ülke hukukuna tabidirler. Hukukumuzda, yapıldığı ülkenin veya esasa uygulanacak hukukun öngördüğü şekle uygun yapılan akitler, şekil bakımından geçerlidir. Ancak, bazen ifa yeri hukukunda öngörülen şekil şartı, tamamen kamu düzeninin korunmasına hizmet edebilir ve farklı şekildeki sözleşmeler geçerli sayılmayabilir. Bu nedenle, tarafların müzakere aşamasında sözleşmenin şekil şartı tamamen kamu düzeninin korunmasına hizmet edebilir ve farklı şekildeki sözleşmeler geçerli sayılmayabilir. Bu nedenle tarafların, müzakere aşamasında, sözleşmenin şekil ve esas bakımından tabi olduğu (ve özellikle sözleşmenin

⁸⁰ Şanlı, a.g.e., s.18.

⁸¹ Şanlı, a.g.e., s.19.

⁸² Şanlı, a.g.e., s.22.

ifa edileceği) ülke hukuklarında tarafların irade mutabakatlarına ilave olarak aranan şekil şartlarını incelemeleri ve sözleşmelerini buna uygun olarak düzenlemeleri yerinde olur"⁸³.

"Uluslararası inşaat sözleşmeleri, sözleşme konusu hizmetin tanım ve özelliklerine, ifa yeri ve şekline, hasar-zıyan ve mülkiyetin intikaline, tarafların sorumluluğuna ve tüm bu hususlara uygulanacak hukukun seçimine ilişkin konularda açık ve detaylı hükümler içermelidir"⁸⁴.

"Uluslararası sözleşmelerde taraflar, ödeme ülkesinin kambiyo rejimi çerçevesinde ödeme şeklini serbestçe kararlaştırabilir. Uluslararası iş ilişkilerinde akreditif, peşin ödeme, evrak karşılığı ödeme, mal mukabili ödeme, takas, kabul kredili ödeme veya müşterek hesap yolu ile ödeme gibi usuller kullanılmaktadır"⁸⁵.

"Uluslararası inşaat ve iş ortaklığı sözleşmeleri de, ahde vefa prensibine tabidirler. Ancak, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bazı hallerin, sözleşmenin ifasını imkansız kılması veya taraflardan biri bakımından ifayı olağanüstü zorlaştırması durumlarında, istisnaen ahde vefa prensibinden taviz verilerek sözleşme ya feshedilir veya yeni şartlara uyarlanır. Zira sözleşmenin aktinden sonra ortaya çıkan bazı olağanüstü haller sebebiyle sözleşmenin ifası ya imkansızlaşır ya da karşılıklı edimler arasındaki ekonomik dengenin önemli ölçüde bozulması nedeniyle ifanın istenmesi, iyiniyete ve hakkaniyete aykırı hale gelir. Örneğin savaşlar, iç karışıklıklar, isyan ve ayaklanmalar, grevler, seller, yangınlar, depremler, ham madde fiyatlarında meydana gelen olağanüstü artışlar, beklenmedik biçimde dünyanın siyasi ve ekonomik konjonktüründe meydana gelen değişimler, beklenmedik aşırı enflasyon veya devalüasyonlar, uluslararası inşaat sözleşmelerinin ifasını tehdit eden tipik olaylardır. Özellikle de (uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi) uzun dönemli sözleşmeler, bu tür etkilere fazlasıyla açıktır"⁸⁶.

⁸³ Şanlı, a.g.e., s.22.

⁸⁴ Şanlı, a.g.e., s.23.

⁸⁵ Şanlı,a.g.e.,s23; bu konuda bkz. C.M. SCMITTHOFF: The Law-Practice of International Trade Law, 9th Edition, London, 1990, p.379 vd.; V. İÇİER: Uluslararası Ticarete Bankalararası Ödeme Yöntemleri, Interbank yayını, İstanbul, s.37 vd.

⁸⁶ Şanlı, a.g.e., s.35-36.

“Taraflar, aralarındaki sözleşmede mücbir sebep ve beklenmeyen hal teşkil edecek olayları ve bu olayların sözleşmenin ifasına ve tarafların hak ve borçlarına etkisini açıkça düzenlememişlerse, bu hususlar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir”⁸⁷. “Sözleşmelerin ifasını imkansızlaştıran veya zorlaştıran olayların bir mücbir sebep veya beklenmedik hal oluşturup oluşturmadığı ve bunların tarafların hak ve borçlarını ne ölçüde etkileyeceği hususlarında gelecekte ortaya çıkabilecek sorunların sözleşme aşamasında önlenmesi için, uluslararası inşaat sözleşmelerine “hardship klozları” konulması tavsiye edilebilir”⁸⁸.

“Bu hardship klozları sayesinde sözleşme bakımından mücbir sebep veya beklenmedik hal sayılabilecek olaylar sınırlandırılabilen ve bunların dışında kalan olaylara gelecekte tarafların mücbir sebep veya beklenmedik hal olarak dayanmaları önlenmektedir. Ayrıca taraflar sözleşmelerinde yer alacak bu klozlarla, herhangi bir mücbir sebep veya beklenmeyen hal ortaya çıktığında, sözleşmenin feshi mi edileceğini yoksa değişen şartlara uyarlanarak sözleşmenin ifasına devam mı edileceğini, bu hallerin taraflar bakımından bir tazminat veya iade mükellefiyeti getirip getirmeyeceğini, bu hallerin süre uzatımına sebep teşkil edip etmeyeceğini, sözleşmenin yeni şartlara uygulanmasını kimin yapacağını (tarafsız üçüncü kişi, esas davaya bakan hakem veya devlet mahkemesi tarafından mı yapılacağını) kararlaştırılabiliyorlar”⁸⁹.

