

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TAHKİM

Yüksek Lisans Tezi

Yasemin Aslankoç

Ankara 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TAHKİM

Yüksek Lisans Tezi

Yasemin Aslankoç

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hasan Ayrancı

Ankara 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TAHKİM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1-Prof. Dr. Hasan AYRANCI

2-Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

3- Dr. Öğretim Üyesi Elif ŞEN

Tez Savunması Tarihi

16.06.2021

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Prof. Dr. Hasan AYRANCI danışmanlığında hazırladığım “İsimsiz Uluslararası Sözleşmeler ve Tahkim (Ankara 2021)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

16.06.2021

Yasemin ASLANKOÇ

TEŞEKKÜR

Öncelikle beni akademik çalışmalarda bulunmaya teşvik eden, her zaman cesaretlendiren aileme teşekkür ederim. Çalışmamı hayatımın her anında olduğu gibi çıktığım bu zor yolda da varlığını, desteğini ve sevgisini hissettiren amcam Muharrem Aslankoç'a ithaf etmek benim için bir onurdur. Çalışmamın her aşamasında büyük destek veren, bilgi ve tecrübesini benimle paylaşan ve beni yönlendiren tez danışmanım Prof. Dr. Hasan Ayrancı'ya ilgisi ve sabrı için teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	İ
------------------	---

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞME KAVRAMI, TÜRLERİ VE

ÖZELLİKLERİ

I. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞME KAVRAMI	5
A. Genel Olarak İsimsiz Sözleşme Kavramı.....	5
B. İsimsiz Sözleşmelerin Dogmatik Temelleri.....	8
C. İsimsiz Uluslararası Sözleşme Tanımı.....	9
II. İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ.....	10
A. Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşmeler	10
B. Karma Sözleşmeler	11
1. Tanımı.....	11
2. Karma Sözleşmelerin Türleri	13
a. Bileşik Edimli (Kombine) Sözleşmeler	13
b. Çift Tipli Sözleşmeler.....	13
c. Çeşitli Tiplere Ait Unsurların Birbirine Karıştığı Sözleşmeler	14
d. Kendisine Yabancı Yan Edimleri İçeren Sözleşmeler	14
C. Bileşik Sözleşmeler	15
III. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ	15
A. Kanunlarda Düzenlenmemiş Olması.....	16
B. Genellikle Uzun Vadeli Olması (Long Term Duration)	19
C. Sözleşme Konusu Projenin Teknik Nitelikte ve Yüksek Hacimli Olması	20
D. İhlal Olasılığı ve Belirsizlik.....	21

<i>E. İhlale Karşı Duyarlılık</i>	23
<i>F. Sözleşmenin Karmaşık (Kompleks) Olması</i>	24
<i>G. Sözleşmeye Fazla Sayıda Tarafın Dahil Olması</i>	26
<i>H. Tarafların Karşılıklı Bağımlılığı, İş birliği ve Dayanışma İhtiyacı.....</i>	27

İKİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK VE TAHKİM

I. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK.....	29
<i>A. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Önemi</i>	29
<i>B. Uygulanacak Hukukun Seçiminde Kuralları Yumuşatma Eğilimi.....</i>	32
<i>C. İsimli Uluslararası Sözleşmeler ve Lex Mercatoria</i>	35
<i>D. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI UYARINCA BELİRLENMESİ.....</i>	39
1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi.....	39
2. Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kurallarının Hakemler Tarafından Belirlenmesi	42
3. Kanunlar İhtilafı Kuralları, Uygulanacak Maddi Hukuk ve Tahkim Arasındaki İlişki	44
4. Modern Esnek Kuralların Avantajları.....	46
a. Esneklik	46
b. Tahmin Edilebilirlik	47
5. Sonuç	48

E. 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU

HAKKINDA KANUN'UN 24'ÜNCÜ MADDESİNİN (IPRG ART. 187)

UYGULANMASI..... 49

1.Sorun..... 49

2. Hakemlerin MÖHUK'un 24'üncü (IPRG Art. 187) maddesini Uygularken

Uyacakları Ana Esaslar 52

a. 24'üncü (IPRG Art. 187) Maddenin Belirli Bir Tekniği Değil, Sonucu

Tanımlaması 52

b. Kanunlar İhtilafı Kurallarına Atıf (*Voie Directe*'nin Dışlanması) 53

c. Kanuni Karinelere Dayanan Şekilci Yaklaşımın Dışlanması 54

d. Uyuşmazlığın Maddi Gerçekleri ve Tarafların Beklentileri..... 55

3. En Yakın Bağlantı Kriterini Belirleyecek Yöntemler..... 56

a. İlgili Hukuk Sistemlerinin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Ortak (Kümülatif)

Biçimde Uygulanması 57

b. Kanunlar İhtilafının Genel İlkelerinin Uygulanması..... 59

4. Sonuç 60

II. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ULUSLARARASI TAHKİM... 61

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI VE TAHKİM HEYETİNİN UYARLAMA

YETKİSİ

SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI (*VERTRAGANPASSUNG*) 66

A. TEMEL PRENSİP OLARAK *PACTA SUNT SERVANDA* (AHDE VEFA)..... 67

B. UYARLAMA VE SÖZLEŞMENİN TAMAMLANMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ 71

C. SÖZLEŞME BOŞLUKLARININ NİSBİLİĞİ KAVRAMI 74

D. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI..... 77

E. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASININ EKONOMİK ETKİLERİ 79

1. Dürüstlük Kuralı ve Uyarlama	82
2. Üstün Risk Taşıyıcısı (Superior Risk Bearer).....	83
3. İsimli Uluslararası Sözleşmelerde Feshin Son Çare Olması	85
F. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN (AKDİ) UYARLAMA HÜKÜMLERİ.....	85
1. Açık Uyarlama Hükümleri.....	86
a. Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri	86
b. Açık Olumsuz Uyarlama Hükümleri.....	88
2. Örtülü Uyarlama Hükümleri	88
a. Örtülü Olumlu Uyarlama Hükümleri.....	89
b. Örtülü Olumsuz Uyarlama Hükümleri	89
3. İsimli Uluslararası Sözleşmelerde Tercih Edilen Uyarlama Kızları	89
a. Edimin Tek Taraflı Olarak Belirlenmesi (Variation and Change Orders by One of the Parties) Kızları.....	91
b. Otomatik Uyarlama Kızları (Automatic Adaptation Clauses)	92
c. İstikrar Kızları (Stabilization Clauses)	95
d. Yeniden Gözden Geçirme Kızları (Review Clauses) ve Yeniden Müzakere Kızları (Renegotiation Clauses)	96
4. Tarafları Akdi Sorumluluktan Kurtaran Kızlar: Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü ve Özel Risk Kızları	98
a. Tetikleyici Olayların (Trigger Events) Tanımı	99
b. Mücbir Sebep (Force Majeure) Kızları.....	99
c. Aşırı İfa Güçlüğü (Hardship) Kızları	101
d. Özel Risk Kızları (Special Risk Clauses).....	103
e. Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü ve Özel Risk Kızlarının Unsurları.....	103
i. Öngörülemeyen veya Beklenmeyen Olaylar.....	103
ii. Haricilik Unsuru (Dışsallık) Unsuru	104

f. İsimli Uluslararası Sözleşmelerde Mücbir Sebep, Özel Risk ve Aşırı İfa Güçlüğü Kızlarının Sonuçları.....	105
G. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YENİDEN MÜZAKERE YÜKÜMLÜLÜĞÜ (<i>NEUVERHANDLUNGSPFLICHT</i>).....	109
II. HAKEM HEYETİNİN UYARLAMA YETKİSİ.....	115
A. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASINDA HAKEMLERİN YETKİSİ	115
B. UYARLAMA KLOZLARININ YOKLUĞUNDA SÖZLEŞMELERİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASINDA UYGULANACAK MADDİ HUKUK	119
1. <i>Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Uyarınca Sözleşmelerin Uyarlanması</i>	119
2. <i>Alman Hukukundaki İşlem Temelinin Çökmesi (Wegfall der Geschäftsgrundlage) ve Türk-İsviçre Hukukundaki Clausula Rebus Sic Stantibus Doktrinleri</i>	120
a. Subjektif Teoriler	121
b. Objektif (Nesnel) Teoriler	123
3. <i>Diğer Hukuk Sistemlerine Genel bir Bakış</i>	127
a. Fransız Hukukundaki Mücbir Sebep (<i>Force Majeure</i>) Doktrini	127
b. İngiliz Hukukundaki (<i>Common Law</i>) <i>Frustration</i> Doktrini	128
c. İtalyan Hukukundaki Aşırı Külfet (<i>Eccessiva onerosità</i>) Doktrini	130
SONUÇ.....	131
BİBLİYOGRAFYA	135

KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirketi
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AD.	: Adalet Dergisi
ADR	: Alternative Dispute Resolution
Art.	: Artikel/Article
Aufl.	: Auflage
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BIGA	: Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
Bkz./bkz.	: Bakınız
Brit. Y.B. INT'L L.	: British Year Book of International Law
C.	: Cilt
Cal.	: California

Co.	: Company
çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
DSV	: Dauerschuldverhältnisse
DZPO	: Deutsche Zivilprozessordnung
E.	: Esas
ed.	: edition
Ed.	: Editör
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EJSDR	: European Journal of Sustainable Development Research
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
e.t.	: erişim tarihi
FIDIC	: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
H.D.	: Hukuk Dairesi
Harv.	: Harvard
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICC	: International Chamber of Commerce

ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
Int.	: International
IPRG	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
İ.İ.B.F.	: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
L.	: Law
ltd. şti.	: limited şirketi
m.	: madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
Org.	: Organisation
Örn/örn	: Örneğin
par.	: paragraf
Rev.	: Revision

RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Tic.	: Ticaret
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TÜFE	: Tüketici Fiyat Endeksi
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDO	: United Nations Industrial Development Organization
UNITAR	: United Nations Institute for Training and Research
Univ.	: University/Universität
ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

Vol.	: Volume
Y.L.	: Yüksek Lisans
yy	: yüzyıl
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZgS	: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft



GİRİŞ

Sözleşmeler hukukunda isimli ve isimsiz sözleşme ayrımı bulunmaktadır. Buna göre kanunlarda düzenlenen sözleşmeler isimli sözleşme olarak nitelendirilir iken; Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde ve özel kanunlarda düzenlenmeyen, tarafların iradesiyle yaratılan sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir. İsimli sözleşmeler, kanunlarda düzenlenen sözleşmelerin zamanla değişen ihtiyaçları karşılayamaması nedeniyle sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

İsimli sözleşmeler geçtiğimiz yüzyıldaki teknik, ekonomik, sosyal gelişmeler ile bu gelişmelere bağlı olarak değişen bireysel ve toplumsal ihtiyaçların bir sonucudur. Ulaşımın ve iletişimin globalleşmesi sözleşmeleri uluslararası hale getirmiştir. Günümüzde uzun vadeli (*long term*) isimsiz sözleşmeler genellikle farklı ülkelerden taraflar içermektedir. Bu sözleşmelerin tarafları genellikle tüm dünyada etkin biçimde faaliyet gösteren büyük ve çok uluslu şirketlerdir. Bu nedenle isimsiz sözleşmeler genellikle uluslararası niteliktedir. Uzun vadeli isimsiz sözleşmeler globalleşen dünyanın değişen ihtiyaçlarını karşıladığı için ticari ilişkilerdeki ilerlemeyi korumak için gerekli olan koşulların oluşturulmasında da önemli bir etkidir.

Mahkemeler isimsiz uluslararası sözleşmeleri nadiren ele almaktadır. Tarafların tahkimi tercih etmesi, uluslararası ticari tahkimin son yıllarda popüler hale gelmesinden ve birçok hukuk sisteminin tarihi nedenler ile bu sözleşmelerin özel belirleyici niteliklerini ele almamasından kaynaklanmaktadır. Tarafların aralarından doğan uyuşmazlıklarda tahkimi tercih etmesi, bu sözleşmeler ile ilgili ulusal mahkeme kararları oluşmamasına, öğreti ile ulusal mahkemeler arasında bilgi alışverişi olmamasına neden olmaktadır.

İsimsiz sözleşmeler hala kanunlarda düzenleme altına alınmasa da uygulama ve öğreti bu sözleşmelerin kendine has belirleyici nitelikleri olduğunu kabul etmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin belirleyici özellikleri; uzun vade (*long term duration*), teknik nitelik ve hacim, ihlal olasılığı, belirsizlik, ihlale karşı duyarlılık, kompleks olma, tarafların sayısı, karşılıklı bağımlılık, iş birliği ve dayanışma ihtiyacıdır. Bu sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişki ve iş birliği diğer sözleşmelere kıyasla daha yoğundur. İsimsiz sözleşmelere konu projelerin uzun vadeli niteliği bu sözleşme tarafları arasında karşılıklı güveni, esnekliği ve iş birliğini gerektirmektedir.

Uygulamada uzun vadeli isimsiz sözleşme tarafları, bu sözleşmelerin kendine has niteliklerinden kaynaklanan belirsizlikleri azaltmak amacıyla detaylı sözleşmeler hazırlamaktadır. İsimsiz sözleşmelerde uyarlama klotlarının kapsamlı biçimde düzenlenmesi, bu sözleşmelerin ulusal hukuk sistemlerinde ve kanunlarda düzenlenmemesinin bir sonucudur.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde taraflar uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi tercih etmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerde uluslararası ticari tahkim adeta özel bir nitelik haline gelmiştir. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmeler genellikle tahkim klotu içermektedir. Tarafların tahkimi seçmesinin nedenleri; tahkimde taraf iradesinin ön planda olması, hakemlerin alanlarında uzman olması, sürecin tarafsız, gizli, basit ve hızlı olmasıdır. Ayrıca ticari tahkim son yıllarda isimsiz sözleşmeler alanında gelişmiş ve bu sözleşmelerin kendine has özellikleriyle ilgili tecrübe edinmiştir. Bu da tarafların tahkimi tercih etmesini sağlamaktadır. Bu çalışmada bu bağlamdaki iki önemli gelişmeye yer verilmeye çalışılmıştır.

İlk gelişme tahkimin daha fazla ulussuzlaşmasına yönelik eğilimdir. Bu eğilim tahkim yoluyla çözülebilme anlayışının yayılması sonucu tahkimin artan kabulü ile başlamıştır. Bu durum usul kuralları açısından da devam etmiştir. Örneğin, hakem

heyetleri yargılama yerinin zorunlu olmayan usul kurallarına uymak zorunda değildir. Fakat en önemlisi bu eğilimin uygulanacak maddi hukuk bakımından devam etmesidir. Tahkimde taraflar sözleşmeye ulusal bir hukuk yerine anasyonel kuralların da uygulanmasına karar verebilmektedir. Bu bakımdan *lex mercatoria* yeni nesil tahkim kuralları altında daha fazla kabul görmüştür.

Hakemlerin isimsiz uluslararası sözleşmeleri değişen koşullara uyarlama görevini gün geçtikçe daha fazla üstlenmesi ise ikinci önemli gelişmedir.

Her iki gelişme de geleneksel tahkimin mihenk taşlarını derinden etkilemiştir. Bu gelişmeler isimsiz uluslararası sözleşmelerin tahkimi ile sınırlıdır. Bu çalışmada isimsiz sözleşmelere odaklanmanın bu sözleşmelerin yalnızca özel belirleyici nitelikleri göz önüne alındığında haklı olmadığı gösterilmeye çalışılmıştır.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerdeki uzun vadenin ve karşılıklı güven ilişkisinin bir sonucu olarak bu sözleşmelerde fesih son çare olarak görülmektedir. Koşullarda öngörülemeyen bir değişiklik olduğunda ve edim dengesi bozulduğunda öncelikle sözleşmenin uyarlanması tercih edilmektedir. Tarafların aralarındaki sözleşmelerinde uyarlama klotuna yer vermesi halinde sözleşme bu klot uyarınca uyarlanmaktadır. Ancak tarafların sözleşmelerinde uyarlamaya ilişkin bir düzenlemeye yer vermemesi halinde sözleşme üçüncü kişi tarafından uyarlanmaktadır. Hakem heyeti uyarlama yaparken tarafların menfaatlerini ve beklentilerini de göz önünde bulundurmalıdır. Edimler arasındaki dengenin sözleşmenin uyarlanmasıyla sağlanamaması halinde ise sözleşmenin dönme ya da fesih ile sona ermesi mümkün olmaktadır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde isimsiz sözleşme kavramı, bu sözleşmelerin dogmatik temelleri ve türleri ele alınmıştır. Daha sonra isimsiz uluslararası sözleşmelerin özellikleri incelenmiştir.

İkinci bölümde isimsiz uluslararası sözleşmelere uygulanacak hukuk ve tahkim inceleme konusu yapılmış, devamında ise hakemler tarafından *lex mercatoria*'nın uygulanması ve hakemlerin uygulanacak hukuku seçme yöntemlerine değinilmiştir. Konunun dışına çıkmayacak biçimde tahkimin delokalizasyonuna ilişkin eğilime de yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde sözleşmelerin uyarlanması ve tahkim heyetinin uyarlama yetkisi, uyarlama hükümlerinin yokluğunda sözleşmenin uyarlanması ihtiyacı, akdi uyarlama hükümleri, yeniden müzakere yükümlülüğü, sözleşmenin uyarlanmasında hakemlerin yetkisi ve uyarlama hükümleri bulunmaması halinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması maddi hukuk bağlamında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞME KAVRAMI, TÜRLERİ VE ÖZELLİKLERİ

I. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞME KAVRAMI

A. Genel Olarak İsimsiz Sözleşme Kavramı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda sözleşme kavramı açıkça tanımlanmamış, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulacağı ifade edilerek dolaylı şekilde tarif edilmiştir. Sözleşme kavramı ile bir uygunluk, iki kişinin karşılıklı ve birbirine uyumlu davranışlarından bir borç kaynağının doğumu ifade edilmektedir¹. Sözleşme kavramı öğretide “*belirli bir hukuki sonuca yaratmaya yönelik, birbiriyle uyumlu ve karşılıklı irade beyanıyla oluşan hukuki işlem*” olarak tanımlanmaktadır².

Sözleşmeler hukukunda isimli ve isimsiz sözleşmeler olmak üzere ikili bir ayrım yapılmaktadır. Kanunlarda düzenlenen sözleşmelere isimli sözleşme denir. Borçlar Kanunu’nun özel hükümlerinde ve özel kanunlarda düzenlenmeyen, tarafların iradesiyle yaratılan sözleşmeler ise isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaktadır³. Bazı isimsiz

¹ Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2020, s. 79.

² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013, s.199-202; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, İstanbul, 1985, s.115; Işıktaç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul, 2014, s.320; Kılıçoğlu, a.g.e., s.79; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 18. Baskı, İstanbul, 2020, s.44.

³ Eren, s. 207; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borçlar İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 59; Işıktaç, s. 320, dn. 750; Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFM, 1996, C. LV, s. 263. Yargıtay HGK 2013/1913 E. 2015/1260 K. sayılı kararında isimsiz sözleşmeleri şu şekilde açıklamıştır: “Anayasaya ve Türk Borçlar Kanununa göre taraflar kanunda öngörülen sınırlar içinde diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Buna sözleşme özgürlüğü (akit serbestisi), irade özerkliği denir. Başka bir ifadeyle taraflar kanunda düzenlenmemiş bir akit yapmakta serbest

sözleşmeler uygulamada tipikleşerek belirli isimler almıştır. Ancak bu sözleşmelere isimsiz sözleşme denmesinin nedeni bunların kanunlarda düzenlenmemiş olmasıdır. Kanunda bir sözleşmenin yalnızca ismen zikredilmesi o sözleşmeyi isimli sözleşme yapmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir sözleşmenin kanunlarda yalnızca ismen yer alması o sözleşmeyi isimli sözleşme yapmamaktadır. Burada belirleyici olan husus, bir sözleşmenin TBK ve diğer kanunlarda ayrıntılı biçimde (tanımı, unsurları, tarafların borçları ve sona erme sebepleriyle) düzenlenmemiş olmasıdır⁴.

Kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerin zamanla değişen ihtiyaçları karşılayamaması kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşme tiplerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵. İsimsiz sözleşmeler geçtiğimiz yüzyıldaki teknik, ekonomik, sosyal gelişmeler ile bu gelişmelere bağlı olarak değişen bireysel ve toplumsal ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bilimsel bilgidaki artış ve teknolojiye ileriyeleyle birlikte şirketler büyük ölçüde özelleşerek alanlarında uzmanlaşmıştır. Böylece projeler büyük şirketlerin tek başına altından kalkamayacağı ölçüde kompleks hale gelmiş, bazı projeler ulusal ekonomi kapasitesini dahi aşmıştır. Bu denli yoğun bir baskının sonucu olarak modern ekonominin aktörleri birbirleriyle iş birliği yapmak zorunda kalmıştır. İsimsiz sözleşmeler bu iş birliğinin bir aracı olarak ortaya çıkmıştır⁶.

İsimsiz sözleşmeler genellikle uzun vadelidir. Uzun vade (*long term*) bu sözleşmelerin önemli bir özelliğidir. Bunun nedeni bu sözleşmelerin konusunu oluşturan

oldukları için kanunda öngörölmüş akitlerden karma bir akit yapacakları gibi tamamen kendine özgü (sui generis) bir akitte yapabilirler. Kanunda düzenlenmemiş akitlere isimsiz akitler de denilmektedir (OĞUZMAN, M.K./ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Vedat Y., İst. 2010 s.43). Prof. Fikret Eren'e göre Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında veya özel kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denir" (www.yargitay.gov.tr, e.t. 21.12.2020).

⁴ Aral/Ayrancı, s. 59; Yücer Aktürk, İpek, İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 34.

⁵ Işıktaç, s. 320; Oktay, s. 263-264.

⁶ Frick, Joachim G., Arbitration And Complex International Contracts, Zürich, 2001, s. 3.

projelerin teknik ve finansal sorunlarının yalnızca uzun süreli bir iş birliğiyle çözülebilecek nitelikte olmasıdır. Ancak uzun vade sözleşme tipine göre farklılık gösterebilmektedir⁷. Örneğin, doğal kaynak sözleşmelerinde beş yıl ve üzeri süreler uzun vade olarak kabul edilirken teknoloji sözleşmelerinde on veya on beş yıl ve üzeri sözleşmeler uzun vadeli kabul edilmektedir.

Uzun vadeli isimsiz sözleşmelerin (*long term complex contracts*) konusu genellikle bilimsel, teknik ve endüstriyel gelişmelerdir⁸. Uzun vadeli isimsiz sözleşme taslaklarının uluslararası ihalelerde, uluslararası joint venture'larda ve diğer ortaklık tiplerinde teklif edilmesi olağan bir durumdur. Adeta global bir köy haline gelen günümüz dünyasında uzun vadeli isimsiz sözleşmeler dünyadaki ilerlemelere yardımcı olan koşulların oluşturulmasında önemli bir unsurdur⁹.

İsimsiz sözleşmeler birçok alanda düzenlemeler içerebilmekte ve farklı türde uzun vadeli isimsiz sözleşmeler yapılabilmektedir. Bu durum sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. En önemli isimsiz uluslararası sözleşmelerden bazıları joint venture, franchising ve anahtar teslim sözleşmeleridir. Gelişen teknolojiyle birlikte ihtiyaçların da değişmesi isimsiz sözleşme türlerinin artmasına neden olmaktadır. Bu durum isimsiz sözleşmeleri ayrı ayrı incelemeyi imkansızlaştırmaktadır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerin yalnızca ortak özelliklerine değinilmiştir.

⁷ **Frick**, s. 3. İsimsiz sözleşmeler, sözleşmede belirlenen amacın ya da projenin tamamlanmasını hedeflediği için tarafların edimleri zamanla değişmektedir. Diğer bir ifadeyle bu sözleşmelerin süresini tarafların hedefleri ve sözleşmenin içeriği belirlemektedir. **Frick**, s. 3.

⁸ **Debevoise, Whitney**, "The Arbitrability of Gaps in Long Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts", 17 Harv. Int. Law Journal 122, 1976; **Frick**, s. 3.

⁹ **Frick**, s. 3-4.

B. İsimli Sözleşmelerin Dogmatik Temelleri

Eşya hukukunun ve Roma borçlar hukukunun aksine Türk Borçlar Hukukunda tarafların yapabileceği sözleşmeler *numerus clauses* değildir. Taraflar sözleşme yaparken kanunen önceden belirlenmiş sayı ve tipler ile sınırlı değildir¹⁰. Türk-İsviçre Hukukuna hakim olan en temel ilkelerden biri sözleşme özgürlüğüdür. Buna göre kişiler sözleşme yapıp yapmamakta, yapılan sözleşmeyi (hukuk düzeninin getirdiği sınırlamalar dahilinde) değiştirmekte veya ortadan kaldırmakta özgürdür. Sözleşme özgürlüğü TBK m. 26'da "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*" şeklinde düzenlenmiştir¹¹. Bu düzenleme istenilen içerikte ve tipte sözleşme yapabilmeye ilişkindir¹². Diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonucu olarak taraflar genel ahlak kurallarına ve hukuka aykırı olmamak koşuluyla sözleşme tiplerini belirlemede geniş bir serbestiye sahiptir. Tip özgürlüğü ile kişilerin aralarındaki borç ilişkilerini kanunda düzenlenen sözleşme tipleriyle bağlı olmaksızın serbestçe düzenleyebilmeleri her geçen gün yeni sözleşmelerin oluşturulmasına imkân

¹⁰ Roma hukukunda tarafların belirli sözleşme tipleri dışında sözleşme yapma imkanı bulunmamaktaydı. Bu husus günümüz sözleşme hukuku ile Roma hukukunun sözleşme sistemi arasındaki en temel farktır. Ticari ve ekonomik hayattaki gelişmeler sonucunda Justinianus hukuku eski roma hukukundaki özel tip zorunluluğunu belli ölçüde gevşetmiştir. Bunun sonucunda atipik sözleşmelerin dava edilebilirliği tanınmış, isimli sözleşme kavramı ilk kez 12. yy'da içerdiği anlam ile Justinianus hukukunda görülmüştür. Böylece tip zorunluluğu ve *numerus clauses* kuralı sözleşme hukukundaki etkisini kaybetmiştir. **Oktay**, 266; **Rado, Türkan**, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1992, s. 157 vd.

¹¹ T.C. Anayasası da sözleşme yapma özgürlüğünü bireylerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında kabul etmiş ve 48'inci maddede bu hususu şu şekilde düzenleme altına almıştır: "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*".

¹² **Aral/Ayrancı**, s. 59-62; **Eren**, s. 207; **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul, 2008, s. 9-13; **Yavuz, Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2012, s. 4-5; **Oğuzman/Öz**, s. 25-26; **Kılıçoğlu**, s. 111-118; **Olca, Sinan**, Borçlar Hukuku Açısından Sözleşmelerin Uygulanma Alanının Belirlenmesi Sorunu, Özellikle Taksitle Satış Sözleşmesi Örneği, (Yayımlanmamış Y.L. Tezi), 2016, Ankara, s. 8-9.

sağlamaktadır. Değişen bireysel ve toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerin yetersiz kalması sözleşme hukukunda önemli bir yeri olan isimsiz sözleşmelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹³. Bireylerin günlük yaşamda birbirleriyle olan ilişkilerinde önemli bir rol üstlenen sözleşmeler ortaya çıkacak yeni durumlarda da dönüşüm sağlayacak bir araçtır. Yeni sözleşmeler ile tarafların ihtiyaçları karşılanırken bu sözleşmeler benzer ihtiyaçlara sahip başkaları tarafından da benimsenip yaygınlaşmaktadır. Bu yaygınlaşma yeni sözleşmelerin hukuk gündemine taşınarak sözleşme tipolojisinin genişlemesini sağlamaktadır. Bunun Türk hukuku açısından en belirgin örnekleri know-how ve akaryakıt temin sözleşmeleridir. Know-how ve akaryakıt temin sözleşmeleri kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada bu sözleşmeler sıklıkla akdedildikleri için zamanla belirginleşmiştir. Böylece yeni sözleşmeler yaratılmıştır¹⁴.

C. İsimli Uluslararası Sözleşme Tanımı

İsimli sözleşmeler kanunlarda ayrıntılı biçimde düzenlenmeyen sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, kanunlarda az ya da çok ayrıntılı biçimde düzenlenen isimli sözleşmelerin arasında yer almayan sözleşmelerdir. Tanımı, unsurları, sona erme sebepleri ve tarafların borçları kanunlarda ayrıntılı biçimde düzenlenmeyen sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Ticari sözleşmelerin uluslararası niteliklerinin nasıl tespit edileceği öğretide tartışmalara neden olmuştur. Uluslararası sözleşme kavramı her ülkenin hukuk sisteminde

¹³ **Aral/Ayrancı**, s. 53-54; **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2012, C. I, s.4; **Tandoğan, Haluk**, s. 9; **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2019, s. 70; **İşıktaç**, s. 320-321; **Oktay**, s. 268; **Yavuz**, s. 4-5.