“Taraflar, sözleşmeleri için mücbir sebep ve beklenmeyen hal teşkil eden genel ve özel olay ya da durumları, bu hallerin ihbar süresi ve şeklini, bu hallerin sözleşmenin geleceğine ve tarafların sorumluluklarına etkilerini doğrudan sözleşmeye koyacakları hükümlerle düzenlemek yerine bu alandaki bazı uluslararası kodları sözleşme hükmü haline getirmek suretiyle de düzenleyebilirler. Örneğin taraflar uluslararası inşaat sözleşmesinde, Uluslararası Ticaret Odasının (MTO’nun) 421 sayılı Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal (Force Majeure and Hardship) Koduna atfen meseleyi düzenleyebilirler”⁹⁰.

⁸⁷ Şanlı, a.g.e., s.36.

⁸⁸ Şanlı, a.g.e., s.37; bkz. A.A. MONTAQUE: Hardship Clauses, IBL, V.13 (1985) p.135-137. ; ayrıca bkz. N. HORN: Third-Party Intervention, IBL, V.13 (1985), p.139-141.

⁸⁹ Şanlı, a.g.e., s.37.

⁹⁰ Şanlı, a.g.e., s.37; bkz. International Chamber of Commerce “Force Majeure and Hardship” Brochure, ICC Publication No:421, Paris, 1985.

“Ulusal hukuk sistemleri, sözleşmelerde yer verilen hardship klozlarına geçerlilik tanımaktadırlar. Türk Hukukunda Borçlar Kanununun 117’nci maddesine göre, kaçınılması veya bertaraf edilmesi objektif bakımdan imkansız bulunan ve sözleşmenin ifasını imkansız kılan olaylara “mücbir sebep” denilmektedir. Türk Hukukunda beklenmeyen hallere ve bunların sözleşmeye etkisini düzenleyen genel hüküm ve prensiplere yer verilmemiştir. Konuya ilişkin olarak sadece bazı sözleşme türlerine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, günümüzde sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geçen devrede taraflarca öngörülemeyen objektif sebepler yüzünden akdin ifası taraflardan biri bakımından ciddi şekilde güçleşip, çekilmez hale geldiğinde Medeni Kanunumuzdaki “dürüstlük kuralına” istinaden sözleşmenin feshi veya değişen şartlara uyarlanması istenebilir”⁹¹.

“(İnşaat sözleşmesinde) herhangi bir hardship klozunun yer almadığı durumlarda, mücbir sebep veya öngörülmeyen hallere istinaden sözleşmenin feshi veya yeni şartlara uyarlanması imkanı, tercih edilen uyuşmazlık çözme usulüne bağlı olarak değişecektir. Taraflar uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii olarak resmi mahkemeleri seçmiş veya sözleşmede tahkim şartı olmaması sebebiyle doğrudan resmi mahkemelere başvurulmuşsa, genelde mahkemeler, sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi, esasa uygulanacak hukuk sistemi çerçevesinde mücbir sebep ve beklenmeyen halleri kabul ederek, sözleşmeye müdahale etmektedirler”⁹².

“Taraflarca tahkim yoluna başvurulduğunda ise, genel olarak uluslararası ticaret ve inşaat işlerine bakan hakemler, tarafların aksini yapma imkanları her zaman olduğu halde, sözleşmelerine akit hükümlerinin beklenmedik yeni şartlara uyarlanmasını temin edecek hükümler koymamış olmalarını, iradi bir sezgisizlik olarak yorumlamaktadırlar. Bu itibarla eğer sözleşmede uyuşmazlıkların çözümü usulü olarak tahkim tercih edilmişse, mutlaka sözleşmeye hardship klozları koyulmalıdır”⁹³.

⁹¹ Şanlı, a.g.e.s.,38.

⁹² Şanlı, a.g.e.,s.39.

⁹³ Şanlı, a.g.e., s.40; ayrıca bkz. Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, s.355-357.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, “uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim seçildiğinde, şayet sözleşmede açık bir hüküm yoksa tarafların, hakemlerce sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının veya feshinin, resmi mahkemeler gibi kolayca kabul edilemeyeceğini, sözleşmenin hazırlanması aşamasında dikkate alınmaları gerekmektedir”⁹⁴.

E. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukukun Seçimi Meselesi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin, “taraflarca belirli bir hukuk sistemine tabi kılınması gereklidir. Zira, tarafların sözleşmede düzenlemedikleri boşluklar, taraflarca seçilen hukukun kurallarına uygun olarak doldurulur”⁹⁵.

“Tarafların başlangıçta tüm mevcut ve muhtemel sorunların çözümlerini kapsayacak şekilde bir sözleşme yapmaları mümkün olmadığından, uygulamada daima sözleşmede düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere bir hukuk sistemine başvuru ihtiyacı doğmaktadır. Ayrıca, taraf iradelerinin bağlayıcılık gücünü bir hukuk sisteminden alması zarureti vardır. İşte bu nedenlerle, uluslararası özel hukuk alanında sözleşmelerin daima belirli bir hukuk sisteminin temelleri üzerine bina edilmesi ihtiyacı vardır”⁹⁶.

“Sözleşmede bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, uyuşmazlık halinde kendisine başvuru yargı mercii, kendi kanunlar ihtilafı kuralları ile yetkili hukuku tespit edecektir. Bu hukuk ise, çoğu zaman tarafların beklentilerine ve akdi ilişkinin mahiyetine uygun düşmeyebilecektir”⁹⁷.

“Seçilen hukukun ilgili hükümleri ile inşaat sözleşmesinin hükümleri uyumlu olmalıdır. Bu uyum ancak sözleşme kaleme alınırken dikkate alınan hukukun, aynı zamanda sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da seçilmesiyle sağlanabilir. Bu nedenle, uluslararası nitelikli bir inşaat sözleşmesi hazırlanırken belirli bir hukuk sistemi dikkate alınarak hazırlanması ve sonuçta uygulanacak hukuk olarak da aynı

⁹⁴ Şanlı, a.g.e., s.41.

⁹⁵ Şanlı, a.g.e., s.41.

⁹⁶ Şanlı, a.g.e., s.41.

⁹⁷ Şanlı, a.g.e., s.42.

hukukun seçilmesi elzemdir. Böylece seçilen hukuk ile sözleşme hükümleri arasında gereken uyum sağlanarak, potansiyel uyuşmazlıklar sözleşmenin hazırlanması aşamasında önlenmiş olacaktır⁹⁸. “Ayrıca, seçilen hukuk ile uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii arasında da uyum sağlanmalıdır. Zira, bir yargı mercii en iyi bildiği ve en iyi uygulayabileceği hukuk, kendi hukukudur. Aksi takdirde, yargı mercii tarafından uygulanacak yabancı hukukun temini, tercümesi, tasdik ve yorumu yargılama masraflarını artıracaktır⁹⁹.”

“Diğer yandan seçilen hukuk ile yargı mercii arasındaki farklılık, bazen seçilen hukukun bazı hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü yargı mercii, doğrudan uygulanması gereken veya kamu düzenine ilişkin olan kuralları ile çeliştiği ölçüde tarafların seçtiği hukuk kurallarını uygulamaz. Bu gibi durumlarda, başvuru yargı mercii, tarafların seçtiği hukukun pek çok hükmünü geçersiz sayacak ve sözleşmeyi kendi hukukunun emredici veya kamu düzeni kuralları ile yeniden tanzim edecektir¹⁰⁰. “Uluslararası özel hukuk alanında akdi ilişkilerden doğan sorunlara uygulanacak hukukun tespiti konusunda tarafların irade serbestisi mevcuttur. Özellikle tarafların uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkimi seçtikleri durumlarda, hukuk seçimine ilişkin iradeleri çok daha etkin olacaktır. Şüphesiz bunda hakemlerin devlet mahkemeleri gibi resmi yargının usul kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olmamalarının önemli rolü vardır. Bu nedenle taraflar, inşaat sözleşmesinin hazırlanması aşamasında, sözleşme hükümlerine gelecekte tam bir geçerlilik tanıyacak yargı mercii seçmeye özen göstermelidirler. Aksi takdirde uyuşmazlıklar, taraflarca umulmayan sürpriz bir biçimde tarafların aşına olmadıkları bir hukuka tabi kılınabilir¹⁰¹.”

“Uyuşmazlık halinde hakemler tarafların iradi düzenlemeleleri ile devlet mahkemelerine nispetle çok daha bağılıdır ve bu nedenle hakemler, tarafların hukuk seçimlerine daha kolay geçerlilik tanıyacaklardır¹⁰².”

⁹⁸ Şanlı, a.g.e., s.43.

⁹⁹ Şanlı, a.g.e., s.43; bkz. G.R. DELAUME: Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes, Appendix IV-Booklet D.2(1988), p.6.

¹⁰⁰ Şanlı, a.g.e., s.43.

¹⁰¹ Şanlı, a.g.e., s.45.

¹⁰² Şanlı, a.g.e., s. 45.

“Özellikle taraflardan birinin devlet veya devlet kuruluşu olduğu uluslararası inşaat sözleşmelerinde, devlet olan tarafın ileride akit statüsünü değiştirmeye yönelik tasarruflarını sınırlayabilmek için inşaat sözleşmesi; hukukun genel prensipleri, Devletler Hukuku kuralları, milletlerarası ticaret hukuku kuralları, medeni milletlerce kabul edilen ilkeler gibi devletler üstü normlara tabi kılınabilir. Bu durumda, bu türden bir hukuk seçiminin sağlayacağı güvence, bu hukukun yaratacağı belirsizliğe tercih edilebilir. Bu gibi istisnai durumlar haricinde, tarafların gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları kolay çözebilmek için sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak bir devletin hukukunu seçmeleri amaca daha uygun düşecektir”¹⁰³.

“Uluslararası özel hukukta tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri, seçilen hukukun emredici, tamamlayıcı ve yedek kurallarını da kapsamakta ve seçilen hukuk sözleşmeye bir bütün olarak uygulanmakta ise de: ifa yeri veya yargı yeri hukukunun kamu düzenini ilgilendiren pek çok hükmü, seçilen hukukun kısmen veya tamamen uygulanmasını engellemektedir. Örneğin bir uluslararası inşaat sözleşmesinin ifa edileceği ülkenin gümrük ve kambiyo rejimine ilişkin kanunları, vergiye ilişkin kanunları, ithalat ve ihracat sınırlamalarına ilişkin kuralları, teknoloji transferine ilişkin kısıtlamalar getiren kuralları, imar kanunları, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili kanunları, çevre ile ilgili kanunları gibi o ülkenin kamu düzenine ilişkin kanunlar ve kurallar, o ülkede iş yapan herkese veya münhasıran yabancılara doğrudan uygulanır. Bir uluslararası inşaat sözleşmesi hazırlanırken, sözleşme ile sıkı irtibatı bulunan ve doğrudan uygulanan bu türden kanunların ve kuralların dikkate alınması ve sözleşme hükümlerinin bu kurallarla uyumlu biçimde düzenlenmesi gerekmektedir”¹⁰⁴.

“Sözleşmenin seçilen hukukun maddi hukuk kuralları ile yönetileceğinden emin olabilmek için, seçilen hukukun bir maddi hukuk seçimi olduğu veya seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmayacağı sözleşmede açıkça yazılmalıdır. Ayrıca taraflar, sözleşme ilişkilerini münhasıran sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuka tabi kılmak isterlerse, bunu da sözleşmede açıkça belirtmelidirler. Aksi takdirde, seçilen hukukta sonradan meydana gelen

¹⁰³ Şanlı, a.g.e., s.46.