¹⁴ **Yavuz**, s. 13; **İşıktaç**, s. 321-322; **Oktay**, s. 267-268.

¹⁵ **Yavuz**, s. 13; **İşıktaç**, s. 321-322; **Oktay**, s. 267-268.

farklı biçimde tanımlandığından ortak bir tanım yapılması oldukça güçtür. Bu nedenle uluslararası sözleşmenin tanımı için hukuki ve ekonomik ölçüt olmak üzere iki ölçüt belirlenmiştir¹⁶. Hukuki kriter birden fazla hukuk sistemini ilgilendiren sözleşmeleri uluslararası sözleşme olarak nitelendirmektedir. Buna göre sözleşmenin konusu, tarafların vatandaşlıkları veya yerleşim yerleri gibi öğelerde yabancılik unsuru bulunması halinde uluslararası sözleşmeden bahsedilecektir. Ekonomik ölçüt uyarınca ise sözleşmelere uluslararası nitelik veren özellik, yabancılik unsuru yer alıp almadığına bakılmaksızın uluslararası ticaretin yarar sahasına girmesidir. Fransız Yüksek Mahkemesi de bir kararında sözleşmelerin karakteristik niteliğinin uluslararası ticaretin yarar sahasına girmesi olduğuna değinmiştir¹⁷.

İsimsiz uluslararası sözleşmeler, kanunlarda hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenmeyen, değışen bireysel ve toplumsal ihtiyaçlar sonucunda ortaya çıkan, genellikle farklı ülkelerde faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerin sözleşme tarafı olduğ, sözleşme konusu projelerin uluslararası ticaretin yarar alanına girdiğı sözleşmeler olarak tanımlanabilir¹⁸.

II. İSİMSİZ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ

A. Kendine Özgü Yapısı Olan (*Sui Generis*) Sözleşmeler

Kısmen ya da tamamen kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde mevcut olmayan unsurlardan meydana gelen sözleşmelere “kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşmeler” denilmektedir. Burada kanunda düzenlenen sözleşmelerde kısmen ya da tamamen bulunmayan unsurları içeren yeni bir sözleşme oluşturulmaktadır. Geniş

¹⁶ Yavuz, s. 13; Işıktaç, s. 321-322; Oktay, s. 267-268.

¹⁷ Yavuz, s. 13; Işıktaç, s. 321-322; Oktay, s. 267-268.

¹⁸ Yavuz, s. 13; Işıktaç, s. 321-322; Oktay, s. 267-268.

anlamda *sui generis* sözleşmeler tamamen ya da kısmen isimsiz sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesiyle meydana gelmektedir. İsimli sözleşmelerin asli edim yükümlülüklerinin bir araya getirilmediği, kendine özgü bir özü bulunan bu sözleşmeler kendine özgü (*sui generis*) sözleşmelerdir¹⁹. Kendine özgü sözleşmeler geniş olarak ele alındığında bazen kanunlarda düzenlenmiş, bazen de kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmelerin unsurlarını içerdiği için karma sözleşmelere yaklaşmaktadır. Bu sözleşmelerin geniş biçimde ele alınması halinde isimsiz sözleşmelerin türleri arasındaki ayrım ortadan kalkmaktadır. Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde hukuki nitelendirme önem arz etmektedir. İsimsiz sözleşmelerde ise hukuki nitelendirme sözleşme türünün tespit edilmesiyle mümkündür. Sözleşme türünün tespiti için sözleşme türleri arasındaki sınırın şeffaf ve somut olması gerekmektedir. Bu nedenle kendine özgü sözleşmeler daima dar anlamıyla anlaşılmalıdır²⁰. Kredi açma sözleşmesi, know how, lisans, franchising ve tahkim sözleşmesi *sui generis* sözleşmelere örnek teşkil etmektedir²¹.

B. Karma Sözleşmeler

1.Tanımı

Karma sözleşmelerin tanımına ilişkin öğretide tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide geniş ve dar anlamda karma sözleşme ayrımı yapılmaktadır. Geniş anlamda karma sözleşme, isimli veya isimsiz sözleşme tiplerine ait unsurların

¹⁹ Aral/Ayrancı, s. 62-63; Yavuz, s. 13; Tandoğan, s. 13; Oğuzman/Öz, s. 50; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 881; Yücer Aktürk, s. 51.

²⁰ Yücer Aktürk, s. 52.

²¹ Aral/Ayrancı, s. 62-63; Yavuz, s. 13; Tandoğan, s. 13; Oğuzman/Öz, s. 50; Eren, Özel Hükümler, s. 881.

kanunda öngörülmeven biçimde bir araya getirilmesi olarak tanımlanmaktadır²². Dar anlamda karma sözleşme ise kanunda düzenlenen farklı sözleşme tiplerine ait esaslı unsurların kanunda öngörülmeven biçimde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir²³. Karma sözleşmeler geniş anlamda ele alındığında kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler ile arasındaki fark çoğu zaman tamamen kaybolmaktadır. Bu nedenle geniş anlamda karma sözleşmeler *sui generis* sözleşmeler olarak kabul edilmeli ve karma sözleşmeler ilke olarak dar ele alınmalıdır. Bu bakımdan karma sözleşmeler kanunda düzenlenen farklı sözleşme tiplerine ait esaslı unsurların kanunda öngörülmeven biçimde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmeler olarak tanımlanmalıdır²⁴.

Karma sözleşmelerde kanunlarda düzenlenen çeşitli sözleşme tiplerinin asli unsurları isimli bir sözleşme oluşturmayacak, yeni ve özel bir sözleşme meydana getirecek biçimde bir araya getirilmektedir. Nitekim burada farklı sözleşmelerin asli unsurlarından her biri özel bir bağıllık içinde bir araya getirilmektedir. Böylece isimli sözleşmelerden farklı ve yeni bir edim dengesi oluşturulmaktadır²⁵. Karma sözleşmelerde birbirine bağı farklı asli edim yükümlölükleri borçlanılmalıdır. Bir sözleşmede atipik unsur yalnızca tali bir önem taşıyorsa isimsiz sözleşme değil, isimli karma sözleşme söz konusudur²⁶.

²² Aral/Ayrancı, s. 63; Tandoğan, s. 69; Yücer Aktürk, s. 42; Frick, s. 5-6; Eren, Özel Hükümler, s. 871; Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Ankara, 2013, s.157 vd.

²³ Aral/Ayrancı, s. 63; Tandoğan, s. 69; Yücer Aktürk, s. 42; Frick, s. 5-6; Eren, Özel Hükümler, s. 871.

²⁴ Aral/Ayrancı, s. 66; Yücer Aktürk, s. 42.

²⁵ Yücer Aktürk, s. 43.

²⁶ Yücer Aktürk, s. 43.

2. Karma Sözleşmelerin Türleri

Karma sözleşmeler bileşik edimli (kombine) sözleşmeler, çift tipli sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler ve kendisine yabancı edimleri içeren sözleşmeler olmak üzere dört türe ayrılmaktadır²⁷.

a. Bileşik Edimli (Kombine) Sözleşmeler

Taraflardan en az birinin farklı sözleşme tiplerine ait birden fazla asli edim yükümlülüğünü üstlendiği sözleşmelere bileşik edimli karma sözleşme denilmektedir. Burada taraflardan biri farklı isimli sözleşmelere ait birden fazla asli edim yükümlülüğünü üstlenmekte iken diğer taraf genellikle tek bir karşı edim yükümlülüğünü borçlanmaktadır. Bu yükümlülük ise genellikle bedel ödeme borcudur²⁸. Pansiyon sözleşmesi, yatılı okul sözleşmesi ve hastaneye kabul sözleşmesi bileşik edimli (kombine) sözleşmelere örnek teşkil etmektedir²⁹.

b. Çift Tipli Sözleşmeler

Çift tipli sözleşmelerde tarafların borçlandığı edim ve karşı edim farklı sözleşme tiplerine aittir³⁰. Sözleşme tarafları farklı sözleşme tiplerine ait asli edim yükümlülüklerini karşılıklı biçimde üstlenerek bir sözleşme yapmaktadır. Örneğin evin kiralanması karşılığında kapıcılık hizmetinin verilmesinde durum böyledir. Burada taraflardan biri bir şeyin kullanımını devretmeyi borçlanmakta, diğer taraf ise bir bedel

²⁷ Yücer Aktürk, s. 43.

²⁸ Yücer Aktürk, s. 43.

²⁹ Yücer Aktürk, s. 43.

³⁰ Yücer Aktürk, s. 43.

ödemek yerine kapıcılık hizmeti vermeyi üstlenmektedir. Böylece tarafların borçları birbirleriyle değişim ilişkisi içindedir³¹.

c. Çeşitli Tiplere Ait Unsurların Birbirine Karıştığı Sözleşmeler

Bu sözleşmelerde taraflardan biri ya da her iki taraf da fonksiyon itibariyle farklı sözleşme tiplerinin asli edimlerini homojen bir biçimde ayrılmaz bir bütün olarak taahhüt etmektedir. Karma bağışlama, bu sözleşmelerin en tipik örneğidir. Ancak karma bağışlamada ivazlı ve ivazsız sözleşmelerin bütün koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir³². Örneğin 1.000 TL değerindeki bir şeyin 500 TL'ye devrinde bir şeyin kısmen başka bir edim karşılığında, kısmen de bağışlama iradesiyle karşılıksız olarak temlik söz konusudur. Burada kişinin bu şeyi aradaki arkadaşlık ilişkisi nedeniyle düşük bedel ile satması halinde karma bağışlamadan söz edilmez³³.

d. Kendisine Yabancı Yan Edimleri İçeren Sözleşmeler

Bu sözleşmelerde kanunda düzenlenen bir sözleşme tipine ait asli edimlere ek olarak başka bir kanuni sözleşme tipine ait edimin yan yükümlülük olarak borçlanılması söz konusudur. Isıtılması ev sahibine ait olan bir evin kiralınması ve kiralayanın kiralananın temizliğini üstlenmesi bu sözleşmelere örnek gösterilebilir³⁴.

³¹ Aral/Ayrancı, s. 64-65; Eren, Özel Hükümler, s. 872 vd.; Tandoğan, s. 69; Yücer Aktürk, s. 49.

³² Yavuz, s. 12; Aral/Ayrancı, s. 65-66; Tandoğan, s. 75-76.

³³ Tandoğan, s. 72.

³⁴ Yavuz, s. 12; Aral/Ayrancı, s. 65-66; Tandoğan, s. 75-76.

C. Bileşik Sözleşmeler

Bileşik sözleşmelerde hukuken birbirinden bağımsız ve farklı iki veya daha çok sözleşme nitelikleri değişmeden iktisadi fonksiyonları itibarıyla birbirine bağlanmaktadır. Bu sözleşmelerden birinin geçersiz olması veya ortadan kalkması diğerlerinin de geçersiz olmasına veya ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Bu sözleşmelerde farklı sözleşme türlerine ait unsurlar değil, birden fazla sözleşmenin her birinin tamamı bir araya gelmektedir³⁵.

III. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ

Uzun vadeli isimsiz sözleşmelerin özellikleri akdedildiği alanlara göre farklılık gösterebilmektedir. Ancak bu sözleşmelerin belirli ortak özellikleri bulunmaktadır. Bütün sözleşmelerde yer almasa da bu özelliklerin incelenmesi isimsiz uluslararası sözleşmelerin daha iyi anlaşılması bakımından önem arz etmektedir³⁶. Bu özellikler genel olarak uzun soluklu olması (*long term duration*), teknik nitelik ve hacim, ihlal olasılığı ve belirsizlik, ihlale karşı duyarlılık, karmaşıklık (kompleks olma), sözleşmeye dahil olan tarafların sayısı, bağımsızlık, iş birliği ve dayanışma ihtiyacı olarak sıralanabilir.

³⁵ Aral/Ayrancı, s. 66; Tandoğan, s. 75-76; Yücer Aktürk, s. 44-45; Gümüş, s. 6-8. Öğretide bileşik sözleşmelerin isimsiz sözleşme olmadığı görüşünde olan yazarlar vardır. Bu görüşe göre bileşik sözleşmelerde, isimli ya da isimsiz sözleşmeler bir bütün olarak bir araya getirilmekte ve bu sözleşmeler bağımsızlıklarını kaybetmemektedir. Bu nedenle bileşik sözleşmeler isimsiz sözleşme kapsamına girmemekte ve bir isimsiz sözleşme türü olarak nitelendirilememektedir. Bu görüş için bkz. Yücer Aktürk, s. 40-41; Eren, Özel Hükümler, s. 874 vd.; Tandoğan, s. 12, 75-76.

³⁶ Frick, s. 18; Nicklisch, Fritz, “Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge”, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 1986, s. 19; Yücer Aktürk, s. 35.

Bu özellikler isimsiz uluslararası sözleşmelerin diğer uzun vadeli sözleşmelerden ayırt edilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak isimsiz uluslararası sözleşmelerin bu yapısal özellikleri diğer sözleşmeler ile arasında açık bir sınır çizmemektedir. Yeknesak bir isimsiz uluslararası sözleşmeler kategorisi olmadığından isimsiz uluslararası sözleşmeler ve diğer sözleşmeler arasında net bir sınır bulunmamaktadır³⁷.

A. Kanunlarda Düzenlenmemiş Olması

İsimsiz uluslararası sözleşmeler geçen yüzyılın teknik, sosyal ve siyasi gelişiminin bir sonucudur. Bu sözleşmeler yasama organlarının öngörülemediğinden tarihi nedenler ile Kıta Avrupası kanunlarında da düzenleme altına alınmamıştır. Üstelik tüm yasama organlarının önceliği iç ilişkileri düzenlemektir. Kıta Avrupası kanunları klasik sözleşmelere odaklanmaktadır³⁸. Ulusal hukuk sistemlerinde akdedilen sözleşmelerin büyük çoğunluğu ulusal niteliktedir. İsimsiz uluslararası sözleşmeler oldukça büyük hacimli olmasına rağmen sayıca oldukça azdır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerin özel ihtiyaçlarının ve özelliklerinin yasama organları tarafından dikkate alınmaması olağan bir durumdur. Sözleşmeler hukuku genellikle tek bir mantıksal anda ürün veya hizmet karşılığında para alışverişine odaklanmaktadır. Öğretide geleneksel görüşün uzun vadeli isimsiz sözleşme taraflarının yoğun ilişkilerini ve karşılıklı bağılıklarını dikkate almadığı, adeta yok saydığı ifade edilmektedir³⁹. Uygulamada uzun

³⁷ Frick, s. 18.

³⁸ Frick, s. 14; Eren, s. 207; Yücer Aktürk, s. 33-36; Tandoğan, s. 8; Gümüş, s. 4.

³⁹ Frick, s. 14. “Sözleşme hukuku maddi insani ilişkilerin tüm metnini gözden çıkarıp sadece ünlem işaretlerini muhafaza etmiştir.” Macneil, Ian R., “Barriers to the Idea of Relational Contracts”, Ed. Nicklisch, Fritz, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 1986, s. 35. “Sözleşmeler hukuku uzun vadeli iş ilişkileri konusunda vaziyetin can sıkıcılığı ve anlaşılabilirliği ile gerçek anlamda başa çıkacak araçlar geliştirmemiştir.” Llewellyn, Karl, “On Warranty of Quality And Society”, Columbia Law Review, 341, 1937, s. 375.

vadeli isimsiz sözleşme aktörleri ayrıntılı sözleşmeler hazırlayarak ve elverişsiz hukuk kurallarını hariç tutarak kendi çözümlerini bulmaya mecbur bırakılmaktadır. Bu aktörler uzun vadeli sözleşmelerine elverişli bir kurallar çerçevesi oluşturmak zorunda kalmaktadır⁴⁰. Öğretide ekonomik ve teknik ilerlemenin hem daha büyük hem de daha küçük ölçekli projeleri teşvik edeceği, böylece uzun vadeli isimsiz sözleşmelere ihtiyaç duyulacağı da göz önüne alındığında bu sözleşme türünün ileride çok daha büyük bir önem arz edeceği ifade edilmektedir⁴¹.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde genellikle klasik sözleşme anlayışının uygun çözümler bulamadığı özel nitelikli sorunlar söz konusudur. Ulusal hukuklar bu sözleşmelerin konusu olan projelerin yürütülmesindeki karışıklıklar, gecikmeler ve farklı ülkelerden çok sayıda tarafın katılımı ile ilgili sorunlara tam anlamıyla çözüm sağlayamamaktadır. Bu durum uygulamada aktörlerin ayrıntılı sözleşmeler hazırlayarak ve elverişsiz hukuk kurallarını (örn, temerrüt halinde fesih hakkını) hariç tutarak kendi çözümlerini bulmalarına neden olmaktadır⁴².

Uluslararası ticari işlemler tarafların farklı durumları öngörmesini gerektirdiğinden ulusal işlemlerden farklı bir yaklaşım gerektirmektedir. Örneğin, uzun mesafeli ve farklı taşıyıcılar aracılığıyla yapılan uluslararası bir satış, yerinde gerçekleştirilen geleneksel ve yerel bir satıştan çok daha büyük risk önleme tedbirlerini zorunlu kılmaktadır. Oysa ulusal kanunlar genellikle bu tür ihtiyaçlar için tasarlanmamıştır. Bu nedenle hukukun genel ilkeleri veya *lex mercatoria* gibi ulusal olmayan (anasyonel) bir hukuka ihtiyaç vardır⁴³.

⁴⁰ **Frick**, s. 15; **Ekşi, Nuray**, “FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar”, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018, s. 62.

⁴¹ **Frick**, s. 15; **Llewellyn**, s. 375.

⁴² **Frick**, s. 15; **Nicklisch**, s. 2.

⁴³ **Frick**, s. 16; **Erdem, H. Ercüment**, “Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi”, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük,

Uzun süreli isimsiz uluslararası sözleşmeler (*long duration of complex international contracts*) bazı durumlarda geleneksel hukukun elverişsiz ve uygulanamaz hale gelmesine neden olabilmektedir. Örneğin, inşaat ve uydunun yörüngeye oturtulması amacıyla ithali (*construction and bringing into orbit of satellite*) gibi yeni bir teknolojinin gelişmesi için akdedilen bir sözleşme Alman ve Türk-İsviçre hukukuna göre eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten bu ülkelerin kanunlarının lafzına bakıldığında bu tür bir sözleşme klasik eser sözleşmesi kurallarına kolayca intikal edebilmektedir. Ancak ulusal kanunların sunduğu çözümler projenin fizibilitesine, kesin bir çalışma programı bulunmaması gerçeğine, tarafların sıkı iş birliğine, tarafların karşılıklı bilgi ve kontrol haklarına ve birbirlerine bağımlılıklarına ilişkin belirsizlikleri göz ardı etmektedir. Bu nedenle bu tür bir sözleşmeye Türk-İsviçre ve Alman hukuklarının uygulanması uygun olmaz ve bu hukuklar taraflara etkin bir çözüm sunamaz. Uygulamada isimsiz sözleşme taraflarının yeni teknolojiden kaynaklanan bu ve benzeri sorunlara sözleşmesel çözümler bulması gerekmektedir. Bu durum tüm hukuk sistemleri için geçerlidir⁴⁴.

Diğer sorunlar ise isimsiz uluslararası sözleşmelerin taraflarının bazen birbirinden farklı ekonomik ve siyasal altyapılarının olmasıyla ilgilidir. Ekonomik verilerin değişmesi durumunda farklı ülkelerin tarafları arasındaki ilişkilerde genellikle uyarılama ve fesih sorunları ortaya çıkmaktadır. Uygulanacak hukukun belirlenmesine ve hakem

Serhat, İstanbul, 2014, s. 37-73; **Marrella, Fabrizio**, “Lex Mercatoria and The Unidroit Principles: A Shock Or A New Chapter Of Contemporary Private International Law?”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014, s. 76. Anasyonel (*a-national*) hukuk kuralları, ulusal hukuk sistemlerine dahil olmayan ve doğrudan bağlayıcılığı bulunmayan kurallardır. Bu kurallar devletlerin pozitif düzenlemelerinde yer almamaktadır. **Oba**, s. 297-299; **Ayhan İzmirli, Lale**, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı”, ERÜHFD, C. XV, S. 2, 2020, s. 348, dn., 38.

⁴⁴ **Frick**, s. 16.

kararlarının uygulanmasına ilişkin sorunlar genellikle uluslararası nitelikteki işlemler ile sınırlı olup iç ilişkilerde ortaya çıkmamaktadır⁴⁵.

B. Genellikle Uzun Soluklu Olması (*Long Term Duration*)

İsimsiz uluslararası sözleşmeler genellikle uzun süreler ile akdedilmektedir. Uzun süre, isimsiz uluslararası sözleşmelerin önemli bir özelliğidir. Ancak uzun süre tek başına belirleyici bir özellik değildir. Zira kira ve hizmet sözleşmeleri isimsiz uluslararası sözleşmelerin tipik özelliklerini göstermeden yıllardır akdedilmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerde süre sözleşmenin içeriğinin sadece yarısıdır. Bunun nedeni isimsiz uluslararası sözleşmelere konu projelerin temelindeki teknik ve finansal sorunların yalnızca uzun süreli bir iş birliğiyle çözülebilecek nitelikte olmasıdır⁴⁶.

Uzun süre, sözleşmenin türüne ve özelliklerine göre değişmektedir. Doğal kaynak sözleşmelerinde (kömür, uranyum, demir ve doğal gaz, vb.) en az beş yıllık bir süreye uzun soluklu denilmektedir. Uzay veya teknoloji transfer sözleşmeleri gibi diğer alanlarda ise on veya on beş yıllık süre sözleşmeyi uzun soluklu yapmaktadır⁴⁷. Bu nedenle uzun soluklu olması belli bir süreyi ifade eden bir terim değildir⁴⁸.

⁴⁵ **Frick**, s. 16; **Çeliker, Cem**, “Sözleşme Görüşmeleri Safhasında Adil Risk Paylaşımına İlişkin Prensiplerin Gözetilmesi ve Bunun İleride Doğabilecek İhtilafların Engellenmesi Üzerine Etkileri”, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, İstanbul, 2018, s. 6; **Arat, Ayşe**, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Ankara, 2006, s. 156.

⁴⁶ **Frick**, s. 19; **Kurşat, Zekeriya**, *İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, 2017, s. 130; **Kaplan, İbrahim**, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara, 2013, s. 76-78.

⁴⁷ **Frick**, s. 19.

⁴⁸ **Frick**, s. 19; **Lloyd, Humphrey**, “Ansätze zur Anpassung und Streitbeilegung bei Langzeitverträgen”, in: *Der komplexe Langzeitvertrag*, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 1986, s. 392; **Kurşat**, s. 130; **Çalgın, Nazmiye**, “İş Sahibi-Yüklenici-Alt Yüklenici İlişkilerinde Yaşanan Sorunlar”, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, 2018, s. 32, 36-37.

Uzun soluklu isimsiz uluslararası sözleşme taraflarının aralarındaki ilişki sözleşmenin akdedilmesinden çok önce başlayabilmekte ve sözleşme sona erdikten sonra da uzun süre devam edebilmektedir. Bunun nedeni isimsiz sözleşmelerin herhangi bir resmi başlangıçtan önce çok fazla müşterek planlama gerektirmesidir. Aynı sebeple bu sözleşmelerde fesih bazen net ve keskin olmamaktadır. Çünkü bir tarafın sözleşme süresini uzatmak için yenileme hakkına sahip olması ya da hizmet veya garanti yükümlülüğünün olması sözleşme süresinden daha uzun süren yükümlülüklerdir⁴⁹.

C. Sözleşme Konusu Projenin Teknik Nitelikte ve Yüksek Hacimli Olması

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin bir diğer özelliği sözleşme amacının genellikle teknik sistemler ya da tamamen yeni teknolojiler olmasıdır. Teknik sistem grubuna inşaat veya anahtar teslim sözleşmeleri örnek gösterilebilir. İkinci grup olan yeni teknoloji sözleşmesinin örnekleri ise uzayda kalkınma sözleşmesi, havacılık teknolojileri sözleşmesi ile iletişim ve bilgisayar endüstrisindeki sözleşmelerdir.

Bir projenin hacminin ve maliyetinin yüksek olması sözleşmenin finansmanıya ilgili sorunların düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bunun en tipik örneği uzun süreli doğal kaynak sözleşmeleridir. Doğal kaynak sözleşmelerinde madenin çıkarılması, taşınması ve dağıtımı yüksek finansal maliyet gerektirmektedir. Bu nedenle bu sözleşmelerde finansal konuların düzenlenmesi mecburidir⁵⁰.

⁴⁹ **Frick**, s. 20; **Çalgın**, s. 41; **Lenz, Claus H.**, “Yüklenicilerin ve İş Sahiplerinin Taleplerinin İleri Sürülmesine İlişkin Usuller ve Potansiyel Tehlikeler”, çev. Gökçe Kurtulan, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018, s. 115.

⁵⁰ **Frick**, s. 20; **Kurşat**, s. 130-131, 139; **Lenz**, s. 107. Örneğin doğal gaz sözleşmesinde katlanılan yüksek maliyet ancak sözleşmenin uzun vadeyi sağlaması ve finansal konularda ayrıntılı hükümler içermesi halinde geri kazanılabilmektedir. Norveç deniz sahasındaki gazın Almanya, Hollanda, Belçika ve Fransa’ya teslimatı için Troll Projesi olarak adlandırılan proje kapsamında tedarikçi ilk

D. İhlal Olasılığı ve Belirsizlik

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde proje (iş) programının ihlali ihtimali oldukça yüksektir. Fiili durumlardaki değişimler ve proje gecikmeleri isimsiz uluslararası sözleşmelerin doğasının bir parçasıdır. Bu sözleşmelerde iş programının ve maliyet tahminlerinin sözleşme süresince uzatılması gerektiği ekonomik gerçeklikte bilinmektedir. Çünkü isimsiz uluslararası sözleşmeler yüksek risk faktörleri içermektedir. Bu sözleşmelerin başında bütün olası riskleri ve zararları öngörmek neredeyse imkansızdır. Özellikle sözleşmeye dünyanın farklı ülkelerinden tarafların dahil olması durumunda uzun süreli sözleşmenin karmaşıklığına daha kompleks faktörler eklenmektedir⁵¹.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin akdedildiği andaki bu belirsizlik sadece uzun sürenin ve tarafların gelecekteki gelişmeleri öngörebilme yetilerinin sınırlı olmasının bir sonucu değildir. Bu sözleşmelere konu projelerin kompleks yapısı tarafların yükümlülüklerini kesin olarak belirlemeyi imkansız kılmakta ve bu durum belirsizliğe neden olmaktadır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerde miktarı, niteliği ve fiyatı açıkça belirlemek yerine en iyi çaba, iyi niyetle iş birliği gibi genel formüller kullanılmaktadır. Bu durum sözleşmenin süresinden ziyade içeriğinin bir sonucudur⁵². Çünkü uzun soluklu isimsiz sözleşmelerde koşullar sadece sözleşme anında belirsiz değildir. Bu koşullar zaman içinde de değişmektedir. Öyle ki bu sözleşmelerde belirli olan tek şey bu değişimin kendisidir⁵³.

teslimattan önce boru hatları, platformlar, vb. için 18 milyar marktan fazla yatırım yapmak zorunda kalmıştır. Dünya pazarındaki gaz fiyatları bu sırada değişken iken bu tür yatırımlar uzun süreli sözleşme yapmayı gerektirmiştir. **Frick**, s. 20; **Kurşat**, s. 130-131, 139; **Lenz**, s. 107.

⁵¹ **Frick**, s. 20.

⁵² **Nicklisch**, s. 19; **Frick**, s. 21.

⁵³ Örneğin teknoloji transfer sözleşmelerindeki teknik gelişmeler bazı durumlarda projenin maliyetini ve değerini doğrudan etkileyecek değişimlere yol açabilmektedir. **Nicklisch**, s. 20; **Frick**, s. 21.

İsimsiz uluslararası sözleşmeler genellikle çerçeve niteliktedir⁵⁴. Bu sözleşmelerde tarafların yükümlülüklerini tanımlamak için kompleks mekanizmalar ve esnek hükümler kullanılmaktadır. İsimsiz uluslararası sözleşmeler kompleks risk dağıtımı klotları da içermektedir⁵⁵. Çünkü bu sözleşmelerin tarafları genellikle yapılacak tesisin veya yolun sadece planlarda veya fizibilite çalışmalarında var olduğu, koşulların projenin tamamlanması sırasında değişebileceği ve hatta değişeceği gerçeğinin farkındadır. Bir yapı veya inşaat sözleşmesinde proje genellikle gelecekteki tadilat ve değişiklikleri gösteren işin kapsamı isimli bir belgeyle tanımlanmaktadır. Bu sözleşmelerde yaygın olarak kullanılan genel işlem koşulları değişiklikler ile ilgili hükümler içermektedir⁵⁶. Ancak bu sözleşmelerde söz konusu riskleri diğer tarafa kaydırmak her zaman mümkün değildir. Bir isimsiz uluslararası sözleşmeye taraf olarak konuşan bir yorumcu şuna dikkat çekmiştir: *“Bazı belirsizlikleri sözleşmeler yaparak ve belirsizliklerin riskini sözleşmenin diğer tarafına kaydırarak kontrol edebilirim. Bu ancak sözleşme yapmak için yeterli kapasiteye sahip güvenilir kişiler seçmem ve sabit fiyatlı sözleşmeler yapmam ile mümkün olabilir. Fakat benim riskleri dönüştürme yeteneğim sözleşme ortaklarımın geleceği tahmin edebileceklerine inanmalarına bağlıdır”*⁵⁷.

⁵⁴ Uzun soluklu etkinin bir sonucu olarak sözleşme taraflarının haklarının ve yükümlülüklerinin kesin ve hatasız biçimde formüle edilmesi genellikle mümkün olmamaktadır. Bu nedenle uzun süreli isimsiz sözleşmeler genel ve esnek hükümler ile akdedilen çerçeve sözleşmelerdir. **Frick**, s. 21.

⁵⁵ **Nicklish**, s. 20-21; **Frick**, s. 21; **Çeliker**, s. 3-5.

⁵⁶ **Budak, S. Ash**, “Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri”, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Muhtemel Uyuşmazlıkların Çözümü, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları- I, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018, s. 93-95; **Kurşat**, s. 38-43.

⁵⁷ **Frick**, s. 22; **Nicklish**, s. 368. Konusu kısmen belirsiz olan isimsiz sözleşmelerde yüklenici tarafından ifa edilecek hizmetler, sözleşmede henüz kesin olarak tanımlanamamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin başında bu hususta dikkate alınacak kesin bir hüküm koymak mümkün olmamaktadır. Konusu bilim ve teknolojiye mevcut durumun ve gelişmelerin ötesine geçecek ve bu sayede yeni bir çıkış açacak olan kalkınma sözleşmeleri buna örnek gösterilebilir. Diğer bir örnek ise yeraltı inşaatı sözleşmeleridir. Örneğin tünel açmada sert toprak ve kayaların olduğu sahalardaki ilerleme sadece

İsimsiz sözleşmelerin çerçeve niteliği ve gelecekteki gelişmelerin öngörülemezliği sözleşmedeki belirsizliği arttıracak boşluklara neden olmaktadır. Özellikle dört tipik durumda sözleşmede boşluk oluşabilmektedir. Bunlar; tarafların sözleşmenin akdi anındaki bilgi eksikliği nedeniyle belirli noktalarda anlaşma yapmayı ertelemesi, ekonomik, teknik ya da siyasi koşullardaki değişimler nedeniyle öngörülemeyen veya beklenmeyen olayların meydana gelmesi, sözleşmede muğlak ifadelerin kullanılması ve joint-venture taraflarının ortaklığın yönetilmesi konusunda anlaşmazlığa düşmesidir⁵⁸.

E. İhlale Karşı Duyarlılık

Geleneksel sözleşmelerde ihlaller ve gecikmeler genellikle sözleşmeyi tümüyle etkilememektedir. Örneğin edime (esere) karşılık bedelin derhal ödenmesine odaklanan geleneksel eser sözleşmesinde (örn, terzi tarafından bir takım elbise dikimi), edimin ifasındaki ihlal karşılıklı olarak kararlaştırılan teslimat tarihini etkilemediği sürece önemsizdir⁵⁹. İsimsiz uluslararası sözleşmelerde ise durum farklıdır. Bu sözleşmelerde projelerin gecikmesi ve yapılan ihlaller tarafların iş birliğini daha fazla sorgulamasına ve yüklenici için proje maliyetini dahi aşabilen yüksek ek maliyetlere neden olmaktadır⁶⁰. Kaldı ki çeşitli yüklenicilerin birlikte çalıştığı birçok isimsiz uluslararası sözleşmede bir yüklenici işini bitirmeden diğer yüklenici çalışmaya başlayamamaktadır. Bu nedenle

çeşitli araştırmalar ile önceden keşfedilmektedir. Uygulamada oldukça önemli olan bir başka örnek ise yazılım (*software*) sözleşmeleridir. **Nicklisch**, s. 368; **Frick**, s. 22, dn. 97.

⁵⁸ **Frick**, s. 22; **Arat**, s. 96-100; **Çeliker**, s. 10.

⁵⁹ **Yavuz**, s. 435; **Aral/Ayrancı**, s. 402-403.

⁶⁰ Proje aksamaları yalnızca projenin tamamlanma tarihine etki etmemektedir. Aynı zamanda yüklenici için yüksek ek maliyetlere neden olmaktadır. Çünkü projede aksama olması halinde yüklenici hizmetlerini proje programında tanımlanan ve hesaplanan sınır koşulları altında sağlayamamaktadır. İnşaat sözleşmelerinde de projelerdeki gecikmeler son derece yüksek, hatta sözleşme bedelini dahi aşan dolaylı zararlara (iş ve prestij, pazar ya da kâr kaybına) neden olabilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Nicklisch**, s. 368.

İsimsiz uluslararası sözleşme tarafları arasında uzun süre boyunca sözleşmedeki edimin ifası için yakın bir etkileşim olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu sözleşmelerde taraflardan birisinin ifa kabiliyeti diğerlerinin ifasına bağlıdır⁶¹.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin ihlale duyarlı olmasının diğer nedeni taraflar arasındaki zorunlu iş birliğidir. İsimsiz sözleşmelerde taraflar arasındaki yoğun ilişki karşılıklı güven gerektirmekte ve menfaatleri birbiriyle kısmen uyumlu olan tarafların ihlale karşı duyarlılığına neden olmaktadır⁶².

F. Sözleşmenin Karmaşık (Kompleks) Olması

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin kompleks yapısı sözleşme taraflarının edimlerinin karmaşıklığından (kompleks yapısından) kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmelerde taraflar farklı edimlerden oluşan programı ya da proje bütününe sağlama konusunda anlaşmıştır. İsimsiz sözleşmelerde tarafların edimleri genellikle birbirine bağlıdır ve bu da taraflar arasında yoğun bir ilişki kurulmasına neden olmaktadır⁶³. Bazı

⁶¹ **Nicklisch**, s. 368-372; **Frick**, s. 22-23; **Geisinger, Elliott**, “Tahkim Uygulamasında Zarar Miktarının Hesaplanması ve İspatı”, çev. Gökçe Kurtulan, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Muhtemel Uyuşmazlıkların Çözümü, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018, s. 130-133.

⁶² **Frick**, s. 23; **Geisinger**, s. 125; **Lenz**, s. 107. Örneğin, inşaat sözleşmelerinde zaman ile ilgili uyuşmazlıklar işverenin projesinin kararlaştırılan tarihe göre tamamlanmasındaki hayati çıkarlarıyla yüklenicinin değişen koşullar altında işi ifa etmesi veya kararlaştırılan işten farklı bir iş ifa etmesi nedeniyle başlangıçta öngörülen süreye ek süre tüketme mecburiyeti arasındaki çatışmadan doğmaktadır. Bu iki çok güçlü menfaat arasındaki çatışma adeta zaman ile ilgili uyuşmazlıkları alevlendiren bir benzin işlevi görmektedir. **Frick**, s. 23.

⁶³ Karşılıklı birbirine bağlı ürün ve hizmetlerin karmaşıklığı ve teknik, ekonomik, hukuki ilişkiler genellikle sözleşme süresince uyarlanması gereken çok katmanlı, fiili ve kişisel bir ilişki ağını gerektirmektedir. **Frick**, s. 23.

isimsiz uluslararası sözleşmelerin karmaşıklığı ise bu sözleşmelerin fiili temeline ilişkin belirsizlikler nedeniyle artmaktadır⁶⁴.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin karmaşık niteliği, bu sözleşmelerde özel bir planlamayı da zorunlu kılmaktadır. Klasik bir sözleşmede ücret ve miktarın kesin olarak, kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş cins, boyut, kalite, vb. anlamında tanımlanması gerekmektedir. Ancak isimsiz sözleşmeler söz konusu olduğunda belirgin olması gereken bazı hususlar sözleşme ilişkisinin başlangıcında yeterince belirgin olmayabilir⁶⁵. Ani edimli sözleşmelerin özgün ve ölçülü karakteristiği tam ve kesin bir planlamayla sonuçlansa da konu uzun süreli gereksinimler olduğunda sözleşmede esneklik sağlanması gerekmektedir⁶⁶.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin karmaşık yapısı tarafların sözleşmenin doğasındaki belirsizliği en aza indirgeyecek, her iki taraf için de bağlayıcı olacak bir sözleşmeye ihtiyaç duymasına neden olmaktadır⁶⁷. Diğer bir ifadeyle tarafların uzun süreli isimsiz sözleşme ilişkisine girmesinin temel nedeni tahmin edilemeyen bir geleceğe bağlı olarak planlanan sözleşmenin istikrarlı, öngörülebilir, karşılıklı olarak bağlayıcı ve

⁶⁴ Örneğin, uluslararası doğal gaz tedarik sözleşmelerindeki karmaşıklık doğal gaz alanının hacmi ve gelecekteki pazar gelişimiyle ilgili belirsizliklerin bir sonucudur. Uranyum sözleşmelerindeki karmaşıklık ise çok sayıdaki işleme adımının kanunlarca ayrıntılı şekilde düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum sözleşme taraflarının sözleşmenin içeriğindeki şartlara ve belirsizliklere bir tepkisidir. Uzay ya da yazılım sözleşmelerinde ise gelecekteki teknik gelişmeler belirsizdir. İnşaat sözleşmelerinde her proje kendine özgüdür ve bilinmeyen koşullara sahiptir. Her proje kendi şantiyesine, tasarım detaylarına, proje yönetimine, personele ve birçok başka faktöre sahiptir. Teknoloji sözleşmeleri ise sözleşmenin sona ermesinden sonra sır saklama ve bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin kapsamlı ve ayrıntılı hükümler gerektirmektedir. **Frick**, s. 23-24.

⁶⁵ **MacNeil, Ian R.**, “Economic Analysis of Contractual Relations”, 75 Northwestern U.L. Revision 1018, 1981, s. 1029.

⁶⁶ **MacNeil**, Contractual Relations, s. 1030-1031; **Frick**, s. 24.

⁶⁷ **Frick**, s. 24; **MacNeil**, Contractual Relations, s. 1031.

hukuki bir altyapıya sahip olması arzusudur⁶⁸. Bu da değişiklik riskine karşı güvenliği planlama anlamına gelmektedir. Çünkü tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisi temel bir hukuki prensibe (ahde vefa ilkesine) dayanmaktadır. Buna göre taraflardan her ikisi de sözleşmede değişiklik yapmayı kabul etmedikçe (*actus contrarius*) veya şartlar başka hukuki nedenler ile değiştirilmedikçe ya da geçersiz sayılmadıkça taraflar sözleşmede kararlaştırılan şartlara uymakla yükümlüdür⁶⁹.

G. Sözleşmeye Fazla Sayıda Tarafın Dahil Olması

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde planlama derecesi kadar planlamaya katılım da farklıdır. Bu sözleşmelerdeki projelerin karmaşıklığı ve hacmi genellikle müşavirlerin, eksperlerin, yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin katılımını gerektirmektedir⁷⁰. Bunlar farklı sözleşmelerin tarafları olsa da teknik yönden ayrı olan bu sözleşmeler arasındaki bağlantı oldukça yoğundur. Sözleşme tarafları bu yoğun bağlantıyı ana sözleşmelerine ve benzer mekanizmalara atıfta bulunan alt sözleşme klostlarıyla vurgulamaktadır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerde taraf sayısı genellikle diğer sözleşmelere kıyasla daha fazladır. Örneğin, joint-venture sözleşmeleri genellikle birbirine bağlı ve atıfta bulunan yürütme sözleşmeleri ağını içermektedir⁷¹.

⁶⁸ Müller, Peter/Graff, Christian, “Zeitschrift für die gesamte staatswissenschaft”, Journal of Institutional and Theoretical Economics, C. 141, December 1985, s. 547-557; Frick, s. 25.

⁶⁹ Müller/Graff, s. 549; Frick, s. 25; Arat, s. 51-52.

⁷⁰ Frick, s. 25; MacNeil, Contractual Relations, s. 1030; Çalgın, s. 31-36.

⁷¹ Çok farklı organizasyonel yapılara rağmen uzun soluklu isimsiz sözleşmelere konu projelerde çok sayıda katılımcının ortak başarıya ulaşmak için sürekli ve kesintisiz bir iletişim ve iş birliği içinde çalıştığı görülmektedir. İsimsiz sözleşme tarafları o kadar iç içe geçmiş durumdadır ki, bireysel akdi ilişkiler genellikle birbirinden izole edilmiş sözleşmeler olarak görülememektedir. Frick, s. 25, dn. 112.

H. Tarafların Karşılıklı Bağımlılığı, İş Birliği ve Dayanışma İhtiyacı

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişki diğer sözleşmelerden daha yoğundur. Uzun süreli bir projenin karşılıklı güvene dayanan iş birliği (*Vertrauensvolles Zusammenwirken*) olmadan başarılı olması mümkün değildir. Münferit işlemlerde şahsi ilişkinin özü sosyologların birincil olmayan ilişkiler olarak adlandırdığı ilişkidir. Bunlar kişiliğin sadece oldukça sınırlı ve yegâne olmayan çok küçük bir kısmını içermektedir. Diğer bir deyişle, kural olarak münferit işlemlerde ilişkinin diğer tarafının kim olduğunun bir önemi yoktur⁷². Buna karşılık isimsiz uluslararası sözleşmeler tarafların yoğun iş birliğiyle ve taraflar arasındaki ilişki ağıyla nitelendirilmektedir. Bunun en tipik örneği joint-venture sözleşmeleridir. İsimsiz sözleşmelerde iki tarafın da yaptığı yatırımlar uzun süreli menfaatlerin ekonomik paralelliği sayesinde taraflar arasındaki ilişkiyi geliştirmektedir. Bu sözleşmelerde mübadele unsuru genellikle ortaklık benzeri bir iş birliği unsurunun gerisinde kalmaktadır. Örneğin uzun soluklu isimsiz bir inşaat sözleşmesi diğer sözleşmelerden daha fazla ortak girişim niteliği taşımaktadır. Çünkü sözleşmenin bir tarafının ifası, diğer tarafın ya da onun sorumluluğu altındaki kişilerin ifasına bağlıdır. Yüklenicinin ifada bulunması iş sahibinin projeyi, gerekli izinleri, vb. tedarik etmesine bağlıdır⁷³. İsimsiz uluslararası sözleşmelerde her iki taraf da sözleşmenin uzun süreli olarak uygulanabilirliğinin planlamadaki iş birliğine bağlı olduğunu bilmektedir. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerde ifanın gerçekleşmesi için tarafların uzun bir süre boyunca yakın bir etkileşimde olması gerekmektedir. Bu sözleşmelerde bir tarafın önemli ölçüdeki ifa kabiliyeti, diğerlerinin ifasına dayanmaktadır⁷⁴.

⁷² Frick, s. 26; Macneil, s. 1034.

⁷³ Frick, s. 26; Çeliker, s. 6. Buradaki iş birliği dikey ve yatay olacaktır. Yüklenici ve iş sahibi eşit iş birliği ortağıdır.

⁷⁴ Frick, s. 26-27; Çeliker, s. 6.

Bununla birlikte mesele nihayetinde uygulanacak maddi hukuka bağlıdır. Bazı yazarlar⁷⁵ farklı görüşte olsa da Kıta Avrupası hukukları uyarınca sözleşmede aksi yönde özel bir düzenleme olmadığı sürece isimsiz uluslararası sözleşme taraflarının yalnızca sınırlı ve karşılıklı bir iyi niyet yükümlülüğü vardır⁷⁶. İyi niyet yükümlülüğü taraflara sözleşmede veya uygulanacak hukukta belirtilmeyen özel yükümlülükler yükletilerek kötüye kullanılamamaktadır.

⁷⁵ **Müller/Graff**, s. 555.

⁷⁶ ZGB Art.2 uyarınca iyi niyet objektif biçimde makul bir güvenin korunmasını amaçlar ve sınırlarını belirler iken iyi niyet yükümlülüğü kişilerin hukuki ilişkiyle bağlı olduğu diğer kişilerin menfaatlerinin korunmasını ve geliştirilmesini gerektirmektedir. **Frick**, s. 27, dn. 127.

İKİNCİ BÖLÜM

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE

UYGULANACAK HUKUK VE TAHKİM

I. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK

A. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Önemi

Bazı uluslararası sözleşmeler son derece detaylı biçimde tasarlandığından bu sözleşmelerde ulusal hukuka atıfta bulunmaya daha az ihtiyaç duyulmaktadır. Bu sözleşmeler neredeyse öz düzenleyici sözleşmeler (*Rechtsordnungslose Verträge*) dir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde uygulanacak hukukun pratik bir önemi yoktur. Uluslararası tahkime konu bir uyuşmazlık genellikle tamamen uluslararası bir karaktere sahiptir ve isimsiz uluslararası sözleşmeler ile de bağlantılıdır⁷⁷. Sözleşmenin karmaşık (kompleks) metni ve öngörülemeyen fiili durumlar genellikle uygulanacak hukuktan daha önemli olmaktadır. Bu husus dikkate alındığında ulusal hukuk pratik önemini kaybetmektedir⁷⁸.

Uluslararası ticari tahkimde neredeyse bütün uyuşmazlıklar taraflar arasındaki sözleşmeye dayanılarak çözülemeyen hukuki sorunlardan kaynaklanmaktadır. Uluslararası ticari tahkimde sadece sözleşme hükümlerine göre karar verilmesi çok ender

⁷⁷ Bir hukuki ilişkiyi birden fazla hukuk sistemiyle bağlantılı kılan unsura yabancılık unsuru denilmektedir. Bir sözleşme ilişkisinde yabancılık unsuru bulunduğunda bu sözleşmenin tahkimi uluslararası nitelik kazanmaktadır. Ancak burada uluslararası karakterin tespiti tahkim ile ilgili unsurlara (örn, tahkim usulüne uygulanacak hukuka) bakılarak değil, uyuşmazlığın esasına yönelik unsurlara bakılarak tespit edilmelidir. **Akıncı**, s. 56.

⁷⁸ **Frick**, s. 9; **Erdoğan, Feyiz**, “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Muhtemel Uyuşmazlıkların Yönetimi”, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018, s. 21.

görülen bir durumdur⁷⁹. Hakemlerin bir üst norma (içtihat hukuku, yerleşmiş bir prensip, uluslararası konvansiyon hükmü vb.) atıf yapmadan karar vermesi genellikle mümkün olmamaktadır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerde sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi önem arz etmektedir. Örneğin 1987’de ICC tahkim klozu içeren sözleşmelerin yaklaşık %75’i aynı zamanda uygulanacak hukuk ve kurallar ile ilgili bir klov içerir iken %25’i böyle bir hüküm içermemektedir⁸⁰. 2007 yılında ise ICC tahkim hakemlerinin önüne gelen uyuşmazlıkların yaklaşık %80’inde açıkça hukuk seçimi yapıldığı görülmüştür⁸¹.

Uluslararası tahkimde taraf iradesi ön plandadır. Taraflar aralarında akdettikleri sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmektedir⁸². Sözleşmede aksi belirtilmedikçe tarafların belirli bir ülke

⁷⁹ Sözleşme özgürlüğü gereği taraflar her konuyu sözleşme ile düzenleme altına alabilmektedir. Burada taraflar adeta sözleşmenin kanun koyucusudur. Ancak kanun koyucunun her koşulu ve sorunu öngörmesi mümkün olmadığı gibi tarafların da her durumu ve ihtimali öngörememesi ve sözleşmeye hüküm koymaması olağan bir durumdur. Gerçekten pratik anlamda her sözleşmede boşluk bulunmaktadır. Çünkü taraflar genellikle esaslı noktaların belirlenerek hüküm altına alındığı bir ilişki içinde bulunmaktadır. Bu nedenle uluslararası ticari tahkimde sadece sözleşme hükümlerine dayanılarak karar verilmesi nadiren karşılaşılan bir durumdur. **Oktay**, s. 282-283; **Frick**, s. 9.

⁸⁰ **Frick**, s. 9.

⁸¹ **Erdem, B. Bahadır**, “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014, s. 134; **Güven, Koray**, “Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim”, İ.Ü. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 34, S. 2, Ağustos 2014, s. 24; **Aygül, Musa**, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S.3-4, 2004, s. 54.

⁸² Burada tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin yorum gerektirmeyecek, hiçbir tereddüte yer vermeyecek biçimde ortaya koyulması önem arz etmektedir. Örneğin *Dubai Electricity Co. vs. Iran Shipping Lines* davasında taraflar açık hukuk seçimi yapmıştır. Ancak davaya bakan İngiliz mahkemesi, bu açık hukuk seçimini kesinlik içermediği gerekçesiyle kabul etmemiştir. Dava konusu sözleşme uyarınca taraflara İngiliz, Alman ya da İran hukuklarından birini seçme imkanı tanınmıştır. Ancak sözleşmede hangi hukukun hangi şartlar altında seçildiği veya sözleşmenin hangi bölümüne uygulanacağı belirtilmediğinden mahkeme tarafların bu hukuk seçimini belirsizlik nedeniyle geçersiz saymıştır. Mahkeme uygulanacak hukuku objektif bağlama kuralı uyarınca belirlemiştir. **Bayata**

hukukunu seçmesi o ülkenin maddi hukukunun seçildiği anlamına gelmektedir. Bu durumda seçilen ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları ya da usul kuralları uygulanmamaktadır⁸³. Tarafların ulusal hukuk ile ilgili bir anlaşmaya varamamaları halinde ne yapmaları gerektiği ise tartışmalı bir konudur. Öğretide tarafların bir ulusal hukuk yerine hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmaları keyfiyete ve tamamıyla öngörülemeyen sonuçlara neden olabileceği ifade edilmiştir. Ancak aksi görüşe göre⁸⁴ ise uluslararası bir sözleşmede adil yargılanmanın, bağımsızlığın ve tarafsızlığın söz konusu olabilmesi yalnızca o uluslararası ilişkinin hukukun genel ilkeleri uyarınca incelenmesiyle mümkün olabilir. Ancak nihayetinde tarafların hukukun genel ilkelerine atıf yaptığı hüküm hakem heyeti tarafından yorumlanmaktadır. Bu nedenle adil yargılanma, hakem heyetinin hükmü nasıl yorumlayacağına bağlıdır. Ayrıca taraflar belirli bir ulusal hukuk seçmiş olsa dahi bu tür bir hukuk seçimi bazen hakemlerin uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını tayin etme yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır⁸⁵. Örneğin çoğu yargı merci esasen taraflarca yapılan hukuk seçimini kabul etmektedir. Ancak kanunlar ihtilafı kuralları arasında hukuk seçiminin şartları ve etkileri bakımından farklılıklar bulunduğu için hakemler gerekli gördüğünde başka bir hukukun uygulanmasına da karar verebilmektedir. Öyle ki, taraflar uygulanacak ulusal hukuk konusunda temelde hemfikir olsalar da, hakemler bazen bu ulusal hukuka ek olarak hukukun genel ilkelerinin de uygulanması gerektiğine karar verebilir⁸⁶. Bunun nedeni

Canyaş, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, 2012, s. 14 (naklen).

⁸³ **Güven**, s. 23; **Akıncı**, s. 166; **Frick**, s. 9; **Yener Keskin**, **Cansu**, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, İstanbul, 2017, s. 208-210.

⁸⁴ **Frick**, s. 9.

⁸⁵ **Frick**, s. 9.

⁸⁶ 1982 tarihli taraflarca esasa uygulanacak hukukun İran hukuku olarak kararlaştırıldığı 3896 no'lu ICC yargılamasında (*Framatome v. Atomic Energy Org. of Iran*) hakem heyeti İran hukuku ile sıkı sıkıya bağlı kalmamış, hukukun genel ilkelerine atıf yapmıştır. **Güven**, s. 39 (naklen).

uluslararası tahkimin hukuk kurallarını uygulama faaliyeti olmasının yanında yaratıcı ve seçici bir faaliyet olmasıdır. Burada hakemin faaliyeti ve yetkisi, ulusal hukuku uygulayan bir hakimden oldukça fazladır⁸⁷.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin uygulanacak hukuka bağlı olmayan kendine özgü bazı özellikleri ve kuralları vardır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde bu özelliklere ve kurallara odaklanmak gerekmektedir. Nitekim geçtiğimiz yıllarda hakemler bu kuralları uygulamak için hakimlerden daha büyük bir özgürlük elde etmiştir⁸⁸.

B. Uygulanacak Hukukun Seçiminde Kuralları Yumuşatma Eğilimi

Tahkimde maddi hukuk belirlenirken taraf iradesine öncelik verilmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmektedir. Taraflar açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapabilir⁸⁹. Uygulanacak maddi hukuku belirleyen kurallar ve hakemlere verilen genişletilmiş takdir yetkisi, özellikle isimsiz uluslararası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara bu sözleşmelerin kendine has niteliklerine uygun çözümler bulunmasına imkan sağlamaktadır⁹⁰.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu hakemlerin uygulanacak hukuku belirleme

⁸⁷ **Güven**, s. 14; **Akıncı**, s. 229-230.

⁸⁸ **Frick**, s. 10; **Güven**, s. 14.

⁸⁹ **Akıncı**, s. 229; **Yener Keskin**, s. 208. Örtülü hukuk seçiminde tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda birbiriyle uyumlu iradeleri mevcuttur. Ancak bu irade sözleşmede açıkça belirtilmemiştir. Burada hakemin bu iradeyi ortaya çıkartması gerekmektedir. Örtülü irade tespit edilirken sözleşmenin yapıldığı yer hukukundan, sözleşmede atıf yapılan belirli bir hukuka özgü terimlerden veya kurallardan ya da yetki sözleşmesinden faydalanılabilir. **Akıncı**, s. 229.

⁹⁰ **Frick**, s. 11.

yöntemine çağdaş bir örnek teşkil etmektedir. MÖHUK m. 24/1⁹¹ ve IPRG Art. 187⁹², taraflara hukuk seçimi özgürlüğü tanımaktadır. Buna göre hakem heyeti tarafların seçtiği hukuk kurallarına göre karar verir. Tarafların uygulanacak hukuku seçmemesi halinde ise uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukuk uygulanır. Benzer yaklaşım İtalya ve Almanya gibi diğer Kıta Avrupası hukuk sistemleri tarafından da benimsenmiştir⁹³.

Uygulanacak hukukun esnek şekilde belirlenmesi eğilimi doğası gereği hakemlere uygun olmadığını düşündükleri bir hukuku uygulamaktan kaçınma imkanı vermektedir. Bu nedenle uygulanacak hukukun esnek biçimde belirlenmesi eğilimi bazı riskler taşımaktadır. Ancak bu eğilim, tahkim sürecinin temel karakterini kapsayan ve belki de tahkimin kaderini etkileyen tahkimin delokalizasyonu ya da uluslararasılaştırılması terimi altındaki bir gelişmenin parçası olarak görülmelidir⁹⁴. Tahkimin milli hukuklara tabi olmadan, ulusal değer yargılarının dışında var olabilmesi ve ulusal mahkemelerin yardımına ihtiyaç duymaksızın etkin olabilmesi bir idealin içeriğini oluşturmaktadır⁹⁵.

⁹¹ MÖHUK m. 24/1: “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir”.

⁹² IPRG Art. 187: “Hakem heyeti, taraflarca seçilen hukuk kurallarına göre karar verecektir. Taraflarca bir hukuk seçimi bulunmadığı takdirde hakemler uyuşmazlığın en yakın bağlantılı olduğu hukuk kurallarını uygulayacaktır. Taraflar hakem heyetine hakkaniyet içinde karar verme yetkisi verebilir”.

⁹³ **Frick**, s. 11; **Güven**, s. 31.

⁹⁴ **Frick**, s. 272. Delokalize ve ulusal olmayan kararlar terimleri genel olarak uygulanacak ulusal hukuktan çıkarma anlamına gelmektedir. Öğretide ulusal olmayan (anasyonel) terimi bağlayıcı gücü kararın verildiği yer hukukundan değil, başka bir hukuktan kaynaklanan kararlar için kullanılmaktadır. **Frick**, s. 273; **Paulsson, Jan**, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin”, 30 ICLQ, Cambridge, 1981, s. 358-368.