¹⁰⁴ Şanlı, a.g.e., s.46.

değişiklikler, taraflar arasındaki sözleşme dengesini lehte veya aleyhte bozabilir ve taraflardan biri bu değişikliklerden ciddi şekilde zarar görebilir. Uygulamada bu amaçla uluslararası inşaat sözleşmelerinde “istikrar klozlarına” (stabilization clauses) yer verilmektedir. Böylece seçilen milli hukuktaki değişikliklerin, sözleşmenin hukuki rejimini olumsuz yönde etkilemesi önlenmeye çalışılmaktadır”¹⁰⁵.

“Milli hukuk sistemlerinin zamanaşımı konusundaki farklılıkları da, uluslararası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında daima dikkate alınmalıdır. Zira, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerin hukuklarında zamanaşımı maddi hukuka ilişkindir ve bu nedenle de seçilen hukuka tabidir. Anglo-Sakson Hukukuna tabi ülkelerin hukuklarına göre ise zamanaşımı usule ilişkindir ve bu nedenle de taraflarca seçilen hukuka değil, lex fori’ye (yani davaya bakan ulusal mahkemenin tabi olduğu milli usul hukukuna) tabidir”¹⁰⁶.

“Özellikle farklı ülkelerde ifalar içeren akitlerde veya ifası uzun bir zaman dilimine yayılan uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi ev sahibi ülke hukuku ile sıkı sıkıya ilişkili olan sözleşmelerde taraflar sözleşmeden doğan hak ve borçlarını, parçalayarak farklı hukuk sistemlerine tabi kılabilirler. Bu tür istisnai haller dışında sözleşmeler, tüm yönleri ile daima tek bir hukuka tabi kılınmalıdır”¹⁰⁷.

“Diğer yandan uluslararası inşaat sözleşmeleri bazen “şemsiye niteliğinde sözleşmeler” dir ve görünürdeki tek bir sözleşmenin altında tarafları ve konusu farklı olan fakat birbirleri ile ilintili muhtelif sözleşmeleri barındırır. Örneğin metro yapımına ilişkin bir inşaat sözleşmesinde iş, beş pakete bölünmüş ve her bir paket farklı bir müteahhide ihale edilmiş olabilir. Bu bağlamda tünellerin yapımı bir firmaya, rayların imal ve inşası bir firmaya, vagonların imal ve montesi başka bir firmaya, elektrifikasyon ve sinyalizasyon işi bir diğer firmaya ihale edilmiş ve bunların herbiriyle ayrı ayrı sözleşmeler yapılmış olabilir. Yine, işin kontrolü müşavirlik sözleşmesi ile başka bir firmaya ihale edilmiş olabilir”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Şanlı, a.g.e., s.47; bkz. Delaume, a.g.e., s.24; Nygh, P.: The Reasonable Expectation of the Parties as a Guide to the Choice of Law Contract in Tort, Res. des Cours, 1995, s.32 vd..

¹⁰⁶ Şanlı, a.g.e., s.49; ayrıca bkz. Cemal ŞANLI: Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı, İstanbul Barosu Dergisi, C.63(1989) ,s.638 vd.

¹⁰⁷ Şanlı, a.g.e., s.49-50.

¹⁰⁸ Şanlı, a.g.e., s.50.

“Müteahhit şirketler de, işin bir kısmını veya tamamını alt müteahhitlik sözleşmeleri ile taşeron şirketlere ihale edebilirler. Yine işveren, müteahhidin sorumluluğundaki işin finansmanı ile ilgili olarak, muhtelif bankalar ile kredi anlaşmaları akdetmiş olabilir. İşte bir uluslararası inşaat işinin çeşitli yönlerini düzenleyen bu değişik sözleşmeler tasarlanırken, mutlaka bu sözleşmeler arasındaki koordinasyon ve entegrasyon düşünülmelidir. Bu amaçla aynı inşaat işiyle ilgili olarak farklı taraflar arasında akdedilen sözleşmeler, mümkün olduğunca aynı hukuka tabi kılınmalı ve uyumsuzluk halinde sorunlar aynı yargı merciine götürülmelidir. Zira, edimlerin koordine edilebilmesi, farklı ve birbiri ile çelişkili sonuçlara ulaşmanın önlenmesi ve sonuç itibarıyla ana sözleşme ile ilgili olarak hukuki bir harmonizasyonun sağlanabilmesi bakımından buna ihtiyaç vardır. Çünkü, sözleşme yapımı aşamasında tek bir inşaat işiyle ilgili muhtelif sözleşmelerin tek bir hukuka bağlanması, muhtemel uyumsuzlukların ortaya çıkmasını önler ve uyumsuzluk halinde de çözümde kolaylık sağlar”¹⁰⁹.

“Uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerken, bu hukuk sisteminin bir parçası olarak sözleşmelerine uygulanabilecek olan uluslararası anlaşmaları da dikkate almalıdırlar”¹¹⁰.

“Hukuk seçimi kizoları veya hukuk seçimi anlaşması ile sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, sözleşmeden doğan veya sözleşme ile ilgili olan tüm sorunlara uygulanacaktır. Taraflar seçilen hukukun sadece sözleşmeden doğan veya sözleşme ile ilgili olan belirli hususlara uygulanmasını istiyorlarsa, bu hususları açıkca tek tek belirtmelidirler. Bu durumda, seçilen hukukun kapsamı dışında kalan sorunlarda, davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları ile tesbit edilen hukuk uygulanacaktır”¹¹¹.

Uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerine uygulanmak üzere FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri gibi “bir takım genel işlem şartlarını veya standart sözleşmeleri, bazı kod, kural, tüzük, yönetmelik veya uluslararası anlaşmaları da seçebilirler. Bu durumda, seçilen kurallar, sözleşme hükmü haline gelirler ve bu sıfatla

¹⁰⁹ Şanlı, a.g.e., s.50.

¹¹⁰ Şanlı, a.g.e., s.51.

¹¹¹ Şanlı, a.g.e., s.52.

sözleşmeye uygulanırlar. Taraflarca sözleşme hükmü haline getirilen bu türden kurallar, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilirler”¹¹².

“Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, bir uyuşmazlık halinde nihai olarak verilecek kararın tarafların mal ve alacaklarının bulunduğu ülkede icrası dikkate alınarak, uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii sözleşmeye konulacak özel bir hükümle belirlenmelidir. Örneğin, yargı merci olarak taraflardan birinin uyruğunda bulunduğu devletin mahkemesi, uluslararası kurumsal bir tahkim mahkemesi veya ad’hoc tahkim mahkemesi tayin edilebilir”¹¹³.

“Tarafların ileride doğabilecek uyuşmazlıkları asgariye indirebilmek için, ortaklaşa bildikleri lisanda sözleşmelerini tasarlama uygun olacaktır. Tarafların sözleşmelerini müştereken aşına oldukları tek bir lisanda kaleme almaları ve bunu yegane geçerli metin saymaları, uygulamada en çok tercih edilen ve izlenebilecek en uygun yöntemdir. Ancak, günümüzde uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmelerin dili olarak, pratik mülahazalarla, çoğunlukla İngilizce tercih edilmektedir”¹¹⁴.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan yorum sorunları, esasa uygulanacak hukukun (lex obligationis) uygulama alanına dahildir. Bir uluslararası inşaat sözleşmesi yorumlanırken, muhatabın hal ve şartlara göre karşı tarafın irade açıklamasından çıkarmakta haklı olduğu anlam araştırılır ve bu anlam esas alınır. Günümüzde Türk Hukukunda da “Güven Prensibi” adı verilen bu yorum metodu benimsenmektedir. Aynı prensip, UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) tarafından hazırlanmış bulunan 1994 tarihli Uluslararası Ticari Akitlere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts)’in 4(2)’nci maddesinde de yer almıştır¹¹⁵.

“Uluslararası inşaat sözleşmeleri, mahalli inşaat sözleşmelerine nispetle, tarafların farklı lisan ve hukuk kültürlerine sahip olmaları

¹¹² Şanlı, a.g.e., s.53.

¹¹³ Şanlı, a.g.e., s.55.

¹¹⁴ Şanlı, a.g.e., s.57.

¹¹⁵ Şanlı, a.g.e., s.63; bkz. K. DAYINLARLI: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Gülören Tekinalp Armağanı, MHB Özel Sayısı, Yıl:23, S.1-2, 2003, s.203 vd.

nedeniyle, potansiyel yorum uyuşmazlıklarına daha açıktırlar. Bu nedenle bir uluslararası inşaat sözleşmesinin tarafları, seçtikleri hukukun ya da yargı merciinin yorum prensipleri hakkında yeterince bilgi sahibi olmak suretiyle, yargı mercii ve uygulanacak hukuk seçimini buna göre yapmalıdırlar¹¹⁶.

F. Uluslararası İnşaat Sözleşmesinin Genel Özellikleri

“Bir ülke sınırları dahilindeki bir işveren ile müteahhidin bir araya gelerek, her maddesi müzakere edilmiş somut olaya özel hükümler içeren özgün inşaat sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür. Eğer işveren bir kamu tüzel kişisi ise, kendisinin önceden genel olarak her iş için geçerli olmak üzere tanzim ettiği tip inşaat sözleşmelerini, müteahhide kabul ettirerek istediği inşaatı yaptırması da mümkündür¹¹⁷.”

Uluslararası inşaat işleri için yapılacak sözleşmeler söz konusu olduğunda ise, farklı ülkelerin tabiyetinde bulunan ve farklı hukuk düzenlerine alışkın olan işveren, müteahhit ve müşavir-mühendis gibi sözleşmeyle ilgili tüm tarafların her bir inşaat işi için özgün hükümler içeren özel inşaat sözleşmeleri düzenmeleri pratik olmadığı için, uluslararası inşaat sözleşmeleri için bir tip sözleşme oluşturma zarureti eskiden beri hissedilmiştir.

Yurt dışında inşaat ve tesis işi için yapılan sözleşmelerin tipik özellikleri vardır. Bir uluslararası inşaat sözleşmesinin taraflarından biri, genellikle bir yabancı hükümet kuruluşu, diğer tarafı ise başka bir ülkede şirket merkezi bulunan bir müteahhitlik firması ya da birlikte hareket eden birden çok müteahhitlik firmalarıdır. Sıklıkla da, işveren geliştirmekte olan bir ülkenin kamu kuruluşu, müteahhit ise sanayileşmiş bir ülkenin firmasıdır.

Hukuksal açıdan uluslararası inşaat sözleşmeleri; bir hizmet sözleşmesidir, mal teminine yönelik bir sözleşmedir veya bu sözleşme türlerinin bir kombinasyonudur. Ekonomik açıdan ise uluslararası inşaat sözleşmesi, bir ülkeden diğerine teknoloji transferi için yapılan bir sözleşmedir.

¹¹⁶ Şanlı, a.g.e., s.64.

¹¹⁷ Necip TÜREGÜN: “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.253.

Uluslararası inşaat sözleşmesi, müteahhidin yapım eserini kullanıma hazır olarak teslim etmeyi taahhüt ettiği bir anahtar teslim sözleşme niteliğinde olabileceği gibi, inşaatın her aşamasının işveren tarafından test edilerek kabul edilmek zorunda olduğu kademeli ilerleyen bir inşaat sözleşmesi de söz konusu olabilir.