⁹⁵ **Frick**, s. 268; **Yeşilova, Bilgehan**, “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 83. 1950’li yıllardan itibaren tahkimin ulusal bir hukuka tabi olmaksızın geçerli olabilmesinin sağlanması, delokalize (*delocalised*) olarak da yürütülebilmesi savunulmuştur. Ancak New York Sözleşmesi’nin hazırlandığı o yıllarda bu düşüncelerin erken olduğu düşünülmüştür. Ulusal hukukların uluslararası tahkim anlayışıyla çatışan, geleneksel yaklaşımlarından uzakta, ulusal mahkemelerin yardımına ihtiyaç duymayan ve denetimine

Uluslararası tahkim sürecinin karşılaştığı temel sorunun ulusal hukuk sistemleri tarafından engellenmesi olduğunun kabul edilmesi, diğer devletler ile yapılan tahkim anlaşmalarının ve kararlarının geçerliliğini tanıyan ve bunların uygulanmasını kolaylaştıran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu süreçten sonra daha ileri bir gelişme olarak tahkimin herhangi bir ulusal hukuktan ayrılıp ayrılamayacağı gündeme gelmiştir. Böyle bir uluslarüstü (*supranational*) tahkim fikri tahkimin varlığını, geçerliliğini veya etkisini belirli bir ulusal hukuka borçlu olmamasıdır⁹⁶. Bugün için uluslararası ticati uyuşmazlıkları çözmek amacıyla kurulmuş uluslarüstü nitelikte bir mahkeme bulunmamaktadır⁹⁷.

Tahkimde taraflar tahkim usulünü belirlemede irade serbestisine sahiptir. Bu nedenle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk belirlenirken belirli bir kanunlar ihtilafı sistematığının izlenmesi gerekmemektedir. Bu da belirlenecek hukukun ulusal bir hukuk olması gerekmediği anlamına gelmektedir. Hakemler yalnızca gerçek anlamda bir uluslararası kamu düzeniyle (*truly international public policy*) bağlıdır⁹⁸. Delokalizasyon (*delocalisation*) düşüncesinin ana esasları tahkimin varlığı ve geçerliliği için *lex mercatoria* gibi ulusötesi (*transnational*) bir hukuk düzeni dışında hiçbir ulusal hukuk normuna ihtiyaç duyulmaması, gerekli olduğu takdirde gerçekleştirilecek bir denetimin yalnızca hükmün tenfiz ve icra edileceği ülke mahkemelerince dar bir biçimde yapılmasıdır⁹⁹.

tabi olmayan bir tahkim anlayışı günümüzde dahi kolay ve tereddütsüz bir biçimde kabul edilememektedir. **Yeşilova**, s. 83.

⁹⁶ **Frick**, s. 272.

⁹⁷ **Akıncı**, s. 1; **Frick**, s. 273.

⁹⁸ **Yeşilova**, s. 83.

⁹⁹ **Eskiyörük, Serhat**, “Towards a Transnational Dispute Resolution”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014, s. 168-177; **Yeşilova**, s. 113.

Uluslararası tahkim, uluslararası ticari sözleşme taraflarının aralarındaki uyuşmazlıkların ulusal olmayan esnek bir yargı sisteminde çözülmesi yönündeki isteklerinin bir sonucudur. Sözleşme tarafları esnek yargılamaya ilave olarak tahkim anlaşmasının tanınmasını ve icra edilmesini istemektedir. Ayrıca hakemlerin tarafsız ve adil olmaları, kararın kesin ve bağlayıcı olması ve kolaylıkla icra edilebilmesi de tarafların beklentilerindendir. Bu beklentiler de ulusal bir hukuka ve mahkemeye duyulan ihtiyacı pekiştirmektedir¹⁰⁰.

C. İsimli Uluslararası Sözleşmeler ve *Lex Mercatoria*¹⁰¹

1960'lı yıllar küreselleşmenin ve postmodernleşmenin yoğun olduğu yıllardır. Bu dönemde yabancı sermaye yatırımları yaygınlaşmış, çok uluslu şirketler etkinliklerini arttırmış ve uluslararası ticaret oldukça gelişmiştir. Bu gelişmeler uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırma çabalarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Modern devlet kavramının şekillendirdiği ulusal hukuk düşüncesi, küresel ekonomiyle ortaya çıkan

¹⁰⁰ *Transnational* ve *a-national* tahkim esasen *lex mercatoria*'ya işaret etmektedir. Günümüzde uluslararası ticaret hukukuna göndermede bulunan hakem kararları olduğu iddia edilmektedir. Öyle ki uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası bir hukuk düzeni yaratıldığı dahi söylenmektedir. Ancak *UNCITRAL* Model Kanunu ile birlikte ulusal mevzuatların yeknesaklaşması tahkimin tabiiyetleştirilmesi (*denationalised*) düşüncesinin faydasız olduğunun düşünülmesine neden olmuştur. Nitekim devletlerin kendilerine ait yargı düzenleri olduğu ve tahkimin mahkemelere ihtiyacı olduğu müddetçe tam bağımsızlık yalnızca ideal olarak kalacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yeşilova**, s. 122 vd.

¹⁰¹ Ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası ticari uyuşmazlıkların ihtiyaçlarını karşılayamaması ve kanunlar ihtilafı kurallarının karmaşıklığı uluslararası ticaretin ihtiyaç duyduğu kuralların geliştirilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda uluslararası hukukta az sayıda olan maddi hukuk kurallarını tanımlamak için “uluslararası ticaret hukukuna özgü normlar bütünü” oluşturulmuştur. Ticaret hukukunda bu normlar bütünü *lex mercatoria* olarak tanımlanmaktadır. **Erdem**, s. 37. Yeni *lex mercatoria*, uluslararası ticari uyuşmazlıkların ulusal hukuklardan bağımsız olarak çözülmesi amacıyla ticari ilişkiler, mahkeme veya hakem kararları ile organik olarak gelişen uluslararası ticaret hukukuna özgü normlar bütünü olarak tanımlanabilir. **Güven**, s. 4-5.

ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir. Böylece ulusal hukuk anlayışı tamamen işlevini kaybetmese de uluslararası bir düzeye evrilmiştir¹⁰². Küresel ekonomiyle artan talepler uluslararası ticari ilişkilerin hızlı bir biçimde artmasına ve tarafların devlet mahkemeleri yerine hakemleri tercih etmesine neden olmuştur. 1990 yılından günümüze kadar olan süreçte ise daha önceleri özel uyuşmazlık çözümünün imkansız görüldüğü alanlarda dahi uluslararası tahkim daha fazla kabul görmeye başlamıştır. Bu kabulün nedeni çağdaş uluslararası ticaretin ulusal ve geleneksel düşünceden farklı çözümler gerektirdiğinin anlaşılmasıdır¹⁰³. Mitsubishi davasında¹⁰⁴ ABD üst derece mahkemesi uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının öngörülebilirliğine duyulan ihtiyaca ve ulusötesi mahkemelerin yeteneklerine gösterdiği saygıya vurgu yaparak uluslararası tahkimin uluslararası ticaret açısından önemini vurgulamıştır. Ayrıca mahkeme, uluslararası ticarete ilişkin bütün uyuşmazlıkların ulusal yasalar altında ve ulusal mahkemelerde çözümlenmesini savunan yerel (dar) düşüncenin terk edilmesi gerektiğini benimseyen görüşten de etkilenmiştir¹⁰⁵. Mahkemenin bu tutumu uluslararası ticaretin ulusal bir yaklaşımdan ziyade uluslararası bir yaklaşımı gerektirdiğine, hiçbir ülkenin uluslararası işlemlere ve bu işlemlerin

¹⁰² **Güven**, s. 18; **Aygül**, s. 49-50; **Bingöl, F. Itır**, “Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku’ndaki Yeri”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1958.

¹⁰³ **Frick**, s. 11-12; **Akıncı**, s. 3-4; **Güven**, s. 18-19; **Işıktaç**, s. 333; **Yener Keskin**, s. 9-11. Ülkelerin hukuk sistemlerindeki farklılıkların uluslararası bir piyasayı imkansız hale getirmesi, ulusal hukukların uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıkları çözmede yetersiz kalması ve uluslararası ticari sözleşmelere tahkim klotu konulması eğiliminin giderek artması *lex mercatoria*’nın gelişiminin günümüzde aldığı görünümüdür. Bu durum uluslararasılaşma eğilimine neden olmuştur. **Işıktaç**, s. 333.

¹⁰⁴ *Mitsubishi Motors vs. Soler Chrysler-Plymouth, US Supreme Court, 1985, No. 83-1569*. Mitsubishi’ye kadar tekelciliği önleme iddialarının tahkim yoluyla çözülemeyeceğine ilişkin katı bir düşünce bulunmaktaydı. Mitsubishi’deki yüksek mahkeme bu katı ilkenin uluslararası sözleşmelere uygulanamayacağını savunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. **Sopata, Lisa**, “Mitsubishi Motors Corp. v. Soler ChryslerPlymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, V. 3, Issue 3, Spring, 1986, s. 595-617.

¹⁰⁵ Mahkeme tahkim şartının bir tür uzmanlaşmış forum seçim şartı olduğuna, kamu hukuku meselelerinin ilk olarak tahkim heyeti tarafından duyulması, belirlenmesi ve mahkemeye çıkarılması gerektiğine hükmetmiştir. **Frick**, s. 12.

taraflarına kendi hukuk ve yargılama sistemini öylece dayatmaması gerektiğine dair emsal kabul edilmiştir¹⁰⁶.

Ulusal bir hukuk yerine *lex mercatoria*'nın münhasıran uygulanması halı¹⁰⁷ dışında uluslararası sözleşmeler de dahil olmak üzere bütün sözleşmeler hala taraflarca seçilen veya sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen belirli bir ulusal hukuka tabidir¹⁰⁸. Tarafların sözleşmeye bir ulusal hukukun uygulanmasını

¹⁰⁶ Frick, s. 12.

¹⁰⁷ Burada uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda *lex mercatoria*'nın zımni olarak seçilip seçilemeyeceğinin üzerinde durmak gerekir. Sözleşmede bir ulusal hukuk belirtilmemiş ve dostane aracı gibi *lex mercatoria*'nın temel kurumlarına doğrudan gönderme yapılmış ise hukuk seçiminin *lex mercatoria*'nın uygulanması yönünde olduğu kabul edilmektedir. Benzer şekilde ulusal hukuk seçilmemiş ve uluslararası tahkime doğrudan bir gönderme yapılmış ise *lex mercatoria* zımni olarak seçilmiş olmaktadır. **Işıktaç**, s. 334-335; **Akıncı**, s. 234-235. *Elf Aquitaine Iran (France) v. National Iranian Oil Co.* (14.01.1982) ad hoc tahkim kararında 1966 tarihli sözleşmede hukuk seçimi klozu bulunmaktadır. Sözleşmeye göre hakem mutlak surette hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmayacaktır. Hakem hakkaniyete, hukukun genel ilkelerine ve özellikle uluslararası hukuka göre karar verecektir. **Güven**, s. 42. 1979 tarihli *Pabalk Tic. Ltd. Şti. v. Norsolor S.A.* (26.10.1979, ICC Award No: 2121) ICC tahkim kararında ise bir devlet hukukunun seçiminde zorluk yaşayan hakemler *lex mercatoria*'yı uygulamaya karar vermiştir. **Güven**, s. 46-47; **Aygül**, s. 83. 1963 tarihli *Sapphire v. National Iranian Oil Co.* (15.03.1963, ILR., 35) kararına konu uyuşmazlıkta açık bir hukuk seçimi yapılmamıştır. Hakem uyuşmazlığa İran hukukunu uygulamayı denemiş ancak sözleşmenin uluslararası niteliği nedeniyle İran hukukunu uygulamaktan vazgeçmiştir. Hakem sözleşmenin 38'inci maddesinin iyi niyet ve dürüstlük ilkelerine göre ifayı öngördüğünü belirtmiştir. Hakem buna benzer hukuki uyuşmazlıkları çözümleyen hakem kararlarında bu biçimdeki bir kloza bir devletin iç hukukunun doğrudan uygulanmasının uygun olmadığına hükmedildiği ve çağdaş ülkelerin ortak uygulamalarının ve hukukun genel ilkelerinin uygulanmasının daha doğru olacağı gerekçesiyle sözleşmedeki mücbir sebep klosuna vurgu yaparak bunun uluslararası hukukun ilkelerine açıkça bir gönderme olduğuna karar vermiştir. Böylece hakem söz konusu uyuşmazlığa ulusal hukukun uygulanmamasına karar vererek hukukun genel ilkelerini uygulamıştır. **Güven**, s. 43-44.

¹⁰⁸ **Akıncı**, s. 230. Uluslararasılık bakımından bir sözleşme ilişkisi içinde irade serbestisi kavramının en tipik yansıması tarafların uygulanmasını istedikleri hukuku kendilerinin seçmesidir. Taraflar sözleşmenin herhangi bir milli hukuka ya da doğrudan *lex mercatoria*'ya tabi olmasını kararlaştırabilir. **Akıncı**, s. 231; **Işıktaç**, s. 334. Uygulanacak maddi hukuka ilişkin bir delokalizasyon, tarafların ilişkilerini *lex mercatoria* ve uluslararası hukuk gibi ulusal olmayan standartlara tabi tutmaya olanak sağlamıştır. Öğretide hakemler uluslararası sözleşmelerin yalnızca *lex mercatoria* ve ticari

kararlaştırmaları halinde uluslararası ticari uygulama ve teamüllerin bu sözleşmeye uygulanması sözleşmenin kendine özgü iç hukuku bağlamında yapılmalıdır¹⁰⁹.

Lex Mercatoria, farklı ülkelerin taraflarının dahil olduğu birçok ticari işlem ve iş ilişkisinin uygulamada uluslararası hale geldiği gerçeğini yansıtmaktadır. Bu fiili uluslararasılaştırma, bir olayın unsurlarının millileştirilmesi (ulusal hukuk ışığında değerlendirilmesi) gerektiğini savunan geleneksel ulusal kanunlar ihtilafı teorisine karşıdır. Fiili uluslararasılaşma, uluslararası kabul görmüş ticari uygulamaların gelişiminin bir yansımasıdır¹¹⁰. Bu nedenle uygulamada çeşitli uluslararası ticari terimler geliştirilmektedir. Örneğin inşaat sektöründe uluslararası standart sözleşmeler

teamül kurallarına tabi olmaları, bağlayıcı güçlerini herhangi bir ulusal yasadaki almamaları halinde uluslararası sözleşmelerin tamamen ulussuzlaşmasından yana olduklarını dile getirmektedir. **Von Mehren, Arthur**, “To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous”, ed. Fouchard/Kahn/Lyon-Caen, *Le Droit des Relations Économiques Internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Paris, 1982, s. 842. ABD merkezli bir şirket Meksika’da mal üretebiliyorsa, bunları Asya’da satabiliyorsa ve Avrupa’da araştırma yapabiliyorsa ulusal sınırların önemi oldukça azdır. Ulussuzlaştırma kavramının savunucularına göre bu tahkim yargılamalarındaki ulusal hukukun rolünün de azalması anlamına gelmektedir. **Frick**, s. 277. *Internationalist* eğilime göre taraflar uygulanacak ulusal hukuku bertaraf edebilir ve tahkim usulü için usul kuralları dizini seçebilir ya da yaratabilir. Böylece geleneksel eğilimin aksine ulusal hukuka değil, tarafların aralarındaki sözleşmeye üstünlük tanınacaktır. **Eskiyörük**, s. 169. Günümüzde *lex mercatoria* ve benzer anayonel kuralların uygulanacak maddi kurallar olarak uygulandığı tahkim kararlarının icrası mümkündür. New York Sözleşmesi uyarınca bir mahkemenin kararın icrası üzerindeki yargı yetkisini kullanması için ulusal bir yasayı uygulamasına gerek yoktur. Tarafların hakemlere *lex fori* kurallarından başka (*lex fori*’nin zorunlu usul kuralları dışında) usul kurallarını uygulama yetkisi verebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Benzer biçimde tarafların bu tür kuralları açıkça seçmiş olması koşuluyla hakemlerin bir uyuşmazlığın esasına ilişkin anasyonel bir hukuku (*lex mercatoria*) uygulayabileceği kabul edilmiştir. **Frick**, s. 277 vd.

¹⁰⁹ **Draetta, Ugo/Lake, Ralph B./Nanda, Ved B.**, “Breach and Adaptation of International Contracts: An Introduction to Lex Mercatoria”, *International Journal of Legal Information*, Volume 20, Issue 2, New York, 1992, s. 3; **Frick**, s. 13; **Aygül**, s. 80. Ulusal hukukun geçerli olduğu durumlarda sözleşmenin isimsiz uluslararası sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın ulusal hukuk uygulanmaktadır. Ayrıca her ulusal maddi hukuk, isimsiz uluslararası sözleşmelerin özel kurallarının hangi kapsamda uygulanması gerektiğini bizzat kendisi belirlemektedir. **Frick**, s. 13, dn. 49.

¹¹⁰ **Frick**, s. 13.

hazırlanmaktadır¹¹¹. Konşimentodaki, deniz sigortası ve poliçesindeki, akreditifteki çeşitli klotlar ve tahkim klotları uygulanacak hukuka bakılmaksızın yeknesaktır. Birçok tahkim kararının gerekçesinde ulusal hukuk sisteminden ziyade müşterek uluslararası hukuki normların emsal olarak alınması da aslında bu gelişmenin bir yansımasıdır. Bu uluslararasılaşma eğilimi her şeyden önce isimsiz uluslararası sözleşmeleri ilgilendirmektedir. Bu nedenle öncelikle isimsiz uluslararası sözleşmelerin özelliklerine odaklanmak gerekmektedir¹¹².

D. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI UYARINCA BELİRLENMESİ

1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24'üncü maddesi ve IPRG Art. 187 gibi tahkime ilişkin modern kanunlar ile tahkim kurumlarının kuralları, evrensel bir ilke olan irade özerkliği ilkesini kabul etmektedir¹¹³. Buna göre

¹¹¹ Çeliker, s. 6.

¹¹² Frick, s. 14

¹¹³ Frick, s. 45; Akıncı, s. 229. Yargıtay kararlarında Türk Hukukunda irade özerkliğinin, sözleşme serbestisi ilkesinin ve tip özgürlüğünün hakim olduğunu belirtmektedir. Yargıtay 13. H.D. 25.11.2019 T., 2017/4038 E. 2019/11484 K. sayılı kararında sözleşme serbestisi ilkesini, irade özerkliğini ve tip özgürlüğünü şöyle açıklamıştır; “Türk Borçlar Hukukunun temelini sözleşme serbestisi ilkesi oluşturur. Sözleşme özgürlüğü esasında liberalizmin ve bireyciliğin savunduğu irade özerkliği fikrine dayanır (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, ... 2015, s.297). Bu fıkre göre kişiler hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ve kendi sorumlulukları altında diledikleri gibi düzenleme imkanına sahiptir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin konusunu, tipini, şeklini belirleme ve sözleşmede değişiklik yapma ya da sözleşmeyi sona erdirmeye serbestilerini de içerir. Bir değerler düzeni olan hukukta en büyük değer insandır. İnsan özgür bir varlık olduğundan kendi kaderini kendisi belirlemeli, kendi işlerinin efendisi

taraflar aralarında doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilir. Bu durumda hakemler sözleşmeye ve tarafların uyuşmazlıkların esasına uygulanmasını seçtiği hukuk kurallarına göre karar verir. Diğer bir ifadeyle, tahkimde esasa uygulanacak hukuk öncelikle tarafların iradelerine göre belirlenmektedir¹¹⁴. Taraflarca belirlenen hukukun kabul edilmesi gerektiği düşüncesi kanunlar ihtilafı kurallarının ve uluslararası hukukun genel prensibidir. Tarafların sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü, uluslararası hukuktaki en esaslı mihenk taşlarından biri olup genellikle bütün ulusal hukuk sistemleri tarafından kabul edilmektedir¹¹⁵.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin tahkiminde uygulanacak hukukun seçiminde olağan kurallar uygulanmaktadır. Taraflar hukuk seçimini açık veya örtülü, doğrudan ya da dolaylı yapabilmektedir¹¹⁶. Tarafların yalnızca bir ulusal hukuku değil diğer (*lex mercatoria* vb.) kuralları da seçmesi mümkündür. Ancak taraflar hukuk seçiminde sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir. Tarafların hukuk seçimine ilişkin bazı sınırlamalar mevcuttur¹¹⁷. Tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü, özellikle özel kişiler ile

olmalıdır. Bu düşüncenin sonucu olarak irade özerkliği kural, sınırları ise istisnadır (Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, ... 2015, s. 299)”. Benzer yöndeki karar için bkz. Yargıtay 3. H.D. 17.03.2016 T. 2015/7901 E. 2016/4120 K. (www.yargitay.gov.tr, e.t. 14.02.2021).

¹¹⁴ **Frick**, s. 45; **Akıncı**, s. 229.

¹¹⁵ **Frick**, s. 45; **Akıncı**, s. 165-167; **Bayata Canyaş**, s. 7-8.

¹¹⁶ Tarafların esasa uygulanacak hukuktan söz etmeden belirli bir tahkim kurumunun kanunlar ihtilafı kurallarını seçmesi dolaylı yoldan bir hukuk seçimidir. **Frick**, s. 45; **Akıncı**, s. 229; **Bayata Canyaş**, s. 8; **Erdem**, s. 44.

¹¹⁷ Kanuna karşı hile (*fraudem legis*) durumunda bazı sınırlamalar mevcuttur. Uluslararası özel hukukta kanuna karşı hile, bir hukuki ilişkinin taraflarının kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tabi olması gereken hukukun hükümlerinden kaçmak amacıyla hileli bir biçimde bağlama noktasını ve uygulanacak hukuku değiştirmesi olarak tanımlanmaktadır. Kanuna karşı hile halinde taraflar bağlantılı ülke hukukunun emredici nitelikteki kurallarından kaçmak için hukuk seçimi yapmaktadır. 19 Haziran 1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Konvansiyonu’nda ve 17 Haziran 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü’nün 3’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında tarafların kanuna karşı hile ile bağlantılı devlet hukukunun emredici kurallarından kaçamayacakları ifade edilmiştir. **Bayata Canyaş**, s. 16-17.

resmi merciler arasında yapılan yatırım sözleşmelerinde resmi mercilerin uygulanacak hukuku tek taraflı olarak değiştirme gücünü sınırlamak için kullanılmaktadır¹¹⁸.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde uluslararası hakemler, sözleşme taraflarına yabancı kavramları dayatmaktan imtina etme konusunda farklı ve asil bir göreve sahiptir. Öğretide bazı yazarlara göre tarafların sözleşmede açıkça bir hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemler mümkünse taraflara, değil ise kendilerine tarafların uygulanacak hukuka ilişkin neden bir hukuk seçimi yapmadığını sormalıdır¹¹⁹. Elbette tarafların hukuk seçimi yapmayı sadece unutmuş olması veya böyle bir seçimin gerekli olmadığını düşünmesi nedeniyle bir hukuk seçimi yapmamış olması da mümkündür. Ancak bazen taraflar anlaşılmadıkları veya anlaşılmayacaklarını varsaydıkları için uygulanacak hukuk meselesini tartışmaktan kasten kaçınabilmektedir. Bu iki durumda hakemlerin hukuk seçiminde farazi iradeye dayanıp dayanmayacağı gündeme gelmektedir. Farazi irade tarafların bir hukuk seçmesi gerekse idi hangi hukuku veya kuralları seçeceği sorularak belirlenmektedir. Tahkime konu uyuşmazlıkların büyük bir kısmında, özellikle de devletlerin taraf olduğu sözleşmelerde taraf iradelerinin en azından karşı tarafın hukuku

¹¹⁸ Batı Afrika ülkesi olan Liberya hükümeti ile Alman maden arama ve çıkarma ltd. şti. (önceki adı Gewerkschaft Exploration) arasında imzalanan Bong madencilik projesine konu anlaşma uyarınca bir joint-venture şirketi olan Bong Madencilik A.Ş. kurulmuş, Liberya kurumlar vergisinden feragat etmiş ve karşılığında %50 bağımsız sermaye almıştır. Yıllar içindeki toplam yatırım yaklaşık 1 milyar mark olmuştur. Anlaşma ICSID konvansiyonu uyarınca tahkime atıfta bulunmuştur. Hakem anlaşma tarihinden önce veya sonra kanunlaştırılmış veya yürürlüğe konulmuş olup sözleşme şartları ve esasları ile çelişen kanunlar hariç olmak üzere Liberya Cumhuriyeti hukukunu (kanunlar ihtilafı kuralları, sözleşmeler ve uygulanabilecek diğer uluslararası hukuk da dahil olmak üzere) uygulamakla görevlendirilmiştir. **Frick**, s. 45 (naklen).

¹¹⁹ **Frick**, s. 46; **Bayata Canyaş**, s. 8. Uluslararası bir sözleşmede açık bir hukuk seçiminin eksikliği her zaman çarpıcı bir durumdur. Sözleşmede açıkça bir hukuk seçimi yapılmaması hakemlerin bunun altında yatan nedeni bulmak istemesine neden olmaktadır. **Frick**, s. 46.

olmayacağı kabul edilmelidir. Taraflar bu bağlamda karşı tarafın hukukunu seçmeme konusunda örtülü (zımni) menfi bir hukuk seçimi yapmış olmaktadır¹²⁰.

2. Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kurallarının Hakemler Tarafından Belirlenmesi

Tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemek hakem heyetinin görevidir. Bu bağlamda uygulanacak çözümler; tahkim mahkemesinin yerinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, kanunlar ihtilafının genel ilkelerinin uygulanması, uyuşmazlık ile bağlantılı ulusal hukuk

¹²⁰ 3164 numaralı ICC tahkim yargılaması, hakemlerin örtülü menfi hukuk seçimine örnek teşkil etmektedir. Suudi Arabistan devlet teşebbüsü ile imzalanan sözleşme aşağıdaki hukuk seçimi klozunu içermektedir:

“a) Suudi Arabistan hukuku uyarınca bundan böyle Suudi Arabistan yargı yetkisindeki konular söz konusu olduğunda, b) Hakem heyeti tarafından uygulanabilir addedilen hukuk uyarınca Suudi Arabistan yargı yetkisinin haricindeki hususlar söz konusu olduğunda hakem heyeti uyuşmazlığı karara bağlayacaktır. İmam Ahmed İbn Hanbal tarafından öğretildiği ve Suudi Arabistan’da uygulandığı üzere Suudi Arabistan hukuku burada kullanıldığı gibi müslüman hukukudur.”

Tahkim heyeti bu klozda menfi hukuk seçimi yapıldığını kabul etmiştir. Hakem heyeti tarafların Suudi Arabistan hukukuna tabi olunmaması gerektiğine dair ortak tasavvurlarını açıkça belirttiğini, diğer tarafın tabi olduğu Amerikan hukukunun uygulanmasına yer olmadığını, bu nedenle tahkimin sadece uluslararası hukuk tarafından yönetilebileceğini ifade etmiştir. Bu nedenle hakem heyeti taraflarca verilen göstergelere (endikasyonlara) göre davanın esasına uygulanacak hukukun tayin edilmesi gerektiğine ve somut olayın tüm koşulları dikkate alındığında tarafların uygulanacak hukuku seçtiğine ilişkin yeterli göstergenin olmadığına karar vermiştir. Frick’e göre, tarafların karşıt hukukun uygulanmaması için örtülü menfi hukuk seçimi yaptığının varsayılması gereken durumlar olabilmektedir. Ancak bu varsayım tarafların farazi iradesine dayanmamalıdır (Taraflar bir seçim yapsalar idi hangi hukuku seçerdi?). Tarafların farazi iradesine dayanılması sadece hakem heyetinin tarafların kendi iradesine sahip olduğu sonucuna ulaşması halinde yapılmalıdır. Hakemler tarafların bu yönde bir iradesi olmadığını biliyor ise farazi (varsayımsal) bir hukuk seçimi yapmamalıdır. Çünkü farazi bir hukuk seçimi belirleyen hakemler, bu geleneksel yaklaşımı uygun bir seçim olarak gördükleri hukuk ile değiştirme riskini alacak ve böylece *voie directe*’nin en tehlikeli halini takip edecektir. Frick, s. 47.

sistemlerinin kümülatif biçimde uygulanması, hakemlerin kanunlar ihtilafı kurallarını serbestçe seçmesi, sözleşme hukuku (*lex contractus*) kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, tahkim için bir anlaşma olmaması halinde mahkemesi yargı yetkisine sahip olacak ülkenin kurallarının uygulanması, hakem kararının icra edileceği yerin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, her iki tarafın ikametgahının veya tabiiyetinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ve kanunlar ihtilafı kuralları yerine ulusal kuralların doğrudan uygulanması (*voie directe*) dır¹²¹. Uygulamada isimsiz uluslararası sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde tercih edilen yöntemler kanunlar ihtilafının genel ilkelerinin uygulanması ve uyuşmazlık ile bağlantılı ülkelerin hukuk sistemlerinin kümülatif biçimde uygulanmasıdır. Bu nedenle yalnızca bu iki yöntem incelenmiştir.

¹²¹ Gelişmiş her ulusal hukuk sistemi kanunlar ihtilafı için kendi kurallarını barındırmaktadır. Bu kurallar bağlayıcı faktörler olarak bilinen ölçütleri kullanarak belirli bir hukuk sistemiyle sözleşme arasında bağlantı kurmakta veya bu sözleşmeyle bağlantılı olmaktadır. **Redfern, Alan/Hunter, J. Martin**, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, 1999, s. 124. Öğretideki geleneksel görüş hakemlerin *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı sistemini uygulamakla bağlı olduğunu savunmaktaydı. Bu görüşe göre İsviçre merkezli bir tahkim yargılaması durumunda İsviçre kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmalıdır. Ancak kanunlar ihtilafı kuralları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu nedenle bir hakem heyeti kendi yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığında yargılamanın seyri gerçekleşeceği ülkeye bağlı olarak değişecektir. Ancak taraflar tahkim mahkemesinin yerini genellikle kanunlar ihtilafı kuralları dışındaki sebepler ile seçmektedir. Bu durum bilhassa tarafların mahkeme yeri konusunda mutabakat sağlayamadığı durumlarda belirginleşmektedir. Böyle bir durumda bilinen bir mahkeme yeri (yetki) olmadığından (hakemler yetkili mahkeme belirleyene kadar) *lex fori*'yi ve bu nedenle uygulanacak maddi hukuku belirlemek mümkün değildir. Tarafların sözleşmenin akdedildiği andan itibaren uygulanacak hukuku bilmesi gerektiğinden *lex fori*'ye güvenmek pratik olmaz. Ayrıca uluslararası bir hakem ulusal bir hakimden farklı bir konumdadır. Uluslararası hakemlerin yetkileri devletlerin yargı sistemlerini düzenleyen ulusal bir hukuktan değil, tahkim anlaşmasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası hakem tam anlamıyla bir iç hukuka sahip değildir. **Frick**, s. 49; **Redfern/Hunter, Alan/Martin**, s. 125; **Bucher, Andreas/Tschanz, Pierre-Yves**, International Arbitration in Switzerland, Basel, 1989, s. 96.

3. Kanunlar İhtilafı Kuralları, Uygulanacak Maddi Hukuk ve Tahkim Arasındaki İlişki

Tüm ülkeler için uygulanacak tek bir hukuk sistemi mevcut değildir. Bu nedenle her devlet hukukunda uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır. Bu kurallar mevcut olduğu devletin hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır¹²². Hakem heyetinin *lex fori*'ye sahip olmaması ulusal mahkemelerin aksine hakemlerin tahkim mahkemesinin yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmadığı anlamına gelmektedir. Tahkimde belirli bir kanunlar ihtilafı kuralları dizisinin uygulanmasını emreden uluslararası bir hukuk kuralı yoktur. Uluslararası anlaşmalar da uluslararası hakemlerin hukuk seçimini düzenlememektedir¹²³. Uygulanacak maddi hukuku belirlerken sorulması gereken ilk soru uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarıyla ilgilidir. Diğer bir ifadeyle uygulanacak maddi hukuku belirleyecek hakemlerin bağımsızlığını yalnızca kanunlar ihtilafı kuralları tanımlayabilmektedir¹²⁴.

Uluslararası hakem heyetleri, ulusal mahkemelere kıyasla yetkiye (mahkeme yerine) daha az bağlıdır. Mahkemeler genellikle kendi kanunlar ihtilafı kurallarını (*lex fori*'yi) uygulamaktadır. Modern teoriye göre hakem heyetinin yargılama yetkisi belirli bir ulusal hukuka dayanmadığından hakem heyeti *lex fori*'ye sahip değildir. Hakem heyetinin yargı yetkisinin temellerinin ulusal mevzuatta değil, tarafların anlaşmasında atıldığı ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş tahkimin yasal bir bağlam dışında var olması düşünülemeyeceği, tahkim anlaşmasının bağlayıcı olma nedeninin ulusal mevzuatlar olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçekten arkasında ulusal bir yasa olmadan hiçbir

¹²² Türk hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları MÖHUK'ta düzenlenmektedir. Türk Ticaret Kanununda kıymetli evraka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda ise fikri haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. **Akıncı**, s. 230.

¹²³ **Frick**, s. 50.

¹²⁴ **Frick**, s. 51.

sözleşme var olmadığından kanuna aykırı bir sözleşme (*contrat sans loi/rechtsordnungsloser vertrag*) gerçek anlamda mevcut değildir. Hakem heyetinin temeli uygulanacak usul hukuku değil, tahkimi kabul eden ulusal hukuklardır¹²⁵. Diğer bir ifadeyle tarafların ve hakemlerin özerkliğinin temelini bu özerkliği kabul eden ulusal hukuklar ve uluslararası anlaşmalar oluşturmaktadır. Hakem heyetinin özerkliği buna izin veren birçok ulusal ve uluslararası kanunun ve kuralın bir sonucudur¹²⁶. Hakem heyetinin kanunlar ihtilafı kuralları bağlamındaki özerkliğinin tarafların ilgili ulusal hukuklarda kabul edilen özerkliğinden kaynaklandığı söylenebilir. Ancak taraf özerkliği hakemlerin *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarından özgürleşmesini tek başına sağlayamaz. Hakemlerin özerkliğinin ve *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına bağlı olmamasının temel nedeni ulusal hukukların bu özerkliği kabul etmiş olmasıdır¹²⁷.

¹²⁵ Eleştiriler için bkz. **Frick**, s. 51; **Treibel, Volker/Petzold, Eckart**, “Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, 34 RIW, 1988, s. 245 vd. Taraflar sözleşmelerinde uygulanacak usul hukukunu kararlaştırabilir. Diğer bir ifadeyle taraflar tahkim muamelelerini belli bir hukuk sistemine atayabilir. Hakem heyetinin sadece bu durumda kendi *lex fori*'si olmaktadır. Aksi takdirde devlet mahkemelerinin aksine hakem heyeti önleyici denetime (*a priori*'ye) sahip değildir. **Frick**, s. 51, dn. 229.

¹²⁶ Bucher'a göre uluslararası özel hukukun özerkliği, uluslararası tahkimin genel hukuki çerçevesinden (genel pozitif hukuk yapısından) kaynaklanmaktadır. **Bucher, Andreas/Tschanz, Pierre Yves**, Arbitration, s. 99; **Frick**, s. 52, **Bucher, Andreas/Tschanz, Pierre-Yves**, “Das Kapitel 11 des IPR-Gesetzes über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, in: Festschrift Moser, Zurich, 1987, s. 212.

¹²⁷ **Frick**, s. 52.

4. Modern Esnek Kuralların Avantajları

a. Esneklik

Tarafların açık veya örtülü olarak bir hukuk seçimi yapmamış olması durumunda uyumsuzluğa sözleşmeyle en yakın bağlantılı ülke hukuku uygulanacaktır. Ancak en yakın bağlantı konusundaki belirsiz ölçüt hukuk seçiminin gerektirdiği esnekliği kısıtlamamaktadır. En yakın bağlantı ölçütü belirsizliği nedeniyle yalnızca başlangıç noktası işlevi görebilen, muayyen ve uygulanabilir ilkelerce desteklenmesi gereken kural dışı bir ölçüt olarak nitelendirilmektedir. Çağdaş esnek kurallar (*modern soft rules*) hakemleri isimsiz uluslararası sözleşmelerin doğasına aykırı olacak, bu sözleşmeler ile bağlantısı zayıf olacak mekanik kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaya zorlamamaktadır¹²⁸. MÖHUK m. 24/4 (IPRG Art. 187) de genel ilke olarak sözleşmeyle en yakın bağlantılı hukukun uygulanmasını benimsemiştir. En yakın bağlantılı hukuk ölçütünün belirsizliği ve soyutluğu karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, iş yeri ya da yerleşim yeri hukuku esas alınarak giderilmeye çalışılmıştır¹²⁹.

Esneklik yalnızca somut dava bakımından önem arz etmemektedir. Ayrıca öğretilerdeki her bir kuşak çatışması olan hukukçunun önceki kuşakların çalışmalarını yaktığı ve onun yerine yeni bir teori ve düşünce inşa ettiği göz önüne alındığında da

¹²⁸ Frick, s. 60; Bayata Canyaş, s. 98-101.

¹²⁹ Bayata Canyaş, s. 149. Yargıtay da en yakın bağlantı kriterini karakteristik edim karinesiyle somutlaştırmıştır. “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur.” Yargıtay 11. H.D. 07.10.2020 T., 2019/83 E. 2020/3914 K. (www.yargitay.gov.tr, e.t. 23.01.2021).

önemlidir. Elbette bu ifade Amerikan öğretisi için Avrupa öğretisinden daha uygundur. Ancak MÖHUK ve IPRG gibi uluslararası özel hukukun belli bir yöntemini ya da teorisini uygulamayan, bunun yerine ilerideki gelişmeler ve ilerlemeler için esnekliğe izin veren kanunlar isimsiz uluslararası sözleşme taraflarına gereken esnekliği sağlamaktadır¹³⁰.

b. Tahmin Edilebilirlik

Türkiye, İsviçre ve Almanya gibi Kıta Avrupası kanunlarında¹³¹ en yakın bağlantı kuralının uygulanmasına yönelik emredici hükümler bulunmaktadır. Bu durum ICC kurallarından ve hakemlere neredeyse sınırsız özgürlük veren diğer kurallardan kaynaklanan öngörülemezliği önlemektedir. ICC kuralları altındaki bu öngörülemezliğe 5717 No’lu ICC kararı örnek verilebilir. Burada davacı hukukun uluslararası ilkelerinin ve *lex mercatoria*’nın uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. Davalı ise sözleşmenin dilinin İngilizce olduğunu, tahkimin İngiltere’de gerçekleştiğini, bu nedenle İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak en yakın bağlantı kuralını uygulayan hakem İsviçre hukukunu seçmiştir. Hakem sözleşmenin İsviçre’de imzalanmasına, bütün ilgili belgelerin burada bulunmasına ve sözleşme uyarınca bütün ödemelerin burada yapılacak olmasına güvenmiştir. Oysa taraflar davayı İsviçre hukukuna göre tartışmamıştır¹³².

¹³⁰ **Frick**, s. 60.

¹³¹ 5718 sayılı MÖHUK m. 24/4, IPRG Art. 187, DZPO m. 1051 par. 2.

¹³² **Frick**, s. 61. Diğer bir örnek ise 6401 numaralı (*Westinghouse v. Philippines*) Filipinler’in ilk nükleer santralinin yapımına ilişkin uyuşmazlık ile ilgili ICC tahkimidir. Burada inşaat esasen 1985’te tamamlanmıştır. Fakat santral Filipinler tarafından kabul edilmemiş, işletme lisansı alınmamış ve faaliyete geçirilmemiştir. Hükümet başkanı Marcos 1986’da devrildikten sonra yeni hükümet santrali işletmeme kararı almıştır. Westinghouse ödenmemiş kalemler, fiyat uyarlamaları ve kabul edilebilir gecikmelerden kaynaklanan maliyet artışları nedeniyle on milyonlarca dolar borçlu olduğu iddiasıyla durumu tahkime götürmüştür. Hakemler ilk olarak inşaat sözleşmesinin 27’nci maddesini incelemiştir.

5. Sonuç

5718 sayılı MÖHUK'un 24/4'üncü maddesinin, IPRG'nin 187'nci maddesinin ve diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin en yakın bağlantının muğlak formülünü kullanmasının nedeni, hakem heyetinin önceden adeta prefabrik olarak hazırlanan kanunlar ihtilafı kuralları dizisine bağlı kalmak zorunda olmamasını sağlamaktır¹³³. Böylece hakem heyetleri ile hakimler arasındaki fark belirginleştirilmiştir.

Buna göre sözleşme hüküm ve koşullarının yorumlanması Pennsylvania, ABD'nin milletler topluluğu yasalarına tabi olmalıdır. Ancak hukuk seçimi ve kanunlar ihtilafı kuralları bu kapsama alınmamıştır. Hakemler müzakere geçmişinden tarafların inşaat sözleşmesinin geçerliliğinin veya tarafların edimlerinin tabi olacağı hukuku seçme konusunda anlaşamadıkları, bu nedenle taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukuku belirlemenin hakem heyetinin görevi olduğu sonucuna varmıştır. Hakemler tahkim yeri Cenevre olduğundan ICC kuralları uyarınca en uygununun İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması olacağına karar vermiştir. Burada tartışmalı olan husus hakemlerin Art.187'yi daha detaylı analiz etmeden Yeni İsviçre Kanununun genel kısmının kanunlar ihtilafı kurallarına atıfta bulunmasıdır. Hakemler IPRG Art. 187/1'deki en yakın bağlantı kuralını netleştirmek için IPRG'nin diğer hükümlerinin incelemesi gerektiğine karar vermiştir. Hakem heyeti özellikle IPRG Art. 117/1'e atıfta bulunmuştur. Buna göre *hukuk seçiminin olmadığı hallerde sözleşme en yakın ilişkili olduğu devlet hukukuna tabi olacaktır*. 2'nci ve 3'üncü fıkralarda ise ayrıntılı bir şekilde hangi ülkenin en yakın ilişkili olacağına, temel bir kural olarak karakteristik ifade bulunan tarafın mutad meskeni olan ülkenin en yakın bağlantı olarak varsayılacağına ilişkin karineler mevcuttur. **Frick**, 61-62. Tartışmalı bir başka örnek ise 3174 numaralı ICC yargılamasıdır. Burada da hakem detaylı bir analiz yapmadan tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına dayanmıştır. Hakem kararında şu ifadeler yer vermiştir: *“Sözleşmenin tarafları aksini belirtmediyse, böyle bir tahkim heyeti davanın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak uygulanabilir gördüğü kanunlar ihtilafı kurallarını seçmekte özgürdür. Hakem heyeti mevcut davada (sadece lex arbitri'ninkiler değil, aynı zamanda herhangi bir ilgili kısıtlayıcı kural içermemesi nedeniyle taraf bağımsızlığının serbestçe uygulanması için geniş bir alan sağlayan) Danimarka kanunlar ihtilafı kurallarını uygulanabilir bulmuştur. Bu durum en doğal çözüm olarak görülmektedir.”* **Frick**, s. 62, dn. 289.

¹³³ Bu durum çağdaş hukuk sistemlerinin esnekliğin artırılması ve geleneksel yaklaşımın terk edilmesi amacıyla da örtüşmektedir.

**E. 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU
HAKKINDA KANUN’UN 24’ÜNCÜ MADDESİNİN¹³⁴ (IPRG ART. 187)¹³⁵
UYGULANMASI**

1. Sorun

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanununda sübjektif bağlama kuralı

¹³⁴ Madde metni şu şekildedir: “(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. (2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. (3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. (4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”.

MTK m. 12-C’de de MÖHUK m. 24 ile paralel bir düzenleme mevcuttur. MTK m. 12-C bu durumu şu şekilde düzenlemiştir: “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfî kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir”.

¹³⁵ IPRG Art. 187 metni ise şu şekildedir: “Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits. Les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité”. Türkçe çevirisi ise şu şekildedir: “Hakem heyeti tarafların seçtiği hukuk kurallarına göre veya taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde davayla en yakın bağlantılı hukuk kurallarına göre karar verecektir. Taraflar hakem heyetine hakkaniyete göre karar verme yetkisi verebilir”.

düzenlenerek taraf iradeleri ve menfaatleri ön plana çıkarılmıştır. Ancak tarafların bir hukuk seçimi yapmadığı durumlarda uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre belirlenmesini sağlayan bir sistem öngörülmüştür. Taraflarca sözleşmede bir hukuk seçimi yapılmaması ya da yapılan hukuk seçiminin geçersiz olması durumunda objektif bağlama kuralı gündeme gelmektedir. Bu kural uyarınca taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuk objektif bağlantılar değerlendirilerek tespit edilmektedir¹³⁶.

Objektif bağlama kuralının temel ilkesi en yakın bağlantılı hukukun uygulanmasıdır. Ancak en yakın bağlantılı hukukun uygulanması genel bir ilkedir. Bu ilkenin uygulanmasının kolaylaştırılması için bazı kriterler getirilmiştir. Bu kriterlerden en önemlisi karakteristik edim kriteridir. Karakteristik edim teknik anlamıyla İsviçre doktrininde ortaya çıkmış ve sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenme yöntemi olarak IPRG’de düzenleme altına alınmıştır. Karakteristik edim sözleşmeye özünü veren, sözleşmeyi parçası olduğu sosyal ve ekonomik yapıya bağlayan edimdir. Diğer bir ifadeyle sözleşmeyi karakterize eden, ona hukuki özelliğini veren edim karakteristik

¹³⁶ **Frick**, s. 68. Tarafların mutad meskenleri, sözleşmenin konusu ve niteliği ile ilgili bağlantılar, taraflar arasındaki ilişkinin yoğunlaştığı ülke, sözleşmenin akdedildiği ya da ifa edildiği ülke, tarafların işlerini yürüttüğü ülkeler objektif bağlantılar kapsamındadır. Konvansiyon da 5718 sayılı MÖHUK ve IPRG ile paralel düzenlemeler içermektedir. **Bayata Canyaş**, s. 110,160; **Frick**, s. 68.

edimdir¹³⁷. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edim genellikle paranın karşılığı olan edimdir¹³⁸.

Karakteristik edim karinesi kesin olmayan bir karinedir. Karakteristik edimin belirlenemediği hallerde bu karine uygulanmaz. Bu durumda uygulanacak hukuk genel ilkeye (en yakın bağlantılı hukuka) göre belirlenir¹³⁹.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde hangi tarafın ediminin daha karakteristik nitelikte olduğunu belirlemek ise oldukça güçtür. Bunun nedeni sözleşmenin kompleks yapısı arttıkça karakteristik edim kriterinin işlevinin azalmasıdır¹⁴⁰. Dolayısıyla kompleks nitelikteki isimsiz uluslararası sözleşmelerde karakteristik edimin işlevi azalmaktadır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerde uygulanacak hukuk genellikle en yakın bağlantı ilkesine göre belirlenmektedir¹⁴¹.

¹³⁷ **Bayata Canyaş**, s. 110,160; **Akıncı**, s. 233; **Frick**, s. 68. Yargıtay da kararlarında karakteristik edimin tanımını yaparak objektif ve sübjektif bağlama kuralını vurgulamaktadır. “Bir sözleşmedeki karakteristik edim, o sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran, o sözleşmeye kendine has bir özellik veren yani sözleşmeye ayırt edicilik katan edimdir”. Yargıtay HGK 10.10.2019 T., 2017/143 E. 2019/1055 K. “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur”. Yargıtay 11. H.D. 07.10.2020 T., 2019/83 E. 2020/3914 K. (www.yargitay.gov.tr, e.t., 23.01.2021).

¹³⁸ **Frick**, s. 68. Örn, malların teslimi, bir hizmet sağlanması, vb. İki tarafın ediminin de para olduğu sözleşmelerde ise karakteristik edim diğerine kıyasla daha fazla risk taşıyan tarafın edimidir. Örneğin bir sigorta sözleşmesinde sigortacının edimi karakteristik edim niteliğindedir.

¹³⁹ **Frick**, s. 68; **Bayata Canyaş**, s. 112. Burada karineler ile öngörülebilirlik sağlanırken bu karinelerin çürütülmesini sağlayan en yakın bağlantılı hukuk ilkesiyle de esneklik sağlanmaya çalışılmıştır.

¹⁴⁰ **Bayata Canyaş**, s. 112.

¹⁴¹ **Frick**, s. 68.

Türk-İsviçre hukuku uyarınca hakemin uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukuku¹⁴² uygulaması gerekmektedir¹⁴³. Ancak hakemler en yakın bağlantılı hukuku uygularken tamamen serbest değildir¹⁴⁴. Diğer bir ifadeyle MÖHUK m. 24 (Art. 187) hakemlere uygulanacak hukukun belirlenmesinde neredeyse sınırsız bir özgürlük vermemektedir. Bu maddenin birinci paragrafında kullanılan formülasyon hakemlerin uygulanacak hukuku belirlerken belirli ana esasları uygulamalarını emretmektedir.

2. Hakemlerin MÖHUK'un 24'üncü (IPRG Art. 187) maddesini Uygularken Uygayacakları Ana Esaslar

a. 24'üncü (IPRG Art. 187) Maddenin Belirli Bir Tekniği Değil, Sonucu Tanımlaması

MÖHUK'un 24'üncü maddesi (IPRG Art. 187) uyarınca hakemler uygulanacak hukuku belirlerken belirli bir kanunlar ihtilafı kuralları dizinini değil, uyuşmazlık ile en

¹⁴² Fransızca *“les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits”*, Almancada *“nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt”*, İtalyancada ise *“secondo il diritto con cui la fattispecie è più strettamente connessa”* dir. MÖHUK m. 24/1 uyarınca ise *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır”*.

¹⁴³ Öğreti ve uygulamada en yakın bağlantıyı belirlemek için farklı yöntemler geliştirilmiştir. İngiliz mahkemeleri en yakın bağlantılı hukuku *proper law* doktrinine göre belirlemektedir. Buna göre uygulanacak hukuk belirlenirken sözleşmeyle en yakın ve gerçek bağlantısı bulunan hukuk dikkate alınmaktadır. *Common law* uyarınca hakim en yakın bağlantılı hukuku belirlerken hiyerarşik bir sıralama yapmamakta, sözleşmeyle ilgili tüm bağlantıları inceleyip değerlendirmektedir. Diğer yöntem ise ağırlık merkezi teorisidir. Buna göre uygulanacak hukuk sözleşmenin ağırlık merkezine göre tespit edilmektedir. Bu yöntemde farklı ülkeler ile ilgili tüm bağlantılar dikkate alınmakta ve bu bağlantıların ağırlıklı olarak toplandığı hukuk tespit edilmektedir.

¹⁴⁴ Burada anlatılmak istenen ölçüt, hakemlerin uygulanacak hukuku belirlerken keyfilik sınırına ulaşan bir özgürlüklerinin olmamasıdır. **Frick**, s. 68.

yakın bağlantılı hukuku uygulamalıdır. Bu madde emredici hüküm niteliğindedir. Bu nedenle hakemler uygulanacak hukuku seçerken kendilerine seçilen hukukun uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı olup olmadığını sormalıdır. Diğer bir ifadeyle tahkim heyeti uygun bulduğu kanunlar ihtilafı kuralını seçmekte serbesttir. Ancak bu kural somut uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukuku belirlemeye elverişli olmalıdır. 24'üncü madde (Art. 187) uygulanacak hukuku belirleme tekniğindeki takdir yetkisini hakem heyetine bırakmaktadır. Buradaki tek sınırlama uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukuka ulaşılmasıdır¹⁴⁵.

En yakın bağlantı kuralı tüm klasik kanunlar ihtilafı kurallarının genel bir kılavuzudur. 24'üncü madde (Art. 187), hukukun ilkelerine ve ulusal hukuk sistemlerindeki kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmaktadır. En yakın bağlantılı hukuk sonucunu doğurması koşuluyla hangi kuralın veya ilkenin uygulanacağı hakemlerin takdirindedir^{146 147}.

b. Kanunlar İhtilafı Kurallarına Atıf (*Voie Directe*'nin Dışlanması)

MÖHUK'un 24'üncü maddesini (IPRG Art. 187) uygulayan hakemler kanunlar ihtilafı yaklaşımına bağlı kalmalıdır. Hakemler uygulanacak hukuk kurallarını yerinde

¹⁴⁵ 24'üncü madde (Art. 187) hakem heyetinin uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuku belirleme yöntemini açık bırakmaktadır. Ancak buna bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre bulunan çözüm ve uygulanacak maddi hukuk uyuşmazlık ile en yakın bağlantıya sahip hukuk olmalıdır. Bu serbestliğin bir sonucu olarak uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukuka götürdüğü sürece hakem heyetinin hatalı bir kanunlar ihtilafı kuralına veya yanlış uygulanan bir kanunlar ihtilafı kuralına dayandığı iddia edilememektedir. **Frick**, s. 69, dn. 318.

¹⁴⁶ **Frick**, s. 69.

¹⁴⁷ Hakem heyeti uygulanacak hukuku belirlerken sözleşmenin akdi sırasındaki çeşitli ilişkilere ve kişilere ağırlık vermelidir. Diğer bir ifadeyle uygulanacak hukuku belirlerken tek bir mekansal bağlam (içerik) yeterli olmayıp çeşitli ilişkilere ve kişilere bakılarak karar verilmelidir. **Frick**, s. 69, dn. 324.

gördükleri için doğrudan açıklayamaz. 24'üncü madde belirsiz olabilir. Fakat söz konusu madde hakemlerin kanunlar ihtilafı prensiplerini ve kurallarını (bu prensip ve kurallar hakemlerin belirli bir kanunlar ihtilafı dizinine bağlı kalmalarını emretmese dahi) uygulamasını emretmektedir¹⁴⁸. Nitekim kanun koyucunun iradesi bu yönde olmasaydı madde hakemlerin uygulanacak hukuku ya da uygun hukuku seçmesini ifade ederdi¹⁴⁹.

c. Kanuni Karinelere Dayanan Şekilci Yaklaşımın Dışlanması

Bazı kanunlar ihtilafı kuralları uyuşmazlık ile en yakın bağlantıyı belirlemek ve nitelendirmek için özellikle tasarlanmıştır. Bu kurallardan en önemlisi karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna atıfta bulunan kuraldır¹⁵⁰.

24'üncü madde (Art. 187), genellikle mevcut bulunan ancak somut olay bakımından gerekli olmayan en yakın bağlantının hukukuna yol açan tek, şekilci bir kıstas uygulanmasına izin vermemektedir. Bunun nedeni en yakın bağlantının belirlenmesinin belirli bir uyuşmazlığı çevreleyen tüm durumların analizini ve bütün muhtemel bağlayıcı faktörlerin dikkate alınmasını gerektirmesidir¹⁵¹.

¹⁴⁸ IPRG Art. 187 par. 1'in bağımsız formülasyonuna rağmen uygulamada hakem heyetlerinin ulusal mahkemelerde yaygın olan (116. ve 117. maddenin) kanunlar ihtilafı metoduna bağlı kaldığına ilişkin görüş bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. **Honsell, Henrich**, "Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht", Obligationenrecht, Article 1-529, Basle, 1996, s. 245, dn. 116, s. 247.

¹⁴⁹ Bu maddede her çeşit sübjektif kriter reddedilmektedir. Bunun nedeni hangi hukuk kuralının en uygun olacağını ve uygulanacağını belirlemenin öylece hakem heyetine bırakılacak bir mesele olmamasıdır. **Frick**, s. 169.

¹⁵⁰ Uyuşmazlık ile en yakın bağlantıyı belirlemek için tasarlanan diğer kanunlar ihtilafı kuralı örnekleri sözleşmenin kurulduğu yer (*lex loci contractus*) veya sözleşmenin ifa yeri (*locus solutions*) kriterini kullanan İspanyol ve Fransız kanunlar ihtilafı kurallarıdır. Diğer örnekler için bkz. IPRG Art. 117 par. 2, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu m. 4 par. 2 ve EGBGB Art. 28 par. 2.

¹⁵¹ **Frick**, s. 70.

24'üncü madde (Art. 187) uyarınca hakemler önlerine gelen uyuşmazlıkta hangi tekniğin daha uygun olacağına kendileri karar vermelidir. Bunun nedeni tahkim yargılamalarında mekanik kanunlar ihtilafı kurallarının veya karinelerin uygulanmasını önlemektir. Şekilci kriter (sözleşmenin dili, geçerliliği, sözleşmenin ifa yeri, tarafların uyruğu, tahkim yeri, vb.), ancak uyuşmazlık ile en yakın bağlantı için bir karine olması ve özellikle hepsinin aynı yönde birlikte çalışması halinde geçerli olabilir. Bunun dışında hakemler uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını ya da hukuku bu kriterlerden birine göre mekanik olarak sonuçlandıramaz. 24'üncü madde (Art. 187), sadece kanuni karinelere ve tek, şekilci kritere dayanan yaklaşımı reddetmektedir¹⁵². Ayrıca taraflar arasındaki sözleşmenin tipi belirli bir kanunlar ihtilafı kuralı lehine bir karine yaratmamaktadır¹⁵³.

d. Uyuşmazlığın Maddi Gerçekleri ve Tarafların Beklentileri

MÖHUK m. 24 (IPRG Art. 187) tek, şekilci kritere güveni imkânsız kılmakta ve uyuşmazlık koşullarıyla ilgisi olmayan her türlü kriteri dışlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu madde uyuşmazlık ile en yakın bağlantıya atıf yaparak somut durumun maddi gerçekleriyle ilgisi olmayan faktörleri dışlamaktadır¹⁵⁴. Örneğin hakemlerin tabiiyeti

¹⁵² Sözleşmeye uygulanabilir nitelikteki maddi hukuk kurallarının farklı sonuçlara yol açtığı durumlarda hakemlere somut davaya uygun bir çözüm bulmak için verilen geniş hareket toleransının ulusal hukukun katı kanunlar ihtilafı kurallarından daha etkili olduğu kanıtlanmıştır. **Böckstiegel, Karl Heinz**, “ICC Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters”, Vol. 8, Cologne, 1989, s. 85; **Frick**, s. 70.