Bir uluslararası inşaat sözleşmesinin diğer bir özelliği ise, genellikle büyük miktarlarda para ile ilgili olmasıdır. Genellikle işveren, özellikle de gelişmekte olan bir ülkenin kamu kuruluşu olan işveren, inşaat projesini kendi kaynaklarından finanse edemeyecek veya etmeyi tercih etmeyecek olup; bu durumda inşaat projesinin Dünya Bankası (International Bank for Reconstruction and Development- IBRD), Uluslararası Kalkınma Ajansı (International Development Association-IDA), Avrupa Yatırım Bankası (European Investment Bank-EIB) veya Avrupa Kalkınma Fonu (European Development Fund-EDF) gibi uluslararası kamu kuruluşları tarafından finanse edilmesi zarureti doğmaktadır.

Bu uluslararası kuruluşlardan bazıları, kendilerinden kredi alınan bir uluslararası yapım işini konu edinen bir uluslararası inşaat sözleşmesine taraf olanların sözleşmelerini hazırlarken izlemelerini beledikleri yerleşik klavuz ilkeleri (talimatnameleri) yayınlamışlardır.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin finansal öneminin bir diğer boyutu, çeşitli türde sözleşme garantilerinin doğmasına yol açmış olmalarıdır. Bu garantiler arasında ihale garantileri, performans garantileri ve geri ödeme garantileri mevcut olup; bu garanti çeşitlerinden bazıları, Uluslararası Ticaret Odasının "Sözleşme Garantileri için Tekdüze Kurallar" başlıklı broşüründe düzenlenmiştir¹¹⁸.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin bir diğer özelliği, bu sözleşmelerden doğan taahhütlerin ifa edilmesinin genellikle uzun bir zaman dilimine yayılıyor olmasıdır. Bu uzun süre zarfında ekonomik durum değişebilir. Bu nedenle, alışılmış döviz kuru ve force majeure klostlarına ilaveten, bu tip sözleşmelere, uzun dönemli sözleşmelerin doğasında saklı olan ekonomik riski azaltmayı amaçlayan "fiyat düzeltmesi" ve "güçlük (hardship)" klostları gibi özel klostlar genellikle ilave edilmektedir.

¹¹⁸ Bkz. ICC Brochure No:325 on Uniform Rules for Contract Guarantees, August 1978.

G. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Hazırlanırken Dikkate Alınmasında Fayda Olan Standart (Tip) Sözleşmeler ve Şartnameler

1. UNCITRAL Hukuk Kılavuzu

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu), Sanayi Tesislerinin İnşası için Uluslararası Sözleşmelerin Hazırlanmasına İlişkin Hukuk Kılavuzunu 1987 Ağustosunda kabul etmiş olup; bu kılavuz Birleşmiş Milletler tarafından 1988 yılında yayınlanmıştır ¹¹⁹. UNCITRAL, ayrıca bir Model İhale Kanunu hazırlıklarını da sürdürmektedir.

UNCITRAL'ın bu kılavuzu, uluslararası inşaat sözleşmelerini hazırlamak durumunda olan kişilere yararlı olmak amacıyla hazırlanmış kapsamlı ve detaylı bir el kitabıdır. Bu kılavuzda yer verilen tespitler, gözlemler ve öneriler, müteahhit ile işverenin menfaatleri arasında haklı ve adil bir dengeyi sağlamayı amaçlamaktadır.

UNCITRAL Hukuk Kılavuzu, inşaat sözleşmeleri ile bölgesel bir seviyede değil evrensel düzeyde ilgilenmektedir.

2. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İçin Standart Formlar

Yurt dışındaki inşaat işlerinin sözleşmeleri genellikle söz konusu işlemin gereklerine göre geliştirilmiş standart formlar biçiminde aktedilmektedir. Yurt dışındaki inşaat işleri için en çok kullanılan model sözleşme formları aşağıdaki gibidir ¹²⁰:

1. FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (4th ed., March 1987) [İnşaat İşleri İdari Şartnamesi]: Bu standart sözleşme formu FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) tarafından geliştirildiği için kısaca "FIDIC Sözleşmesi" diye adlandırılmaktadır.
2. FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works (3rd ed., 1987) [Elektrik ve Mekanik İşler için Sözleşme Şartları]

¹¹⁹ Bkz. The UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, A/CN.9/SER. B/2.

¹²⁰ Clive M. SCHMITTHOFF: "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standart Contracts and General Conditions" (1968), 17 I.C.L.Q. s.551.

3. FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey (1st ed., 1995) [Tasarım-Yapım ve Anahtar Teslim İşleri için Sözleşme Şartları]
4. İnşaat Sözleşmesi için Genel Şartlar (6.baskı, Ocak 1991): Bu standart form, İngiltere'deki Institute of Civil Engineers (ICE) [İnşaat Mühendisleri Enstitüsü] adlı mesleki kuruluş tarafından hazırlanmıştır.

Bu genel sözleşme şartları, İngiltere'deki Institution of Mechanical Engineers [Makina Mühendisleri Enstitüsü], Institution of Electrical Engineers [Elektrik Mühendisleri Enstitüsü] ve Association of Consulting Engineers [Müşavir Mühendisler Birliği] tarafından tavsiye edilmektedir.