¹⁵³ Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememesi halinde hangi hukukun uygulanacağı sözleşmenin türüne bakılmaksızın somut olayın kompleks ve nesnel koşullarına göre belirlenir. Diğer bir ifadeyle uygulanacak hukuk belirlenirken sözleşme tipine ilişkin bir karine olup olmadığına bakılmamaktadır. Uygulanacak hukuk sözleşmenin türüne göre değil, somut durumun özelliklerine göre belirlenmektedir. **Frick**, s. 71.

¹⁵⁴ En yakın bağlantı uyuşmazlık ile hukuk kuralı arasında olmalıdır. Bu şekilci ve objektif kriterdir. İlgili an, sözleşmenin akdedilme anıdır. **Frick**, s. 72, dn. 333.

hiçbir zaman bağlayıcı bir faktör olmayacaktır. Hakemler yalnızca sözleşmenin ifa yerinin maddi hukukunu veya tahkim usulünü düzenleyen kanunu uygulayamamaktadır. Çünkü bu kanunların genellikle uyumsuzluk ile özel bir bağlantısı bulunmamaktadır. Kaldı ki belirli bir kuralın uyumsuzluğun çözümü için uygun görünmesi gerçeği bile o kuralın uygulanması için ikna edici bir argüman değildir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerde (özellikle tarafların dünyanın her yerinde faaliyet gösteren uluslararası şirketler olduğu durumlarda), tarafların yerleşim yeri gibi kriterler karakteristik edim ile ilgisiz olmaktadır. Burada karakteristik edimin ifa yeri daha önemli olabilmektedir¹⁵⁵.

3. En Yakın Bağlantı Kriterini Belirleyecek Yöntemler

Tahkim kararları hakemlerin irade serbestisini kapsamlı şekilde kullandığını, uygulanacak hukuka karar verirken çeşitli yöntemler ve kurallar uyguladığını göstermektedir. Bununla birlikte 24'üncü madde (Art. 187) incelendiğinde en yakın bağlantı kriterini daraltmak için yaygın olan iki yaklaşım ile karşılaşılmaktadır. Bunlar ilgili hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarının ortak (kümülatif) biçimde uygulanması ve kanunlar ihtilafının genel ilkelerinin uygulanmasıdır. Ancak bu yöntemlerin dışında başka yöntemler de uygulanabilir. Hakemler yukarıda açıklanan kısıtlamalara uymak koşuluyla herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulama serbestisine sahiptir¹⁵⁶.

¹⁵⁵ **Rubino Sammartano, Mauro**, International Arbitration Law, Deventer, Boston, 1990, s. 256; **Frick**, s. 72.

¹⁵⁶ **Frick**, s. 74; **Craig, W. Laurence/Park, William W./ Paulsson, Jan**, International Chamber of Commerce Arbitration, New York, 1990, s. 287; **Redfern, Alan/Hunter, J. Martin**, International Arbitration, Oxford, 2nd ed., s. 127.

a. İlgili Hukuk Sistemlerinin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Ortak (Kümülatif)

Biçimde Uygulanması

Tahkim heyetinin taraflar arasındaki ilişkiyle bağlantılı devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alması genellikle tarafların beklentileriyle tutarlıdır¹⁵⁷. Böyle bir durumda hakem heyetinin görevi söz konusu uyuşmazlığın ağırlık merkezini belirlemektir. Ağırlık merkezi teorisine göre uygulanacak hukuk sözleşmenin ağırlık merkezine bakılarak tespit edilmektedir. Burada farklı ülkeler ile ilgili tüm bağlantılar dikkate alınarak bağlantıların ağırlıklı olarak toplandığı ülke tespit edilmektedir¹⁵⁸. Bağlantıların eşit veya yakın derecede iki farklı ülkeyi göstermesi halinde ise sözleşme bakımından özellikle önem arz eden bağlantının hangi ülkenin hukuku olduğuna bakılarak bir tercih yapılmaktadır¹⁵⁹. Burada hakemler en başta bir kanunlar ihtilafı kuralını seçmek yerine birkaç kanunlar ihtilafı kuralını deneyerek sonuçları mukayese

¹⁵⁷ **Lando, Ole**, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, in: Sarcevic, Petar (ed.) Essays on International Commercial Arbitration, London, 1989, s. 157 vd.; **Bucher/Tschanz**, s. 99; **Frick**, s. 74.

¹⁵⁸ İtalyan satıcı ile Güney Koreli bir alıcı arasındaki satın alma ve mal tedarik sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın tahkiminde (ICC Case No. 4132) ağırlık merkezi teorisi uygulanmıştır. Taraflar arasında akdedilen sözleşme bir hukuk seçimi klozu içermemektedir. Hakem heyeti burada ağırlık merkezi teorisini uygulamıştır. Bu teori kararda “Sözleşme kısmen İtalya’da kısmen de Kore’de ifa edilmiştir. Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflar sözleşmesel ilişkilerini yönetecek hukuk konusunda kendilerini ifade etmemiştir. Burada bir hukuk seçimi eksikliği söz konusudur. Uygulanacak hukuka karar vermek için belirleyici olabilecek sözleşmenin bütün ileriki doğrudan noktaları, davalı tarafından teklif edilen ağırlık merkezi testinin bu soruna karar vermek için gerçekten yararlı ve amacına uygun olabileceğini göstermektedir. Yine de sözleşmenin adı (satın alma ve mal tedarik sözleşmesi), satın alma ve mal tedarik sözleşmesinin salt doğası değildir. Davacı davalıya ürünlerin üretimine ilişkin teknik know-how’ları Kore Cumhuriyeti’nde münhasıran kullanma hakkı vermektedir. Davalı Kore’deki ürünlerin üretimi için gerekli hammaddeyi davacıdan satın almıştır. Sözleşmenin özel unsurları göz önüne alınarak bu hakem heyeti sözleşmenin büyük kısmının Kore’de ifa edilmesini uygun bulmuştur. Bu nedenle sözleşmeyi yöneten hukuk olarak Kore özel hukuku üstün gelmelidir.” biçiminde ifade edilmiştir. **Frick**, s. 77.

¹⁵⁹ **Bayata Canyaş**, s. 101.

etmektedir. Hakemler uyumsuzluk ile bağlantılı olan bütün ulusal kanunlar ihtilafı dizinini ve tarafların hem meşru beklentilerini hem de uygulanacak hukuka ilişkin iradelerini öncelikli olarak uygular. Elbette hakemler daha sonra tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alır. Tahkim kararları incelendiğinde uygulamada uluslararası tahkim heyetlerinin genellikle objektif bir bağlantıya dayandığı gözlemlenmektedir¹⁶⁰.

Öğretide ilgili hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarının kümülatif biçimde uygulanmasının hakemlere esneklik sağlaması ve hakemlerin belirli bir kanunlar ihtilafı dizinine uymak zorunda kalmadan uyumsuzluğu saran özel koşulları dikkate almasına imkan vermesi nedeniyle avantajlı olduğu ifade edilmektedir¹⁶¹.

¹⁶⁰ **Bucher/Tschanz**, s. 100; **Frick**, s. 75. Hakem heyetleri genellikle uyumsuzluk ile ilgili her bir devletin kanunlar ihtilafı kuralının aynı sonuca yol açtığı gerçeğine dayanmaktadır. Kanunlar ihtilafı kurallarının aynı hukuka atıfta bulunması durumunda hakem heyeti belirli bir ülkenin kanunlar ihtilafını seçmekten kaçınmak için tamamen bu yakınsamaya dayanmaktadır. Eğer çeşitli kanunlar ihtilafı kuralları aynı maddi sonucu sağlayan farklı hukukları işaret ediyorsa burada hatalı bir ihtilaf söz konusu olmaktadır. Bu nedenle burada çeşitli kanunlar ihtilafı arasında seçim yapmaya gerek yoktur. 1990 tarihli 3281 numaralı Mısırlı bir alıcı ile Yugoslavyalı bir satıcı arasındaki ICC tahkim kararında alıcı ile satıcı Yugoslav limanına 80.000 ton çelik çubuk teslimatı için anlaşmıştır. Burada hakemler Mısırlı alıcı ile Yugoslavyalı satıcı arasındaki sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağına karar vermek zorunda kalmıştır. Hakemler hem tahkim yerinin hem de tarafların yaşadığı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını kümülatif olarak uygulamıştır. Bütün kurallar aynı sonuca yol açmıştır. Bu nedenle hakem heyeti uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralına ilişkin karar vermek zorunda kalmamıştır. **Frick**, s. 75.

¹⁶¹ **Lando**, s. 108; **Frick**, s. 75. 1976 tarihli 1512 numaralı Dalmia Dairy Industries ile Pakistan Merkez Bankası arasındaki ICC kararında hakem, taraflar açıkça Hindistan hukukunu kararlaştırdığı halde hukukun genel ilkelerini uygulamıştır. Hakem uygulanacak hukuk konusunda karar vermenin faydası olmadığını, sözleşme yorumunun temel ilkelerinin yanında çağdaş ülkelerin hukuk sistemlerinde (özellikle common law'da) yaygın olan ortak kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Hakemin yaklaşımı tartışmalıdır. Ancak kaybeden taraf (Pakistan Merkez Bankası), kararın icrasında konuyu gündeme getirmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Dasser, Felix**, Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria, Zurich, 1989, s. 368; **Frick**, s. 75.

b. Kanunlar İhtilafının Genel İlkelerinin Uygulanması

İsimsiz uluslararası sözleşmelerde tercih edilen diğer yöntem ise kanunlar ihtilafının genel ilkelerinin, özellikle de çağdaş hukuklarda en yaygın olanlarının uygulanmasıdır. Bu yaklaşım genellikle çeşitli kanunlar ihtilafı kuralları arasında tutarlılık olmaması durumunda uygulanmaktadır. Bu yöntemde hakem heyetleri bütün hukuk sistemlerinde ortak ve yaygın olup uluslararası sözleşmelere yansımış olan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaktadır. Hakem heyetleri genellikle uluslararası tahkimde uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate almakta ya da devletler arasında imzalanan antlaşmalara atıfta bulunmaktadır. Bu yöntem hakem heyetlerinin kanunlar ihtilafının genel ilkelerini belirleyip uygulamasına ve uygulanacak hukuka ilişkin uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmasına yol açmaktadır. Bu yöntem Türk-İsviçre hukukunun en yakın bağlantıya yol açtığı sürece somut olayda genel bir kanuni karine dayatmama amacına uymak için de bir yol sunmaktadır^{162 163}.

Bu yöntem kabul edilen ilkelere geniş çapta yansımaları halinde *lex fori* kurallarını dikkate almaya da olanak sağlamaktadır. Bunlar tahkim yeri kanunlar ihtilafı kuralı olduğu için değil, hakem heyeti takdir yetkisiyle somut duruma ve MÖHUK'un 24'üncü maddesine ve IPRG'nin 187'nci maddesinin birinci fıkrasına uygun bulunduğu için uygulanmaktadır¹⁶⁴.

¹⁶² **Frick**, s. 76, **Berger, Klaus Peter**, International Economic Arbitration, Berlin, 1993, s. 498.

¹⁶³ Hakem heyeti bu genel kuralı somutlaştırmak için uluslararası ticari uygulamada yerleşmiş olan en yakın bağlantı sistemlerini kullanacaktır. Elbette hakem heyeti bunu yaparken tarafların beklentilerini, sözleşmesel ilişkilerin biçimini ve amacını da dikkate alacaktır. Bu unsurlar hakemin yetkisini ve gücünü de belirlemektedir. **Frick**, s. 76.

¹⁶⁴ **Bucher/Tschanz**, s. 101; **Frick**, s. 76. İki Fransız davacı şirket ile Belçikalı davalı arasındaki ticari sözleşmenin yorumuna ilişkin 1982 tarihli 4434 numaralı ICC kararında hakemler Fransız ve Belçika hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının sözleşmenin ilgili ülkelerden biriyle sınırlandırılmasına ve bu şekilde seçilen ülkenin hukukunun uygulanmasına dayandığını ifade etmiştir. Hakemler bu sınırlandırmanın Fransız hukukunda sözleşmenin en yakın bağlantılı olduğu yer hukuku dikkate

4. Sonuç

24'üncü maddenin (Art. 187) muğlak formülü, hakemlere uygulanacak hukuku belirlerken esneklik sağlamaktadır. Bu formül hakemlerin kanunlar ihtilafı yaklaşımına uymasını ve uyuşmazlık ile en yakın bağlantıyı nitelendirebilecek tüm unsurları göz önüne almasını da zorunlu kılmaktadır. 24'üncü madde (Art. 187) genellikle en yakın bağlantı hukukuna götürmek için tasarlanmış olsa da hakemlerin yalnızca mekanik kanuni karinelere ve tek, şekilci kritere dayanan benzer kurallara dayanmasına izin vermemektedir. Aksine hakemler somut olaydaki bağlayıcı faktörleri analiz etmelidir. Hakemler bunu yaparken tarafların beklentileri de onlara kılavuz olmalıdır. Buna karşılık 24'üncü madde (Art. 187) tahkim yeri veya hakemlerin tabiiyeti gibi somut uyuşmazlığın maddi gerçekleriyle ilgisi olmayan kriterlerin dikkate alınmasına izin vermemektedir. En yakın bağlantıyı belirlemek için en uygun yaklaşımlar uyuşmazlık ile bağlantılı ülkelerin kanunlar ihtilafının kümülatif uygulanması ve kanunlar ihtilafının genel ilkelerinin uygulanmasıdır. Somut olayda uyuşmazlık ile en yakın bağlantıyı sağladığı ve yukarıda anlatılan kısıtlamalara uyduğu sürece hakemlerin her bağlayıcı unsuru ve kanunlar ihtilafı kuralını dikkate almasına izin verilmektedir¹⁶⁵.

alınarak objektif bir yöntem ile gerçekleştirildiğini, Belçika hukukunda ise en yakın bağlantı kriterinin tarafların farazi iradelerinin tespitine de dayandığı için hem sübjektif hem de objektif olduğunu belirtmiştir. Hakemler tarafların farazi iradelerini araştırmaktan daha basit ve tatmin edici bir çözüm sağlaması nedeniyle sözleşmenin objektif biçimde sınırlandırılması yöntemini uygulamaya karar vermiştir. **Lew, Julian D.M.**, Contemporary Problems in International Arbitration, London, 1987, s. 108; **Frick**, s. 77.

¹⁶⁵ **Frick**, s. 78.

II. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ULUSLARARASI TAHKİM

Tahkim çeşitli toplumlardan ve kültürlerden oluşan bir kurumdur. Tahkim toplumların kaçınılmaz şekilde ortaya çıkan farklılıklarına adil çözümler bulunması ihtiyacından doğmuştur. Bu özellikleri tahkime gerçek anlamda bir evrensel beşeri kurum niteliği vermektedir. Bu nedenle tahkimin yerel mahkemelerden daha eski olduğunu¹⁶⁶ ve esasen insanlık kadar eski bir kurum olduğunu varsaymak mümkündür¹⁶⁷.

Bununla birlikte modern haliyle tahkim oldukça geç gelişmiştir. Modern tahkimin kökleri on dokuzuncu yüzyılın başlarına kadar uzanmaktadır. Ancak İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonraki on yılda çarpıcı gelişmeler meydana gelmiştir. Bu süreçte uluslararası ticari tahkimin (*international commercial arbitration*), ulusal mahkemelerin hukukun giderek daha fazla alanında kabul etmeye başladığı etkili bir uyuşmazlık çözüm sistemi olduğu kanıtlanmıştır. Bu da uluslararası ticari tahkimin gelişmesini sağlamıştır. Böylece tahkim uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözmede ulusal mahkemelerdeki dava sürecinden daha çok tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir. Ticari işlemlerde dava yoluna ek güvenilir alternatiflerin mümkün olduğunun anlaşılmasıyla da tahkimde büyümeye tanıklık edilmiştir¹⁶⁸.

Uluslararası tahkim aynı zamanda ekonomik ilişkilerin önemli alanlarını düzenleyen kuralların geliştirilmesinde ve uyarlanmasında toplumun resmi kontrolünü azaltmak için kendi hukuk sistemini yaratmayı amaçlamaktadır. Tahkim usulüne ilişkin kuralların yerleşik bir içeriği vardır. Tahkim merkezleri işlemler için gerekli altyapıyı

¹⁶⁶ Uyuşmazlıkların hakem adı verilen kişilerce devlet mahkemelerinin dışında çözülmesinin eski Mısır uygarlığında, eski Yunan ve Roma hukuklarında kullanılan bir yöntem olduğu bilinmektedir. **Akıncı**, s. 4.

¹⁶⁷ **Frick**, s. 265; **Jakubowski, Jerzy**, “Reflection on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation”, In the Art Of Arbitration: Essays on International Arbitration, ed. Jan C. Schultz & Albert Jan van der Berg, 1982, s. 175-176; **Yeşilova**, s. 86-87.

¹⁶⁸ **Frick**, s. 266; **Yeşilova**, s. 88-90.

sağlar iken hukukçular da tahkimde uzmanlık alanları geliştirmektedir. Nitekim *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL - Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) tahkim kuralları tahkim hukukundaki uyumu kanıtlamaktadır. Tahkim anlaşmaları ve kararlarının icra edilebilmesi, tarafların özerkliği, bölünebilirlik ve sınırlı yargısal denetim uluslararası tahkimin tipik (standart) hükümleridir¹⁶⁹.

Uyuşmazlıkların uygulanacak hukuk uyarınca giderek daha fazla tahkimle çözülebilir hale gelmesi ve tahkim ihtiyacının artmasıyla hakem heyetleri oldukça büyük bir güç elde etmiştir. Bununla birlikte yabancı yatırımcılar, sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkları kendi ulusal hukuk sistemi uyarınca çözmekte ısrar eden bir ülkeye yatırım yapma konusunda şüphe etmektedir. Bu husus göz önüne alındığında devletlerin ve kamu kurumlarının tahkime rıza gösterme ehliyetlerine getirilen kısıtlamalar kademeli olarak kaldırılmıştır. Son olarak tahkimin yargısallaşmasının olumsuz etkilerinin üstesinden gelme ihtiyacı, alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR) ve arabuluculuk yöntemleri gibi daha esnek işlemlere izin verilmesine ve böylece hakemlerin ve diğer üçüncü kişilerin yetkilerinin genişlemesine neden olmuştur¹⁷⁰.

Siyasi ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak dünya ekonomisinin küreselleşmesi de tahkime ve hakemlere duyulan ihtiyacın giderek artmasına neden olmaktadır¹⁷¹. Uluslararası ticaretteki hızlı artış uluslararası uyuşmazlıkların da artmasına neden olmuştur. Tahkimin öneminin hızla artmasının nedenlerinden birisi de isimsiz uluslararası sözleşmelerin siyasi ve teknik gelişmelere bağlı olarak giderek yaygınlaşmasıdır. İsimli uluslararası sözleşmelerin genellikle tahkim klozu içermesi ve bu sözleşmelerin yaygınlaşması tahkime duyulan ihtiyacın da artmasına neden olmuştur¹⁷².

¹⁶⁹ Frick, s. 266.

¹⁷⁰ Frick, s. 267.

¹⁷¹ Akıncı, s. 4.

¹⁷² Frick, s. 266.

Uzun vadeli isimsiz uluslararası sözleşmelerde uyuşmazlığın ulusal mahkemeler yoluyla çözülmesi tercih edilmemektedir. Bu nedenle uzun vadeli isimsiz uluslararası sözleşmeler genellikle tahkim klozu içermektedir¹⁷³. Tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeye bu sözleşmeden doğması muhtemel uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin bir madde koyması halinde sözleşmenin bu maddesine tahkim klozu denilmektedir¹⁷⁴. İsimli uluslararası sözleşmelerde uluslararası ticari tahkim neredeyse özel bir nitelik haline gelmiştir. Tarafların tahkimi seçmesindeki en büyük etken ticari tahkimin sağladığı avantajlardır. Bu avantajların başında hakemlerin alanlarında uzman olması, sürecin tarafsız (hakemlerin uyuşmazlığı, uygulanacak hukuk, yetki, dil, vb. konulardaki tarafsızlık), gizli, basit ve hızlı olması, tahkim kararının kolay icra edilmesi, tarafları adliye de koşturma telaşından kurtarması ve öngörülebilir olması gelmektedir¹⁷⁵. Ayrıca uluslararası tahkim taraflar arasındaki ticari ve akdi ilişkiyi korumak için sözleşmede değişiklikler yapılmasını sağlayarak taraflar arasındaki iş birliği ihtimalini de arttırmaktadır. Tahkimin taraflara sağladığı tüm bu avantajlar isimsiz uluslararası sözleşmeler için özel bir öneme sahip olmasına yol açmaktadır¹⁷⁶.

Günümüzde uzun süreli isimsiz uluslararası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar genellikle ulusal yargılamalara konu olmadığından hakimlerin önüne gelmemektedir¹⁷⁷.

¹⁷³ **Güven**, s. 21; **Aydemir, Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 92; **Keskin Yener**, s. 1.

¹⁷⁴ **Akıncı**, s. 97; **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2013, s. 1459; **Ekşi, Nuray**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul, 2013, s. 99; **Aydemir**, s. 92. Tarafların aralarında doğması muhtemel uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine ilişkin taraf iradelerini yansıtan ayrı bir sözleşme yapması da mümkündür. Bu sözleşmeye tahkim sözleşmesi denir. Ancak uygulamada tahkim sözleşmesi yapılması istisnai bir durumdur. Sözleşme tarafları genellikle ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmak yerine sözleşmelerine tahkim klozu koymayı tercih etmektedir. **Akıncı**, s. 96-97.

¹⁷⁵ **Akıncı**, s. 7-9; **Frick**, s. 7; **Aygül**, s. 46; **Keskin Yener**, s. 7-8.

¹⁷⁶ **Frick**, s. 16-17.

¹⁷⁷ **Frick**, s. 7; **Aygül**, s. 46.

Uygulamada taraflar bazen müzakere konumlarını güçlendirmek için ulusal mahkemelere başvurmaktadır. Örneğin taraflardan biri karşı tarafın yükümlülüklerine ilişkin bir devlet mahkemesi kararı alarak bu ilam ile sözleşme değişikliği için yeniden müzakere masasına oturmaya çalışmaktadır¹⁷⁸. Ulusal mahkemelerin dahil olmasının isimsiz uluslararası sözleşmeler bağlamındaki sakıncası dava sürecinin tarafların iş birliğini neredeyse imkansız hale getirmesidir. Bu husus taraflarca da bilindiğinden isimsiz uluslararası sözleşmelerde akdi ilişkiyi korumak ve projeye devam edebilmek için genellikle dava yolu tercih edilmemektedir¹⁷⁹.

Uluslararası tahkim aynı zamanda uluslararası hukuki uyuşmazlıkları çözmede esnek bir araçtır. Deniz sözleşmesi, inşaat sözleşmesi, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları veya ticari davalar gibi oldukça uzmanlaşmış tahkim yargılamaları mevcuttur. Tahkimde yargılama usulünün esnek olması alanında uzmanlaşmış hakemlerin atanmasına ve yargılama için en elverişli ülkenin seçilmesine imkan sağlamaktadır¹⁸⁰.

İsimsiz sözleşmelerde tahkim klotunun sıklıkla tercih edilmesinin nedenlerinden biri de uyuşmazlıkların öngörülebilirliğidir. Taraflar henüz sözleşmenin başında uzun süreli edimin ifası sırasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları ve bu uyuşmazlıkların taraflarca olağan yoldan çözülmesinin neredeyse imkansız olduğunu öngörmektedir.

¹⁷⁸ Örneğin, Westinghouse davasında mahkeme Westinghouse'un nükleer yakıt sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme Westinghouse'un sözleşme şartlarının ticari olarak yerine getirilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle kusurunun da bulunmadığı savunmasının geçerli olmadığına hükmetmiştir. Ancak hakim sözleşme değişikliğini teşvik etmek amacıyla yasal yolların kritik sorunlarını mütalaa etmeyi açıkça reddetmiş ve hakikaten davanın sonuçlanmasına engel olmak yerine davanın uzlaşmayla sonuçlanması için kararın maddi hükümlerini ertelemiştir. Hakimin bu yönde bir karar vermesinin nedeni tarafların kendi başına adil bir çözüm bulmak için iyi bir konumda olduğuna ikna olmasıdır. Hakim taraflara uzlaşmayı denemeleri için doksan günlük bir süre vermiştir. Ayrıca hakim bu sürede tarafların uzlaşmasına yardımcı olmak amacıyla vekiller ile bir araya gelmeye ve onların da görüşünü almaya karar vermiştir. **Frick**, s. 8., dn. 30 (naklen).

¹⁷⁹ **Frick**, s. 8.

¹⁸⁰ **Frick**, s. 7.

İsimsiz uluslararası sözleşme taraflarının tahkimi tercih etmesinin diğer nedeni ise tarafların anonimlik istemesi ve gelecekteki iş birliğiyle ilgilenmesidir. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerin tarafları tahkim klotlarının yokluğunda dahi genellikle ulusal mahkeme yolunu tercih etmemektedir. Öyle ki taraflar devlet mahkemelerindeki dava yolu yerine alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında veya uyuşmazlıkları dostane biçimde çözüme mutabık kalmaktadır. İsimsiz uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerinin tercih edilmemesi bu sözleşmeler ile ilgili ulusal mahkeme içtihatlarının oluşmamasına neden olmaktadır. Mahkeme içtihatlarının oluşmamasının hakimler ile öğreti arasındaki bilgi alışverişini ve geri bildirimi engellediği, mahkemelerin isimsiz sözleşmeler ile ilgili bilgi ve tecrübe eksikliği yaşadığı gerçeğini daha belirgin hale getirdiği ifade edilmektedir¹⁸¹.

Sözleşmenin uyarlanmasında ise uluslararası tahkim iki bakımdan önemlidir. Öncelikle bir hakem sözleşmeyi uyarlamaya yetkili kılındığında tahkim kararı taraflara istenen uyarlamayı sağlayabilmektedir. Gerçekten *International Chamber of Commerce* (ICC - Uluslararası Ticaret Odası) tahkim yargılamalarının önemli bir çoğunluğunu sözleşmenin uyarlanmasıyla ilgili uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. İkinci olarak ise yeniden müzakereler ve uzlaşma usulleri tahkimin gölgesinde daha farklıdır. Gelecekteki bir tahkim beklentisi ya da ihtimali tarafların uyuşmazlığı tahkim şartlarına göre çözmeyi kabul etmelerini sağlayabilmektedir¹⁸².

¹⁸¹ Frick, s. 17; Çeliker, s. 6.

¹⁸² Frick, s. 8; Akıncı, s. 8.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI VE TAHKİM HEYETİNİN

UYARLAMA YETKİSİ

I. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI (*VERTRAGANPASSUNG*)

İnsan planlamasının kapasitesinin sınırlı olduğu göz önüne alındığında bir sözleşmenin akdi ile ifası arasında geçen süreçte öngörülemeyen birçok ekonomik, politik ve sosyal olayın meydana gelmesi mümkündür. Bu olaylar kimi zaman sözleşmenin ifasını zorlaştırabilmekte ya da engelleyebilmektedir. Bu nedenle bir sözleşmenin yeni gelişmelere veya durumlara uyarlanması sorunu her çeşit sözleşmede gündeme gelmektedir. Ancak konusu kompleks ticari işlemler olan uzun vadeli isimsiz sözleşmelerde uyarlama daha yaygındır. Bunun nedeni uzun vadeli gelişmelerin genellikle sözleşmenin akdi sırasında meydana gelmesi öngörülemeyen birçok faktöre tabi olmasıdır. Sözleşme koşulları ne kadar istikrarsız olursa gereken iş birliği o kadar karmaşık hale gelmekte ve sözleşmenin süresi o kadar uzamaktadır. Bu da genellikle uyarlama sorununun ortaya çıkmasına neden olmaktadır¹⁸³.

Bu durum göz önüne alındığında tarafların sözleşmelerinde uyarlama, aşırı ifa güçlüğü veya mücbir sebep klotlarını neden daha sık müzakere etmediği ve sözleşmelerinde bu yönde düzenlemelere yer vermediği gündeme gelmektedir. Bunun nedeni sözleşmelerin müzakeresi sırasında avukatların bu klotları kapsamaları için tarafları ikna etmesinin oldukça zor olmasıdır. Sözleşme tarafları, projelerinin başarısına

¹⁸³ **Rösler, Hannes**, “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, Çev. Tülay Aydın Ünver, İÜHFM, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 353; **Arat**, s. 17; **Eren**, s. 480-482; **Oğuzman/Öz**, s. 208; **Topuz, Seçkin**, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve Aşırı İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara, 2009, s. 322; **Frick**, s. 145.

inandığından sözleşmelerinin gerçekleşmesini ummadıkları ve hatta her detayıyla öngöremedikleri olaylar için hükümler içermesini istememektedir. Bu klozların fazlasıyla karmaşık dili ve sözleşme müzakerelerinin süresi (klozlar genellikle uzun süren müzakerelerin sonunda tartışılacaktır) hukukçu olmayan kişileri bu klozların faydalı olduğuna ve ekonomik gerekliliğine ikna etmeyi daha da zorlaştırmaktadır¹⁸⁴.

Bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin edimini ifa etmesi, sözleşme akdedilmeden önce öngörülmesi beklenemeyen bir sebep ile katlanılamayacak derecede güçleşir ise sözleşme değişen koşullara uyarlanmaktadır. Sözleşmenin değişen şartlara ve durumlara uyarlanmasına sözleşmenin uyarlanması denir¹⁸⁵. İsviçre Federal Mahkemesi kararları ışığında Türk-İsviçre öğretisi de koşulların öngörülemeyen nedenlerle değişmesi ve edimin ifasının güçleşmesi halinde dürüstlük kuralına dayanılarak uyarlamayı kabul etmektedir¹⁸⁶.

A. Temel Prensip Olarak *Pacta Sunt Servanda* (Ahde Vefa)

Ahde vefa (*pacta sunt servanda*), hukuki, ekonomik ve toplumsal bir anlam taşıyan, hukukun yazılı olmayan temel bir ilkesidir¹⁸⁷. Ahde vefa ilkesi uyarınca geçerli biçimde kurulan bir sözleşmenin tarafları koşullar ne olursa olsun sözleşmenin gereğini

¹⁸⁴ Frick, s. 145.

¹⁸⁵ Eren, s. 482; Kılıçoğlu, s. 337; Yargıtay 15. H.D. 02.06.2020 T., 2019/3771 E. 2020/1216 K.; (www.yargitay.gov.tr, e.t. 27.01.2021).

¹⁸⁶ Uçaryılmaz, Talya Şans, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, TBB Dergisi, 2018, s. 370; Kılıçoğlu, s. 341-342; Arat, s. 20; Eren, s. 482; Topuz, s. 322; Oğuzman/Öz, s. 211; Yargıtay 15. H.D. 02.05.2016 T. 2016/442 E. 2016/2507 K.; Yargıtay HGK 12.11.2014 T., 2014/1614 E. 2014/900 K.; Yargıtay 13. H.D. 14.10.2019 T., 2018/2556 E. 2019/9872 K.; Yargıtay 3. H.D. 12.11.2019 T., 2017/14562 E. 2019/9074 K. (www.yargitay.gov.tr, e.t. 27.01.2021).

¹⁸⁷ Arat, s. 51; Eren, s. 481; Kılıçoğlu, s. 338.

aynen yerine getirmek mecburiyetindedir¹⁸⁸. Sözleşme tarafları karşılıklı haklarını, borçlarını ve sözleşme şartlarını sözleşme özgürlüğü sınırları içinde serbestçe belirlemektedir. Bir borcun olağan sona erme sebebi ifadır¹⁸⁹. Ancak edimini herhangi bir neden ile ifa etmeyen taraf borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarına katlanmalıdır. Bu nedenle taraflar bir sözleşmeyle yükümlülük altına girerken bütün olasılıkları değerlendirerek sözleşmeye gerekli kayıtları koymaya özen göstermelidir. Aksi takdirde bunun sonuçları ağır olabilmektedir. Hukuki güvenliğin, ticari ve gündelik hayatın sürekliliği verilen sözlere uymayı gerektirmektedir. Bu nedenle doğruluk ve dürüstlük kuralı uyarınca ahde vefa, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden birisi olup sözleşmeye bağlayıcı bir güç kazandırmaktadır¹⁹⁰.

Sözleşme özgürlüğüne dayanan yasal ve ekonomik sistemde ahde vefa prensibine gerçek anlamda bir alternatif bulunmamaktadır. Öncelikle *pacta sunt servanda* (ahde vefa), tarafların asıl sözleşmede veya daha sonra uyarlanan bir sözleşmede akdi hak ve yükümlülükleri konusunda anlaştıkları anlamına gelmektedir. Ahde vefa borçlunun sözleşmeye bağlı kalmasını, sözleşme ile vermiş olduğu söze sadık olmasını (vefa göstermesini), şartlar sonradan aleyhine ağır biçimde değiştiğinde dahi edimini aynen ifa etmesini gerektirmektedir¹⁹¹.

Sözleşmede uyarlama klozu olmamasına rağmen hakemlerin ve hakimlerin sözleşmeleri uyarlama yetkisi olduğunda *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi değişime

¹⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 338.

¹⁸⁹ Eren, s. 906-907; Serozan, Rona, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2009, s. 8; Arat, s. 123; Kılıç Öztürk, Gizem, Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Ankara, 2016, s. 16.

¹⁹⁰ Eren, s. 481; Gürsoy, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara, 1950, s. 7; Tezcan, Mehmet, Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Yayınlanmamış Y.L. Tezi, Ankara, 2004, s. 6; Yargıtay HGK 06.02.2020 T., 2017/520 E. 2020/96 K.; Yargıtay 13. H.D. 14.10.2019 T., 2018/2556 E. 2019/9872 K.; Yargıtay 3. H.D. 12.11.2019 T., 2017/14562 E. 2019/9074 K.; Yargıtay 11. H.D. 26.06.2020 T., 2018/5089 E. 2020/3243 K. (www.yargitay.gov.tr, e.t. 24.01.2021).

¹⁹¹ Eren, s. 481; Arat, s. 51; Kılıçoğlu, s. 340.

açık ve tehlikededir. Hakim tarafından yapılan bir uyarlama tarafların özerkliğini kısıtlamakta ve taraflar için sözleşmeyi yeniden yapmaktadır. Bu hem tarafların beklentileri hem de sözleşme müzakereleri boyunca taraflar üzerinde yaratabileceği olumsuz etki bakımından tehlikelidir. Gelecekte sözleşmenin uyarlanma ihtimalini bilen taraflar sözleşme müzakereleri boyunca etkilenebilmektedir.

Diğer taraftan sözleşmenin uyarlanmasının tamamen dışlanması da gerçekçi olmamaktadır. Uyarlamanın dışlanması yalnızca ifa edilmemiş sözleşmelerin sayısının hızlı bir şekilde artmasına neden olacaktır. Bu durum ise belli bir projeyi tamamlamak ve sözleşme ilişkilerini korumak isteyen tarafların menfaatine olmayacaktır. Bir tarafın ediminin ifası öngörülemez olaylar nedeniyle önemli ölçüde ağırlaştığında ve edimler arasındaki denge bozulduğunda sözleşmenin uyarlanmasına ihtiyaç vardır. Öyle ki sözleşme taraflarının öngörmeleri mümkün olmayan olaylar ya da koşullar nedeniyle edim dengesinin değişmesine katlanmaları beklenemez. Böyle bir durumda ahde vefa ilkesinin bir istisnası söz konusudur. Sözleşme akdedilirken mevcut bulunan koşullar öngörülemez şekilde sonradan önemli biçimde değişmiş ise taraflar sözleşmeyle bağlı olmamalıdır¹⁹². Buna “clausula rebus sic stantibus” denilmektedir. Clausula rebus sic stantibus, “sözleşmenin geçerliliği kurulduğu andaki şartlara bağlıdır kaydı” anlamına gelmektedir. Bu ilke borçlunun sadece sözleşmenin şartları değişmediği takdirde ifayla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Günümüzde clausula rebus sic stantibus kavramı sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını ifade etmektedir. Bu kavram geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamıyla ifayı güç hale getiren

¹⁹² **Frick**, s.146; **Oğuzman/Öz**, s. 208-209; **Topuz**, s. 320. Ahde vefa mutlak bir ilke değildir. Sözleşme akdedildikten sonra değişen ağır şartlara rağmen tarafların edimlerini aynen ifa etmeye mecbur bırakılması hakkaniyet ve adalet duygularıyla bağdaşmayabilmektedir. Bu nedenle clausula rebus sic stantibus, ahde vefa ilkesine bir istisna olarak getirilmiştir. Böylece öngörülemez olaylar nedeniyle koşullarda ağır bir değişiklik meydana geldiğinde sözleşmenin feshi ya da uyarlanması söz konusu olmaktadır. **Kılıçoğlu**, s. 338.

beklenmeyen hallerin tamamını kapsamaktadır. Dar anlamda ise ifayı güçleştiren beklenmedik haller ile ilgili teorilerden örtülü şart (zımni infisahi şart) teorisini ifade etmektedir. Clausula rebus sic stantibus ilkesi, sözleşme akdedildikten sonra koşullarda esaslı değişiklikler olması nedeniyle bozulan edim dengesini düzeltmeyi amaçlamaktadır¹⁹³.

Bu halde taraflar sözleşmenin uyarlanması için tekrar müzakere edebilir¹⁹⁴. Sözleşmede uyarlama klotunun bulunmaması halinde üçüncü kişi (hakim ya da hakem) tarafından yapılacak uyarlama olağanüstü durumların ortaya çıkışıyla sınırlı olmalıdır. Olağanüstü durumlar genellikle petrol ambargosu, enflasyon vb. gibi genel durumlar ile ya da proje veya sözleşmeyle (alt yüklenicinin şantiyedeki yükümlülüklerini yerine getirip projeyi tamamlayamadığı için tesisi teslim etmede başarısız olması gibi) sınırlı olmaktadır. Uyarlamada önemli olan sözleşme akdedildikten sonra koşullarda esaslı bir değişikliğin ortaya çıkmasıdır¹⁹⁵. Koşullarda meydana gelen değişikliğin esaslı olması koşulu yalnızca hukuki belirlilik için değil, ilgili taraf için de önem arz etmektedir¹⁹⁶. Elbette sözleşmenin uyarlanması için belirli koşullar uygulanacak maddi hukuka bağlıdır. Ancak ulusal hukuklar genel anlamda ortak hukuki prensiplere bağlıdır. Bu da hukuki belirliliği sağlamaktadır. Örneğin ABD hukuku uyarınca dezavantajlı taraf bu durumu ele

¹⁹³ **Akyol, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul, 1995, s. 82; **Tezcan**, s. 17-18, 29; **Eren**, s. 481-482; **Arat**, s. 54; **Kılıçoğlu**, s. 340-343; **Oğuzman/Öz**, s. 208-211; **Akyol**, s. 82.

¹⁹⁴ **Frick**, s. 146-147. Sözleşmenin uyarlanması pacta sunt servanda ilkesinin sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine karşı olduğu anlamına gelmemektedir. Yeniden müzakere edilmiş bir sözleşme kendi başına pacta sunt servanda'nın bir ifadesidir. **Frick**, s. 146-147.

¹⁹⁵ Ancak sözleşme akdedildikten sonra bir tarafın (örn, gelişmekte olan bir ülkenin) değişmeyen ekonomik güçsüzlüğü beklenmeyen ya da öngörülemeyen nitelikte olmadığından uzun vadeli sözleşmenin feshi ya da uyarlanması için tek başına haklı bir neden teşkil etmemektedir. **Frick**, s. 147.

¹⁹⁶ **Horn, Norbert**, "Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law", ed. Horn, Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Devanter, 1985, s. 29.

alan sözleşme hukuku öğretilerine (*doctrine of frustration of purpose*¹⁹⁷, hata ve imkansızlık, uygulanamazlık/*impracticability*)¹⁹⁸ başvurarak ifadan kaçınma yoluna başvuracaktır. Türk-İsviçre Hukuku uyarınca taraflar *clausula rebus sic stantibus* öğretisine, Alman Hukuku uyarınca ise işlem temelinin çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) öğretisine atıfta bulunacaktır¹⁹⁹.

B. Uyarılama ve Sözleşmenin Tamamlanması Arasındaki İlişki

Sözleşme ilişkisi içindeki taraflar aralarında esas teşkil eden ilişkiye ağırlık vermekte ve bu özel ilişkiyi düzenlemektedir. Bu nedenle sözleşme tarafları diğer konularda kapsamlı düzenlemeler yapmamaktadır. Bu durumda sözleşme boşluğu ortaya çıkmaktadır. Sözleşme boşluğu, tarafların sözleşme içeriğindeki bir sorunu hiç ya da yeterli ölçüde düzenlememeleri halidir. Sözleşmede boşluk bulunduğu mevcut boşluğun doldurularak sorunun çözülebilmesi için sözleşmenin tamamlanması gerekmektedir²⁰⁰. Sözleşmenin tamamlanmasının amacı, yeni bir sözleşme yaratmayacak biçimde sözleşme boşluklarının tarafların iradelerine ve sözleşme amacına uygun biçimde doldurulmasıdır²⁰¹.

¹⁹⁷ Tasavvurun boşa çıkması (*frustration of purpose*) öğretisi uyarınca sözleşme kurulduktan sonra öngörülemeyen şekilde değişen koşullar sözleşmenin ifasını başlangıçta söz verilenden bütünüyle farklı bir hale sokar ise sözleşme çökmüş (*frustrated*) kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle *frustration* öğretisine dayanan taraf, ifa etmeyi üstlendiği edimin mevcut durumdaki edim olmadığını iddia etmektedir. **Arat**, s. 25; **Topuz**, s. 75-76; **Şahin, Hale**, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara, 2020, s. 80-82.

¹⁹⁸ Sözleşmeler hukukundaki uygulanamazlık (*impracticability*) öğretisi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini mazeret etmektedir. Bu öğreti söz konusu yükümlülüğün yerine getirecek taraf için mümkün olmayan bir şekilde zor veya aşırı külfetli hale gelmesini ifade etmektedir. **Frick**, s. 147.

¹⁹⁹ **Horn**, s. 29; **Frick**, s. 147; **Oğuzman/Öz**, s. 208-211.

²⁰⁰ **Yücer Aktürk**, s. 83; **Eren**, s. 475; **Aral/Ayrancı**, s. 67-68; **Frick**, s. 147; **Oğuzman/Öz**, s. 205.

²⁰¹ **Yücer Aktürk**, s. 85; **Frick**, s. 147; **Arat**, s. 35-36; **Kılıçoğlu**, s. 337.

Sözleşmenin tamamlanmasıyla sözleşmenin uyarlanması birbirine oldukça yakın kavramlardır. Türk-İsviçre öğretisi genellikle sözleşmenin uyarlanmasını sözleşmenin tamamlanmasının bir türü olarak kabul etmektedir. Bir sözleşme değişen şartlara uyarlanırken öncelikle sözleşmede uyarlamaya ilişkin bir kayıt olup olmadığına bakılır. Sözleşmede uyarlama kaydı yok ise sözleşmeye uygulanacak hukukta buna ilişkin bir düzenleme olup olmadığı dikkate alınır. Uygulanacak hukukta uyarlamaya ilişkin bir hüküm yok ise hakim ya da hakem sözleşmedeki boşluğu kendi koyacağı kural ile doldurur²⁰².

Uygulamada uyarlamayla boşluk doldurma arasında çoğu zaman bir ayrım yapılmadığı, bu terimlerin birbirlerinin yerine ve yanlış kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bunun nedeni bu iki kavramın birbirine yakınlığı nedeniyle aralarında kesin bir sınır çizmenin oldukça güç olmasıdır. Kanun hükmüne dayanılarak yapılan bir uyarlama, sözleşmenin tamamlanması faaliyetidir. Çünkü böyle bir durumda sözleşmedeki uyarlama boşluğu kanun hükmüyle doldurulmaktadır. Sözleşmelerin hakim ya da hakem tarafından tamamlanması ve hakimin ya da hakemin kendi koyacağı kurallar ile uyarlaması sınırları bakımından birbirinden farklıdır. Sözleşmenin tamamlanmasında sözleşme boşluğu tarafların o konuyu hiç düzenlememesinden ya da sonradan ortaya çıkan bir durumdan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin tamamlanması tarafların beklentileriyle çelişmemektedir. Sözleşmenin uyarlanmasında ise sözleşmedeki boşluğun nedeni sonradan ortaya çıkan ve öngörülemeyen olaylardır. Zira koşullarda sonradan ortaya çıkan ve öngörülemeyen olaylar nedeniyle bir değişiklik meydana gelmesi sözleşmenin uyarlanmasının şartıdır. Ayrıca sözleşmenin tamamlanması yalnızca boşluk olan husus bakımından söz konusudur. Uyarlamada ise hakim ya da

²⁰² Arat, s. 41; Eren, s. 483-485; Topuz, s. 305-306; Yücer Aktürk, s. 122-123.

hakem sözleşmenin tamamında değişiklik yapabilir ya da sözleşmeyi feshedebilir. Bu bakımdan uyarılama tamamlamadan daha geniş bir faaliyettir²⁰³.

Sözleşmenin uyarlanması için koşullarda meydana gelen değişiklik nedeniyle edimler arasındaki dengenin bozulmuş olması gerekmektedir²⁰⁴. Edimler arasındaki dengenin bozulması halinde sözleşmenin diğer tarafının uyarlamayı reddetmesi sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Hillman bu duruma uyarılama modeli olarak atıfta bulunmaktadır. Hillman'a göre sözleşmede açık bir uyarılama hükmü bulunmasa da sözleşme imzalandığı zaman mevcut şartlar ve dürüstlük ilkesi uyarlamayı gerektirmektedir²⁰⁵.

Öğretide bir görüş²⁰⁶ üreticinin uyarılama beklentisi olmasa da taraflar öngörülemez ve ağır nitelikteki olaylarda riski (rizikoyu) dağıtamadığında da sözleşmenin uyarlanması gerektiğini ifade etmektedir. Uyarılama yapılırken haklı bir neden olmadığı sürece sözleşme riski taraflar arasında eşit biçimde paylaştırılmalıdır. Bunun nedeni sözleşme riskinin tek bir tarafa yüklenmesinin hakkaniyete uygun olmamasıdır. Bu biçimde yapılan uyarılama edimler arasında başlangıçta var olan dengenin tekrar sağlanmasına imkan vermektedir²⁰⁷. Bu durumun temeli esasen tarafların dağıtılmayan riskleri eşit biçimde paylaşmayı kabul etmelerini gerektiren iyi niyet prensibidir. Türk-İsviçre hukukundaki

²⁰³ **Frick**, s. 148. Uyarılama yalnızca edimler arasındaki dengenin bozulması halinde mümkün iken tamamlama bunun dışındaki durumlarda da geçerli olduğundan sözleşmenin tamamlanması uyarlanmasından daha geniş hale gelmektedir. **Arat**, s. 41-42.

²⁰⁴ **Hillman, Robert A.**, "Court Adjustment of Long Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law", Duke Law Journal 1, 1987, s. 3-4; **Arat**, s. 42; **Oğuzman/Öz**, s. 212; **Topuz**, s. 323-324; **Frick**, s. 149; **Eren**, s. 480-481; **Kılıçoğlu**, s. 328.

²⁰⁵ **Hillman**, s. 3-4; **Arat**, s. 170-174. İrade özerkliği ilkesi gereği sözleşmenin karşı tarafının uyarlamayı kabul etmek zorunda olmadığı görüşü için bkz. **Topuz**, s. 335; **Schmiedlin, Stefan**, Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus, Eine rechtsvergleichende Analyse, Basel Univ. Diss., Frankfurt, 1985, s. 171.

²⁰⁶ **Hillman**, s. 3-4.

²⁰⁷ **Hillman**, s. 3-4; **Topuz**, s. 324.

clausula rebus sic stantibus öğretisi de bu yaklaşıma dayanmaktadır. Boşluk modeli tarafların sorunu öngörebilselerdi sözleşmeye bir uyarlama kaydı dahil edeceklerini, tüm riski bir tarafın üzerinde bırakmayacaklarını ileri sürmektedir. Bu model uygulamada sözleşme planlaması yapılırken tarafların dolaylı, öngörülmesi maliyetli veya anlaşma sağlanmasını zorlaştıracak olması sebebiyle petrol ambargosu veya ani enflasyon gibi belirli risklerin açık ya da örtülü biçimde dağıtılmayabildiğini ifade etmektedir. Bu durumda riski her iki tarafa da dağıtmak için bir sözleşme hükmü olmasa da taraflar sözleşmelerinin öngörülemeyen bir gelecekteki ifanın sağlanması amacıyla yapıldığının bilincinde olduğundan makul davranmakta ve genellikle taahhütte bulunan kişinin felaket koşullarından bağımsız olarak adeta bir sigortacı gibi hareket etmesini beklememektedir²⁰⁸.

C. Sözleşme Boşluklarının Nisbiliği Kavramı

Taraflar müzakereler ile sözleşmelerine gelecekteki belirli risklere ilişkin hükümleri dahil etme olanağına sahiptir. Tarafların bir konuyu sözleşmede hiç düzenlememiş olması halinde sözleşme boşluğu (*Vertragslücke*) söz konusu olmaktadır. Sözleşme boşluğu genel olarak tarafların bir hususu isteyerek düzenlememesinden, ileride düzenlemeyi kabul edip daha sonra anlaşılamamasından veya o konu üzerinde hiç müzakere etmemesinden kaynaklanmaktadır²⁰⁹. Sözleşmenin uyarlanmasında durumun niteliği gereği taraflar o konu üzerinde hiç müzakere etmemiştir. Çünkü sözleşmedeki boşluk sözleşme akdedildikten sonra meydana gelen ve tarafların öngöremediği durumlar

²⁰⁸ **Hillman**, s. 15; **Frick**, s. 149; **Topuz**, s. 324. Uyarlamanın gerçekleşeceği koşullar uygulanacak hukuka bağlıdır. Boşluk modeli yalnızca uyarlamanın koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin asgari bir kılavuz niteliğindedir. **Frick**, s. 150.

²⁰⁹ **Atamer, Yeşim M.**, “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 174-175; **Tezcan**, s. 75-76; **Frick**, s. 150.

nedeniyle oluşmaktadır. Diğer bir ifadeyle boşluğa neden olan olay koşullarda sonradan meydana gelen ve öngörülemeyen değişikliklerdir. Koşullarda böyle bir değişiklik olmasaydı sözleşme boşluğu meydana gelmeyecekti²¹⁰. Tarafların sözleşme koşullarında gelecekte meydana gelebilecek ağır değişiklik riskini taraflardan birisi üstlenebildiği için ilgili bir hükme yer vermemesi halinde ne olacaktır? Bu kişi edimini tahkim heyetinin veya mahkemenin yardımını olmadan mı ifa etmelidir? Sözleşme özgürlüğü taraflara gelecekteki gelişmeler ile ilgili hükümleri dahil etme imkanı sağlarken sonuçlara da katlanma yükümlülüğü yüklemektedir²¹¹. Öğretide bir görüş sözleşmede risk dağıtımına ilişkin açık bir hüküm olmaması halinde tarafların ortak iradesinin riskin üretici üzerinde bırakılması olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş eleştirilmektedir. Öncelikle kanun koyucunun ve sözleşme taraflarının yasa veya sözleşme ne kadar detaylı olursa olsun gelecekteki bütün ihtimalleri somut biçimde öngörüp düzenlemesi mümkün değildir. Sözleşmede açık bir hüküm olmaksızın tarafların tüm riski borçluya dağıtmayı amaçladığını varsaymak gerçekçi değildir. Sözleşmenin sonradan meydana gelen bir olayı düzenleyen açık bir hüküm içermemesi bu riskin belirlenmediği ve taraflardan birinin üzerinde bırakılmadığı anlamına gelecektir. Bu nedenle öğretide hakim görüş riskin öngörülemez veya beklenemez olarak nitelendirilmesinin riskin nasıl dağıtıldığının bir göstergesi olduğudur. Bazı istisnai hallerde taraflar kaynak harcamak istemediği için müzakereyle risk dağıtımını yapmamaktadır. Ancak bu durum yalnızca istisnai hallerde geçerlidir. İstisnai haller dışında riskin gerçekleşmesine sebep olan olay taraflarca

²¹⁰ **Eren**, s. 475-476, 484; **Arat**, s. 129-130; **Kaplan**, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara, 1987, s. 10; **Oğuzman/Öz**, s. 153. Sözleşme boşluğu uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Bunun nedeni tarafların ayrıntılı sözleşme hükümlerinden ziyade aralarında temel teşkil eden özel ilişkiyi düzenlemeye daha çok önem vermesidir. **Frick**, s. 150-151.

²¹¹ **Arat**, s. 35; **Topuz**, s. 65; **Haarmann, Wilhelm**, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, Berlin, 1979, s. 43-48.

öngörülememektedir. Tarafların sözleşmede risk dağıtımını düzenlememesinin nedeni genellikle bu riskin öngörülemez olmasıdır²¹².

Sözleşmeler taraflar müzakereye başladığında mevcut koşullara dayanılarak akdedilmektedir. Bu koşullar sözleşmenin içeriği olmayıp tarafların varsayımlarına temel teşkil etmektedir. Taraflar ilgili hükümleri sözleşmeye dahil ettiğinde bu koşullar sözleşmenin içeriği haline gelmektedir. Fakat gelecekte meydana gelip gelmeyeceği belirsiz olası tüm olay ve koşulların sözleşmeye eklenmesi pratik değildir. Ayrıca bu koşulların ve olayların çeşit ve sayı olarak verilmesi tarafların anlaşmaya varmasını da güçleştirmektedir. Bu nedenle tarafların sözleşmede açıkça belirtilmeyen her riski edimi ağırlaşan tarafa yüklediği iddia edilemez. Yazılı sözleşme bu anlamda yalnızca çevresinde ilişkilerin çeşitlendiği ve değiştiği takribi bir göstergedir²¹³.

Eğer bir sözleşme değişen koşullar nedeniyle uyarlanır ise ve esas sözleşme bu koşullara değinmiyor ise pacta sunt servanda (ahde vefa) prensibinin tehlikede olduğu düşünülebilir. Burada sözleşme meydana gelen boşluğu söz konusu olaya ilişkin bir hüküm öngörmeyerek göstermektedir. Bu, sözleşmenin tam olarak tahmin edildiği veya sözleşmede planlanan bir boşluk bulunduğu anlamına gelmemektedir. Sözleşmesel boşluk kavramı nisbidir ve bakan kişinin baktığı zamana (sözleşme başlamadan önce veya sonra) bağlıdır. Sözleşmenin akdedilmesi sırasında mevcut koşullar altında düzenlenmesi gereken her şeyi düzenleyen ve boşluk olmayan bir sözleşme, koşullar değiştiğinde sonradan boşluk olan bir sözleşme haline gelebilir. Boşluk kavramı koşulların bir işlevidir. Bu nedenle koşullar değiştiğinde sözleşmede bir boşluk meydana gelebilmekte ve önceden eksiksiz olan bir sözleşme noksan hale gelebilmektedir. Boşluk

²¹² **Gillette, Clayton**, “Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long Term Contracts”, 75 Cal. L. Rev. 521, 1987, dn. 46, 50, 58; **Frick**, s. 151; **Eren**, s. 485.

²¹³ **Frick**, s. 151; **Topuz**, s. 176-177.

modeli (*gap model*) uyarlama süreci için elverişli ve kullanışlı bir açıklama sunmaktadır²¹⁴.

D. İsimsiz Uluslararası Sözleşmelerin Uyarlanması

Bir sözleşmenin vadesi ne kadar uzun, sözleşmedeki iş birliği unsuru ne kadar belirgin ve sözleşme edim planı ne kadar karmaşık ise sözleşmenin uyarlama seviyesi o kadar düşük olmalıdır. Tarafların birçok konuyu açık bıraktığı ve genel en iyi çaba, iş birliği gibi kayıtları kullandığı uzun vadeli isimsiz uluslararası sözleşmelerde sözleşme değişen şartlara uyarlandığında genellikle tarafların beklentileriyle de uyumlu olmaktadır. İsimsiz sözleşmelerin ilişkisel (*relational*) doğası ve devam eden ilişkide gelecekteki iş birliği ihtimali daha rahat ve esnek bir yaklaşımı gerektirmektedir. Bu sözleşmelerde bazı durumlarda zımni bir uyarlama klozu dahi kabul edilebilmektedir²¹⁵.

²¹⁴ **Frick**, s. 151; **Arat**, s. 92. Geleneksel görüş boşluk kavramının nisbiliğini dikkate almamakta ve yalnızca iki ihtimali öngörmektedir. Buna göre i) sözleşmede bir boşluk varsa mahkemelerin veya hakemlerin bu boşluğu doldurmasına izin verilmektedir, ii) sözleşme eksiksizdir ve ahde vefa ilkesi mahkemelerin veya hakemlerin sözleşmeyi değiştirmesini yasaklamaktadır. Ancak geleneksel görüş isimsiz uluslararası sözleşmeler için elzem olan üçüncü bir olasılığı göz ardı etmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmeler akdedildiği sırada eksiksiz olsa dahi sonradan değişen koşullar nedeniyle noksan hale gelebilmektedir. Taraflar bu değişiklikleri öngöremediğinden sözleşmelerinin doğası gereği sözleşme akdedildiği sırada değişiklik meydana gelebileceğini ve sözleşmede değişiklik yapılmasının uygun olabileceğini bilmektedir. Bu da hakemlerin veya hakimlerin değişen koşulların uyarlamayı haklı kılıp kılmayacağı yönünde normatif bir karar verirken isimsiz sözleşmelerin doğasını ve özelliklerini dikkate almaları gerektiğini göstermektedir. Bu yaklaşımın temeli uzun soluklu sözleşmelerin bağlayıcı gücünün azalması değil, aksine sözleşmenin akdedildiği sırada eksiksiz olmasına rağmen sonradan noksan hale gelmesi ve sözleşmede boşluk oluşmasıdır. Sözleşme tarafları genellikle meydana gelebilecek değişiklikleri öngörememekte ve sözleşmelerinde uyarlama kayıtlarına yer vermemektedir. Fakat isimsiz uluslararası sözleşmelerin tarafları bu sözleşmelerin doğasının farkındadır. **Frick**, s. 152.