5. The Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits (3rd ed., May 1985) [Dünya Bankası Kredileri ve Uluslararası Kalkınma Ajansı Kredileri Çerçevesinde Yapılan İhaleler İçin İlkeler] : Bu kurallar, "Dünya Bankası İlkeleri" diye de bilinmektedir.
6. İşbirliği yapılan denizaşırı ülkeler ve bölgelerde finanse edilen sözleşmelere uygulanan General Conditions for Public Works and Supply Contracts financed by the European Development Fund of the EEC (Brussels, February 14, 1974). [Avrupa Birliği Avrupa Kalkınma Fonu tarafından finanse edilen Tedarik Sözleşmeleri ve Bayındırlık İşleri için Genel Şartlar]: Bu genel şartlar da "EDF Conditions" (Avrupa Kalkınma Fonu Şartları) diye bilinmektedir. Ayrıca, "EDF tarafından finanse edilen sözleşmeler için Tahkim Kuralları" hazırlanmıştır.
7. Birleşmiş Milletler Avrupa İçin Ekonomik Komisyonunun hazırladığı model sözleşme formları, uluslararası inşaat işlerinde de kullanılabilir. Bu model sözleşme formlarından başlıcaları aşağıdaki gibidir ¹²¹:
 - İthalat ve ihracat için makinalar ve tesislerin montajı ve tedariki için 188A no'lu form,

¹²¹ Peter BENJAMIN: "The General Conditions of Sale and Standart Forms of Contract drawn up by the United Nations Economic Commission for Europe", [1961] J.B.L., s.113.

- Yurt dışında makinalerin ve mühendislik tesislerinin montajının denetimi için ilave klozlar öngören 188B no'lu form,
- Dayanıklı tüketim maddelerinin ve mühendislik malzemelerinin ihracatı için 730 no'lu form,

Buna ilaveten, Avrupa için Ekonomik Komisyon, tesisler ve inşaat işleri için önemli uluslararası sözleşmeler ile ilgili düzenlemeler öngören birbiriyle bağlantılı aşağıdaki bir seri kılavuzu yayınlamıştır ¹²²:

- Büyük endüstriyel yapım işleri için sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (ECE/Trade /117),
- Belirli bir projeyi gerçekleştirmek için biraraya gelmiş taraflar arasındaki uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (ECE/Trade /131),
- Teknik yardımın bazı ilgili yönlerini de içeren, müşavir mühendisliğe dair uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (ECE/Trade /145),
- Endüstriyel ve diğer tesislerin işletilmesi, tamiri ve bakımı ile ilgili hizmetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına ilişkin kılavuz (E.87. II. E.2).

Sonuç

Yirmibirinci yüzyılın başında, uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörü, inşaatla ilgili yan servisler ve yardımcıları ve ortaklar aracılığıyla faaliyette bulunan özgün yapısı ile, aynı zamanda hem fırsatlar ile hem de zorluklar ile karşı karşıya bulunmaktadır.

Uluslararası müteahhitlik hizmetleri sektörünün yurtdışındaki olanaklarını etkileyen geniş faktörler yelpazesinde; altyapı projelerinin uluslararası finansmanı, uluslararası ihale prosedürleri ve standart sözleşme formları, uluslararası tahkim ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm mekanizmaları, ihracat kredisi sigortası ve yabancı inşaat pazarlarına giriş engellerinin kaldırılması hususları önceliğe sahip meseleler olarak öne çıkmaktadır.

¹²² Benjamin, a.g.e., s.114.

Global ölçekte altyapı ihtiyacı her geçen gün artmakla birlikte, dünya çapında altyapı alanında yeni inşaat ve bakım faaliyetleri için gereken fonları bulmakta genel olarak güçlük çekildiği gözlenmektedir. Bu durum karşısında yeni bir finansman yöntemi olarak, altyapı yatırımlarının finansmanında ve alt yapı hizmetlerinin yürütülmesinde kamu-özel sektör ortaklığı (Public-Private Partnership) modeline daha fazla işlerlik kazandırmak güncel bir çözüm yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC tarafından 1999 yılında yayınlanan 5'inci baskı yeni kırmızı,sarı ve gümüş renkli kitapların (genel ve özel şartnamelerin), diğer bir deyişle standart sözleşme formlarının, geçmişte olduğundan daha fazla olarak inşaat riskini müteahhite yüklediği görülmektedir. Ancak Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinin çoğunda halen 1987 yılında yayınlanan 4'üncü baskı kırmızı kitap, inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında ve uluslararası ihalelerde yaygın olarak kullanılmakta olup; yeni baskı FIDIC tip şartnamelerinin bu eski baskı versiyonunun tamamen yerini almasının biraz daha zaman alacağı anlaşılmaktadır.

Modern bir ihale sistemi, başvuran isteklilerin etkili bir ön yeterlilik değerlendirilmesine alınmasıyla başlamalı ve yüksek kaliteli ihale dökümanlarına dayanan bir ihale prosedürü ve işveren ile müteahhit arasında gelecekteki muhtemel riskleri adil olarak dağıtan dengeli sözleşme şartları ile devam etmelidir.

İnşaat projelerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, hatta mümkünse çıktığı anda şantiyede çözülebilmesini temin edebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına, özellikle de uluslararası inşaat projelerinde inşaat sanayinin özel ihtiyacı bulunmaktadır.

Günümüzdeki uygulamada ihracat kredisi sigortası şirketlerinin sağladığı sigortaların kapsamı politik ve ticari riskler ile sınırlı olup; çevresel, sosyal ve kültürel riskleri azaltma kapasiteleri ihmal edilebilir düzeydedir. Geleneksel inşaat faaliyeti, işverenlerin ve onların müşavir mühendislerinin belirlediği teknik kriterlere ve şartlara dayanan talimatları yerine getirdiği için, müteahhitin inşaat işinin çevresel boyutlarını etkileme kapasitesi, üçüncü taraflar tarafından hazırlanan ihale dökümanları ve dizaynlar (çizimler) ile inşaatın yapılmakta olduğu yabancı ülkedeki ulusal mevzuat ile sınırlıdır.

Haziran 2003'de dünyanın en büyük ve en ünlü özel finans kuruluşlarından bazıları Ekvador Prensiplerini kabul etmişlerdir. Bu yol gösterici prensipler, kredi veren kuruluşların finanse ettikleri inşaat projelerinin sosyal açıdan sorumlu ve çevresel açıdan sakıncasız gelişmesini garanti etmeyi amaçlamaktadır. Nitekim, Avrupa Uluslararası Müteahhitler Birliği Genel Kurulu'nun 15 Nisan 2004 tarihinde İstanbul'daki konferansının konusunun "İhracat Kredi Sigortası ve Proje Finansmanında Çevresel ve Sosyal Standartlar" olarak seçilmesi, gelişmekte olan ülkelerdeki altyapı projeleri için uluslararası finansman sağlamada yeni standartların önemini vurgulamaktadır.

2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne üye olan Çin, taahhütlerinin aksine, kabul ettiği yeni hukuki düzenlemeler ile yabancı müteahhitle- rin Çin'in inşaat pazarına girmelerinin önünde yeni giriş engelleri yaratmıştır. Avrupa Komisyonu'nun ve diğer uluslararası kuruluşların işbirliği içinde yürüttükleri Çin Hükümeti nezdindeki ikna çabalarının kısmen başarılı olması sonucunda, Çin inşaat pazarına uluslararası inşaat şirketlerini daha fazla çekebilmek için, Çin'in yeni mevzuatının yabancı müteahhitler için öngördüğü ikamet şartı, yabancı mühendis sayısına getirilmiş olan sınırlamalar, belirli sermaye getirme mecburiyetleri gibi pazara giriş engeli niteliğindeki kısıtlamalar yumuşatılmıştır.

Yukarıda uluslararası müteahhitlik sektörünün gündemindeki son gelişmeler böylece değerlendirildikten sonra, konuyu ülkemizin yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörü açısından ele aldığımızda sektörün gündemindeki başlıca sorunlar olarak başlıca şu hususlar dikkati çekmektedir: Bürokraside daha etkin bir koordinasyon oluşturma gereği, finansman bulma ve teminat mektubu temin etme güçlüğü, sosyal güvenlik, dış pazarlar hakkında bilgi edinme zorluğu, tanıtım eksikliği, sektörün belli bölgelerde yoğunlaşması ve yeni pazarlara açılmaması, iş alınarak faaliyet gösterilen tüm ülkeler ile "Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi" ve "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması" anlaşmalarının henüz tamamlanamamış olması, Türk teknik müşavirlik ve mühendislik firmalarının yurtdışında yeterince etkin olamaması, teknik ve tecrübe bakımından yetersiz Türk inşaat firmalarının yurtdışında iş üstlenmesi nedeniyle sektörün olumlu imajının zedelenmesi.

Yukarıda özetlenen sorunlar biran önce halledilerek, ülkemizin halihazırda oldukça yüksek olan mevcut cari açığını kapatabilmek için, geleneksel olarak döviz kazandırıcı ihracat ve turizm sektörlerinin yanısıra, önündeki engellerin kaldırılması ve mümkün olan her türlü hukuki, mali desteğin sağlanması suretiyle acilen yurtdışı müteahhitlik hizmetleri sektörünün önünün açılması zarureti bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

I. Kitaplar ve Makaleler

- ARKAN, Sabih: "İnşaat Sözleşmelerinde Teminat Mektupları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.309-315.
- DELAUME, G.R.: The Finality of Arbitration Involving States-Recent Developments, Arb.Int, V.5., No:1 (1989).
- DELAUME, G.R.: Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes, Appendix IV, Booklet D.2 (1988).
- DELAUME, G.R.: Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, Arb. Int., V.3,No:1,1987.
- EREN, Fikret: "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 2001, s.49-86.
- EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.63-86).
- EREN, Fikret: "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi", İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer: Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No:381, s.89-103).
- SCHMITTHOFF, C.M.: The Law and Practice of International Trade, Nineth Ed., London, 1990.
- ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.
- ŞANLI, Cemal: "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 1990.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.

ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5.Bası, Arıkan, İstanbul, Kasım 2006.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3.bası, Ankara, 1982.

TANDOĞAN, Haluk: "Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi,Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", BATIDER, Cilt XIII, Sayı:3-4, Aralık 1986, s.57-89.

UYANIK, Nedim: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta, 2004.

II. Uluslararası Anlaşmalar, Sözleşmeler, Model Kurallar ve İlgili Mevzuat

Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kuralları/UNCITRAL Tahkim Kuralları),

Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards, New York, 1958 (1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfzi Hakkında New York Sözleşmesi),

European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa -Cenevre- Sözleşmesi),

General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 (1928 Genel Tahkim Sözleşmesi),

International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşme/ICSID Konvansiyonu),

Multilateral Agreement on Investment (Yatırımlar Hakkında Çok Tarafı Anlaşma / MAI),

Regulation on the Procedure of the International Conciliation (Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkındaki Yönetmeliği),

Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları / ICC Tahkim Kuralları),

The 1899 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / La Haye Sözleşmesi,

The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / 1907 La Haye Sözleşmesi,

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, 1992 (1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is A State, 1993 (1993 tarihli Tarafardan Sadece Biri Devlet Olan İki Taraf Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

- The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties, 1996 (1996 tarihli Uluslararası Örgütler ile Özel Kişi ve Kuruluşlar Arasındaki Tahkim için Seçimlik Kurallar),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu),
- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of World Trade Organization (Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Usul ve Kurallar Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması),
- United Nations Model Rules on Arbitral Procedure, 1958 (1958 tarihli Birleşmiş Milletler'in Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları),
- ICC Uluslararası Tahkim Divanı Statüsü,
- ICC Uluslararası Tahkim Divanı İç İşlem Tüzüğü,
- ICC Tahkim Tüzüğü,
- 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,
- 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu,
- Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun),
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), (Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin Model Kanun),
- Principles of International Commercial Contracts (Rome, 2004),(Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler),
- Principles of European Contract Law , 2004 (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 2004).