²¹⁵ Örtülü (zımni) uyarlama klozunda sözleşmede açık bir uyarlama hükmü yoktur. Burada sözleşme yorumlanarak ve tamamlanarak sözleşmenin uyarlama konusunda örtülü bir düzenleme içerip içermediğine bakılmaktadır. Örtülü uyarlama klozunun söz konusu olabilmesi için sözleşmede açıkça

Tahkim kararları da uluslararası ticari sözleşmelerde daha esnek bir uyarlama anlayışı olduğunu göstermektedir. Çünkü isimsiz sözleşmelerde ilk planlamanın genellikle mecburi olarak tamamlanamayacağı, müzakerelerin ilişkiyi uyarlamak ve korumak için yapılacağı kabul edilmektedir. Bu kabulün ışığında her iki taraf için de gerçekleşmesi öngörülemeyen risklerin çeşitlendirilmesinin planlanmasına zaman harcamanın etkili olup olmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Aşağıda yapılan karşılaştırmalı analizde görüleceği üzere Türkiye, İsviçre, Almanya, İtalya ve bir dereceye kadar İngiltere ve Fransa'nın uygulanacak maddi hukuku uyarınca sözleşmede bir uyarlama hükmü yok ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için mevcut koşullarda temel, öngörülemeyen ve beklenmeyen değişiklikler olması gerekmektedir. Bu formül sözleşmelerin doğasını dikkate almayı gerektirmektedir. Bu bağlamda isimsiz uluslararası sözleşmelerin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayacak özel nitelikleri sözleşme uyarlanırken de dikkate alınmalıdır. Bu sözleşmelerde önceden planlamanın zorluğu, özel işlem maliyetleri, üçüncü şahısların ve daha büyük toplulukların riskli bir girişimin başarısına olan bağımlılığı dikkate alınması gereken en tipik ilişkisel faktörlerdir²¹⁶. Bu nedenle uygulanacak hukuka bakılmaksızın isimsiz uluslararası sözleşmeleri uyarlamak için genellikle haklı gerekçeler mevcuttur. Uygulanacak maddi hukuk yalnızca söz konusu durumların ya da davaların genellikle *clausula rebus sic stantibus* olarak tanımlandığından daha geniş bir sözleşme uyarlaması olarak mı yoksa *clausula rebus sic stantibus*'a dayanmayan ek bir uyarlama davaları grubu olarak mı değerlendirileceğini

yer alan hiçbir düzenleme olmaması gerekmektedir. Uyarlamayla ilgili belirsiz veya eksik bir düzenleme mevcut ise örtülü bir düzenleme söz konusu olmayacaktır. Örtülü bir uyarlama hükmü kolayca kabul edilebilecek bir durum değildir. Çünkü burada tarafların farazi iradesinin tespit edilmesi oldukça zordur. Öyle ki, tarafların farazi iradesinin taraflara atfedilen tahmini irade ile karıştırılması mümkün olduğundan tehlikelidir. Federal mahkeme de örtülü uyarlama kuralının tespitinde çok dikkatli olmak gerektiğini ifade etmektedir. **Arat**, s. 150, dn. 89.

²¹⁶ **Frick**, s. 153; **Yücer Aktürk**, s. 120, 126-128.

belirleyecektir²¹⁷. Alman hukukuna göre Huber²¹⁸, ikinci anlayışı savunmaktadır²¹⁹. Öğretide bizim de katıldığımız ağırlıklı olan görüş ise birinci anlayışı savunmaktadır²²⁰. Çünkü isimsiz uluslararası sözleşmelerde değişen koşullar clausula rebus sic stantibus'un şartlarını diğer sözleşmelerde olduğundan daha sık yerine getirmektedir. Günümüzün uzun vadeli sözleşmelerinin ilişkisel gerçeklikleri bu sözleşmelerde öngörülemeyen aksaklıklar taraflar için ciddi ve geri dönülemez zararlara neden olduğunda uyarlama yükümlülüğünün meydana geleceğini göstermektedir²²¹.

E. İsimsiz Uluslararası Sözleşmelerin Uyarlanmasının Ekonomik Etkileri

Ekonomik tartışmalar katı bir pacta sunt servanda ilkesinden ya da diğer hukuki prensiplerden sapmayı haklı göstermemektedir. Ancak bu tartışmalar genellikle sözleşmelerin uyarlanmasına yönelik itirazlara gerekçe yapıldığından bunlara değinilmesi gerekmektedir.

Sözleşmedeki riski ve belirsizliği azaltmanın maliyeti, aksatıcı potansiyeli olan olayları belirlemenin, risk dağıtımı ya da sözleşme değişikliğine ilişkin müzakere maliyetinin ve dava maliyetinin bir fonksiyonudur. Risklerin önceden belirlenmesi kontrolü kaybedilmiş benzer sözleşmelerdeki tarihsel örnekler belirlenerek ve gelecekteki kesintiler tahmin edilerek gerçekleştirilmektedir. Bunun için ise kaynak harcanması

²¹⁷ **Akyol**, s. 82; **Tezcan**, s. 17-18; **Eren**, s. 481-482.

²¹⁸ **Huber, Lucius**, Das Joint Venture im Internationalen Privatrecht, Zurich, 1992, s.23.

²¹⁹ Uyarlama sorunu uzun soluklu, özellikle de uluslararası ticari trafiği olan sözleşmelerin temel problemlerinden biridir. Bu sadece clausula rebus sic stantibus için koşullar mevcut olduğunda (sözleşme akdedildikten sonra koşullarda meydana gelen önemli değişiklikler sonucu tarafların edimleri arasındaki denge bozulduğunda) veya mücbir sebep durumunda değil, ortaklık dengesi genel olarak bozulduğunda da ortaya çıkmaktadır. **Huber**, s. 23.

²²⁰ **Arat**, s. 165; **Eren**, s. 484-485; **Aktürk Yücer**, s. 90-91; **Frick**, s. 154; **Hillman**, s. 33.

²²¹ **Frick**, s. 154; **Arat**, s. 165; **Eren**, s. 484-485; **Hillman**, s. 33.

gerekmektedir. Öğretide mahkemeler tarafından yapılan uyarlamaların uzun süreli sözleşmelere girilmesini engelleyeceği, böylece sözleşme maliyetlerini arttıracığı savunulmaktadır. Bu görüş sözleşmelerin mahkemeler tarafından uyarlamasının kötü bir politika olacağını ifade etmektedir²²².

Öğretide uyarlanamaz (uyumsuz) model olarak adlandırılan bir görüşe göre ise sözleşmede düzenlenmeyen ve beklenmeyen nitelikte bir olay meydana geldiğinde zararın üzerine düştüğü taraf itiraz edemeyecektir. Bu görüş sözleşmede belirli durumlara ve risklere yer vermemenin bu risklerin gerçekleşmesinin sonuçlarını üstlenmeyi ve bunlara katlanmayı kabul etmek anlamına gelmediği nedeniyle eleştirilmektedir²²³. Özellikle uzun süreli isimsiz uluslararası sözleşmelerde taraflar belirsiz riskler için plan yapmamakta, gerçekleşme ihtimali düşük riskleri dağıtmayarak işlem maliyetlerini düşürmektedir. Böylece taraflar uzak (ikincil) riskler ile ilgili planlama maliyetlerinden tasarruf etmektedir. Taraflar bunu ikincil bir riskin meydana gelmesi halinde bir tarafın sonuçlara tek başına katlanacağını varsaydıkları için değil, sözleşme akdedildikten sonra esnekliği sürdürmeye kararlı oldukları için yapmaktadır²²⁴. Bu nedenle risklerin paylaştırılmaması halinde öngörülemeyen bir olay nedeniyle meydana gelen riske tek tarafın katlanacağını varsaymak isimsiz uluslararası sözleşmelerin doğasına, tarafların iradesine ve gerçeğe aykırı olacaktır. Kaldı ki tarafların sözleşmenin başında bütün riski dağıttığını varsaymak da makul ve mantıklı değildir. İsimsiz sözleşmelerin uzun süreleri

²²² **Frick**, s. 155.

²²³ **Frick**, s. 155; **Hillman**, s. 3, 12; **Harrison, Jeffrey**, “A Case For Loss Sharing”, 56 Southern California L. Rev., 1983, s. 588. Taraflar sözleşme müzakerelerinde risk dağıtımını çok fazla müzakere etmenin maliyetli olacağına ve riskin meydana gelmesi durumunda bu risk ile başa çıkmak için iş birliği yapacaklarına karar vermiş olabilir. **Frick**, s. 155. Tarafların sözleşmede riski dağıtmamış olmaları halinde riskin tek tarafın üzerinde kalacağını varsaymak hakkaniyet ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Sözleşmede riskin dağıtılmamış olması halinde dürüstlük ilkesi uyarınca gerçekleşen riskin her iki taraf arasında eşit olarak paylaştırılması gerekmektedir. **Topuz**, s. 176-177.

²²⁴ **Frick**, s. 155; **Hillman**, s. 5.

göz önüne alındığında gelecekteki bazı olayların ve bu olayların etkilerinin tam anlamıyla öngörülememesi olağandır. Taraflar sözleşmenin başında öngörülebilir olayların dahi meydana gelme ihtimalini o kadar düşük görmektedir ki bu riskleri açıkça dağıtmaya gerek duymamaktadır. Bu nedenle doğru bir risk yönetiminde sözleşmede esnekliğin oluşturulmasına ve uyarlamalar yoluyla uyuşmazlık çözümünün kolaylaştırılmasına yönelik bazı yöntemler planlanmaktadır. Bu planlamadaki ihtimaller öngörülemeyen değişikliklerin olabileceği, sözleşmede boşlukların olacağı ve taraflar arasındaki ilişki kapasitesinin tarafların noksan sözleşme hükümlerini ne kadar erken uyarlayacaklarına bağlı olacağı yönündedir²²⁵. İsimsiz sözleşmelerde koşullarda meydana gelen değişikliklerin bir sonucu olarak taraflardan her biri diğerinin esnek olmasını, edimler arasındaki denge bozulduğunda ilişkinin muhafaza edilmesi için iş birliğinde bulunmasını ve iki tarafın da çıkarlarıyla uyumlu hareket etmesini beklemektedir. Nitekim isimsiz uluslararası sözleşmelerin uyuşmazlık çözüm mekanizması (örn, tahkim klozu) içermesi de tarafların sözleşmede ve edimlerin ifasında esneklik beklediğinin göstergesidir. Böyle bir durumda üçüncü kişi tarafından yapılan uyarlama da tarafların beklentileriyle uyumlu olmaktadır. Sözleşmenin üçüncü kişi tarafından uyarlanması sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmemektedir. Çünkü burada taraflar sözleşmeye uyarlamaya ilişkin bir kayıt koymayarak haklarını ve yükümlülüklerini yönetecek bir hukuk yaratmamıştır²²⁶.

²²⁵ **Frick**, s. 157; **Speidel, Richard**, “Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts”, 76 Northwestern U. Law Review 369, 1981, s. 372-373; **Çeliker**, s. 3-5.

²²⁶ **Hillman**, s. 7, 27; **Frick**, s. 157.

1. Dürüstlük Kuralı ve Uyarlama

Borçlar hukukunun temelini oluşturan dürüstlük kuralı uyarlamanın da temelini oluşturmaktadır²²⁷. Dürüstlük kuralı temelde karşılıklı bir güven ilişkisine dayanmaktadır. Bu ilişki taraflara güven ilişkisine aykırı hareket etmeme ve birbirlerine beklemeye haklı oldukları davranış şeklini gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Diğer bir ifadeyle dürüstlük kuralı sözleşme taraflarının iş birliğini gerektirmektedir. Uyumlu bir iş birliği ilişkisini sürdürmenin en iyi yolu ise sözleşmenin ifası süresince esnek kalmak, uyuşmazlıkları ve davayı önlemektir²²⁸. Dürüstlük kuralı “bir kimseden namuslu ve dürüst bir insan olarak beklenen davranış” olarak tanımlanabilmektedir²²⁹.

Şartların önceden öngörülemez ve edimler arasındaki dengeyi bozacak şekilde sonradan değişmesi halinde diğer sözleşme tarafının edimin ifasını sözleşmedeki biçimiyle (değiştirilmeden) talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir²³⁰. Tarafların sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini kanuni bir yükümlülük olarak kabul edip etmediğine bakılmaksızın isimsiz sözleşmelerin uyarlanması bu sözleşmelerin iş birliği unsuruyla da tutarlıdır. Esnekliğin ve iş birliğinin hakim olduğu isimsiz uluslararası bir sözleşmede edimler arasındaki denge bozulduğunda taraflar karşılıklı zararlarını en aza indirmek için girişimlerde bulunmalıdır. Nitekim burada

²²⁷ **Topuz**, s. 322; **Frick**, s. 157; **Arat**, s. 166.

²²⁸ **Hillman**, s. 7-10; **Frick**, s. 157-158. Hillman’a göre burada tarafların sözleşmedeki açık hükümleri dahi geri planda bırakacak karşılıklı beklentilere dayalı bir iyi niyet yükümlülüğü bulunmaktadır.

²²⁹ **Arat**, s. 166-167; **Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2000, s. 169; **Eren**, s. 18; Yargıtay HGK 23.09.2020 T., 2017/1251 E. 2020/673 K.; Yargıtay HGK 07.07.2020 T., 2019/621 E., 2020/530 K. karşı oy; Yargıtay HGK 24.06.2020 T., 2016/603 E., 2020/462 K. (www.yargitay.gov.tr, e.t. 01.02.2021). Dürüstlük kuralı TMK m. 2’de düzenlenmiştir. TMK m. 2 uyarınca; “*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*”

²³⁰ **Arat**, s. 28, 170.

beklenmedik olaylar nedeniyle sözleşmeleri kesintiye uğrayan yabancı ya da üçüncü bir kişi değil, bizzat sözleşme taraflarıdır. İsimli uluslararası sözleşmelerin tarafları ortak bir teşebbüste yer aldığından sözleşme süresince beklenmedik bir olay meydana geldiğinde tarafların öngörülemeyen yararı ve zararı paylaşma yükümlülükleri bulunmaktadır²³¹. Sözleşmede hiçbir uyarılma yapılmaması durumunda taraflardan birinin ticari faaliyetten çıkarılma veya iflas etme riski taşıdığı haller ise iş birliği ihtiyacının belirgin hale geldiği istisnai bir durumdur²³².

2. Üstün Risk Taşıyıcısı (*Superior Risk Bearer*)

Üstün risk taşıyıcısı (*superior risk bearer*) belirli durumlarda daha etkin olan, söz konusu riskin daha düşük maliyetli taşıyıcısı olan taraftır. Herhangi bir koşul değişikliği riski üstün risk taşıyıcısında olmalıdır²³³.

Üstün risk taşıyıcısı kavramı iki boyut içermektedir. İlk boyut riskin gerçekleşmesini önlemek için daha iyi konumda olan tarafın kim olduğudur. Taraflarca önlenemeyen riskler söz konusu olduğunda ikinci boyuta odaklanılmalıdır. İkinci boyut ise riske daha düşük maliyetlerle katlanacak tarafın kim olacağıdır. Posner ve Rosenfield'in savındığı bir görüşe göre değişen şartların riski üstün olan veya düşük

²³¹ **Frick**, 158; **Hillman**, s. 17; **Speidel**, s. 421; **Arat**, s. 13. Alman ve Türk-İsviçre Hukukuna göre sözleşme müzakerelerine katılan sözleşme taraflarının dahil olduğu bu kavrama tarafların kanuni koruma ilişkisi (*gesetzliches schutzverhältnis*) denilmektedir. **Frick**, 158.

²³² **Frick**, s. 158; **Hillman**, s. 17. Örn, Westinghouse uranyum fiyatlarındaki keskin artışlar nedeniyle kırk dokuz nükleer santral için uranyum sağlama sözleşmelerinde iki milyar doların üzerinde bir zararla karşı karşıya kaldığında sözleşmenin diğer tarafı herhangi bir mahkemenin önerdiğinden çok daha yumuşak ve hoşgörülü olan uzlaşmayı kabul etmiştir. Bunun nedeni sözleşmenin diğer tarafının sözleşme ortağının mühendislik, reaktörler için parça ve servis sağlayan, ödeme gücü olan bir işletme olarak tamamen işler durumda olmasını sağlamanın kendi menfaatleriyle uyumlu olduğunu bilmesi ve bu menfaatler doğrultusunda hareket etmesidir. **Frick**, s. 158.

²³³ **Speidel**, s. 386; **Frick**, s. 163.

maliyet ile sigorta eden tarafa ait olmalıdır²³⁴. Posner ve Rosenfield’a göre taraflar genellikle etkili veya hep ya hiç çözüm yolunu istemektedir. Bu durumda akdi bir başarısızlık söz konusu olduğunda zararın riskleri öngörme kapasitesine sahip, risklere ilişkin bilgilere erişimi olan ancak bunu yapmayan tarafa devredilmesi adil olmaktadır²³⁵. Ancak bu görüş risklerin önceden detaylı şekilde planmaması yoluyla maliyetlerden tasarruf edilen uzun vadeli isimsiz sözleşmeler açısından uygun bir çözüm yolu sunmamaktadır. Nitekim isimsiz sözleşmelerin en belirgin özelliklerinden birisi de yüksek riskler içermesidir. Bu sözleşmelerin tarafları belirsizlikleri, aralarındaki esnekliği ve bu bağlamda ilerideki bir iş birliğinin gerekli olacağını bilmektedir. Bu nedenle isimsiz sözleşmelerin tarafları ortak bir amaca ulaşmak için birlikte çalışmaktadır. Taraflar müzakerelerinde risklerin dağıtımına değil, ortak amaçlarına nasıl ulaşacaklarına odaklanmaktadır. Taraflar olası tüm riskleri belirlemek ve dağıtmak için yüksek maliyetlere katlanmak yerine gelecekteki iş birliği ve esneklik üzerinde yoğunlaşmaktadır²³⁶. Nitekim bu sözleşmelerde kâr ve zarar paylaşımı ortaklık kavramının temelini oluşturmaktadır. Bir ortaklıkta ortakların işletmeye farklı miktarlarda katkıda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ortakların kâr ve zararı eşit olarak paylaşmayı planladıkları kabul edilmektedir. Bu nedenle aksi yönde açık bir

²³⁴ **Speidel**, s. 385-386; **Frick**, s. 163. Satıcının maliyetinin beklenmedik şekilde dört kat arttığı kömür tedarik sözleşmesi söz konusu olduğunda Posner ve Rosenfield hem kömür madenciliğiyle hem de kömür yakan büyük ocakların imalatı ve satıcılığı ile iştigal eden büyük şirketler gruplarının üstün risk sigortacısı olduğunu iddia etmektedir. Çünkü bunlar potansiyel zararı daha iyi tahmin etme ve kendilerini fiyat artışlarına karşı korumak için tarafsız önlemler geliştirme konusunda üstün bir kapasiteye sahiptir. Diğer bir ifadeyle verimliliğin üstün risk taşıyıcısının kayıptan tamamen sorumlu tutularak sağlanacağı ifade edilmektedir. Bunun nedeni makul bir kömür tedarikçisinin sahip olması gerektiği gibi üstün risk taşıyıcısının riske karşı sigortalı olmasıdır. Eğer durum farklı ise ispat yükü genellikle tedarikçi üzerindedir. **Posner, Richard A./Rosenfield, Andrew M.**, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies*, Volume 6, No:1, 6th Article, 1977, s. 97-108.

²³⁵ **Harrison**, s. 589-591; **Frick**, s. 163-164.

²³⁶ **Harrison**, s. 592; **Frick**, s. 164.

sözleşme hükmü olmadığı takdirde isimsiz sözleşmelerde kâr ve zarar eşit olarak paylaşılmaktadır²³⁷.

3. İsimsiz Uluslararası Sözleşmelerde Feshin Son Çare Olması

İsimsiz uluslararası sözleşmeler tarafların karşılıklı bağımlılığına ve iş birliğine dayanmaktadır. Bu nedenle koşullarda öngörülemeyen değişiklikler meydana geldiğinde isimsiz uluslararası sözleşmelerin öncelikle uyarlanması tercih edilmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin feshedilmesi tarafların menfaatlerini de olumsuz yönde etkileyeceğinden bu sözleşmelerde fesih son çare olarak görülmektedir²³⁸. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin feshedilmesi yerine uyarlanmasının tercih edilmesi tarafların beklentileriyle ve menfaatleriyle de örtüşmektedir²³⁹. Diğer bir ifadeyle isimsiz uluslararası sözleşmelerde tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları çözebilecek ve akdi ilişkiyi muhafaza edebilecek tek çözüm yolu sözleşmenin uyarlanmasıdır²⁴⁰.

F. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN (AKDİ) UYARLAMA HÜKÜMLERİ

²³⁷ **Harrison**, s. 594-595; **Frick**, s. 164.

²³⁸ **Topuz**, s. 337; **Speidel**, s. 412; **Frick**, s. 165; **Hillman**, s. 8; **Eren**, s. 486; **Kösoğlu, Mehmet**, Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kızları, Yayınlanmamış Y.L. Tezi, İstanbul, 2010, s. 92; **Arat**, s. 194. Borçlunun öncelikli talebi uyarlama olmalıdır. Aksi takdirde borçluya sözleşmeyi ifa etmemenin yolu açılmış olur. Bu da ahde vefa ve sözleşmeye güven ilkesiyle bağdaşmamaktadır. **Kılıçoğlu**, s. 346, 932-933. İsimsiz sözleşmelerde *ex tunc* (geriye etkili) bir sözleşmeden dönme değil, *ex nunc* (ileriye etkili) bir fesih söz konusudur. Bunun nedeni sözleşmenin feshine ve tasfiye anına kadar yapılanların ya da verilenlerin iadesinin mümkün olmamasıdır. **Kösoğlu**, s. 97; **Arat**, s. 194; **Kılıçoğlu**, s. 932-933.

²³⁹ **Frick**, s. 165; **Kronman, Anthony**, "Specific Performance", 45 Chicago Law Review 351, 1978, s.351; **Speidel**, s. 374-375, 412; **Hillman**, s. 8.

²⁴⁰ **Speidel**, s. 412; **Frick**, s. 165-166; **Topuz**, s. 337. Sözleşmenin uyarlanması sözleşmenin feshi ile aynen ifası arasında uygulanabilir bir zemin oluşturmaktadır. **Frick**, s. 165.

Taraflar sözleşme serbestisi içinde dilediği şekilde düzenleme yapabilmektedir. Bu durum sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin düzenlemeler için de geçerlidir. Taraflar sözleşmelerine uyarlama yapılmasına ya da yapılmamasına ilişkin hükümler (kayıtlar) koyabilmektedir. Uygulamada bu hükümler genellikle uyarlama klozları olarak adlandırılmaktadır. Uyarlama klozları ilişkin olduğu sözleşme rizikosunu diğer tarafa yüklemeye hizmet etmektedir. Uyarlamayla ilgili uyuşmazlıkların mahkemeler yoluyla çözümlenmesinin masraflı olması ve taraflar için tatmin edici çözümler sağlayamaması bu klozların sözleşmelerde önem kazanmasına neden olmuştur. Uyarlama klozları açık veya örtülü olabileceği gibi olumlu ya da olumsuz da olabilir²⁴¹.

1. Açık Uyarlama Hükümleri

a. Açık Olumlu Uyarlama Hükümleri

Olumlu uyarlama hükümleri belirli durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının taraflarca kararlaştırıldığı sözleşme kayıtlarıdır. Bu hükümler ile sözleşmenin akdi sırasında ileride koşullarda meydana gelecek değişiklikler nedeniyle oluşacak risk (riziko) paylaştırılmaktadır. Olumlu uyarlama hükümlerine uygulamada sık

²⁴¹ **Eren**, s. 483; **Arat**, s. 140; **Kaplan, İbrahim**, s. 119; **Horn, Norbert**, “Neuverhandlungspflicht”, AcP, s. 181; **Horn**, “Vertragsbindung unter veränderten Umständen-Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen”, NJW, 1985, s. 1118; **Sulzer, Stefan Robert**, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich, 2002, s. 135; **Topuz**, s. 165-170. Uyarlama klozları, olası sözleşme rizikolarına ve denge bozulmasıyla ifa güçlüklerine bir önlem olarak uygulamada ortaya çıkmıştır. Bu kayıtlar daha çok uzun süreli sözleşmelerde tercih edilmektedir. **Topuz**, s. 165-170.

rastlanılmaktadır. Sözleşmelere koyulan ve tarafların sorumluluklarını düzenleyen altın, döviz, savaş, grev kayıtları olumlu uyarlamaya hükümlerine örnek teşkil etmektedir²⁴².

Açık olumlu uyarlamaya hükümleri şart ya da vade şeklinde kararlaştırılabilmektedir. Şart kavramı tarafların hukuki işlemin etkisinin başlamasını veya sona ermesini gelecekte meydana gelmesi muhtemel bir olayın gerçekleşmesine bağlamasına olanak vermektedir²⁴³. Bu ihtimaller geciktirici şart ve bozucu şart olabilmektedir. Geciktirici (taliki) şart, tarafların sözleşmeye koydukları bir kayıt ile hukuki işlemin sonuç doğurmasını ileride gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlamasıdır. Bozucu şart ise sözleşme taraflarının yaptığı hukuki işlemin etkisinin ortadan kalkmasını gelecekte meydana gelme olasılığı olan bir olaya bağlamasıdır. Ancak bozucu şart aksi kararlaştırılmadığında sözleşmenin sona ermesine neden olmaktadır. Dolayısıyla bozucu şart isimsiz uluslararası sözleşmelerin ihtiyaç duyduğu esnekliği sağlayamamaktadır. Bu nedenle uygulamada isimsiz sözleşmenin bozucu şarta bağlanmasıyla tamamen sona erdirilerek riskin (rizikonun) paylaştırılması biçimindeki sözleşme kayıtları genellikle tercih edilmemektedir. İsimli uluslararası sözleşmelerin tarafları akdi ilişkiyi muhafaza edecek ve uyarlamaya imkan sağlayacak nitelikteki uyarlamaya kayıtlarını tercih etmektedir²⁴⁴.

Olumlu uyarlamaya hükümlerinin sözleşme konusu edimin uyarlanması şeklinde düzenlenmesi de mümkündür. Bu durumda sözleşme bütünüyle etkilenmemekte, yalnızca edim uyarlanmaktadır. Ancak sözleşmeyi bir bütün olarak etkileyecek bir uyarlamaya da söz konusu olabilmektedir. Sözleşme süresinin değiştirilmesine ya da sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin uyarlamaya hükümleri buna örnek gösterilebilir²⁴⁵.

²⁴² Eren, s. 483; Arat, s. 140; Kaplan, s. 119.

²⁴³ Sirmen, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 53; Arat, s. 141; Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı Hukuki İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989, s. 8.

²⁴⁴ Sirmen, s. 53-54; Arat, s. 141; Pulaşlı, s. 57,63; Kaplan, s. 120; Topuz, s. 166-167.

²⁴⁵ Arat, s. 143.

Tarafların sözleşmenin ifasını vadeye bağlaması ya da dönemli edimler söz konusu olduğunda vade tarihinde belli miktarlarda artış kararlaştırması mümkündür. Bu durumda vade şeklinde kararlaştırılan açık olumlu uyarlama hükmü söz konusu olmaktadır. Bir borç tarafların anlaşması, işin niteliği veya kanun hükmü nedeniyle vadeye bağlanabilmektedir²⁴⁶. Taraflar sözleşmeyi vadeye başlangıçta bağlayabilecekleri gibi sonradan da yapabilir. Sözleşme kurulurken kararlaştırılan vade genellikle ifa hazırlığı için olup uyarlama amacı taşımamaktadır. Vadenin sözleşme kurulduktan sonra kararlaştırılması ise derhal ifa edilecek borcun vadeye bağlanması ya da mevcut vadenin uzatılması şeklinde olmaktadır²⁴⁷.

b. Açık Olumsuz Uyarlama Hükümleri

Sözleşmenin değişen şartlara rağmen uyarlanmasına izin vermeyen hükümlere olumsuz uyarlama hükümleri denir. Burada taraflar şartların değişmesinden kaynaklanabilecek riskleri tamamen bir tarafa yüklemektedir. Riski üstlenen sözleşme tarafı her koşulda edimini ifa etmeyi taahhüt etmektedir. Açık olumsuz uyarlama hükmü ile ahde vefa ilkesi sözleşmede açıkça ifade edilmiş olmaktadır²⁴⁸.

2. Örtülü Uyarlama Hükümleri

Sözleşmede açık bir uyarlama hükmü bulunmuyorsa sözleşmenin yorumlanarak ve tamamlanarak sözleşmenin örtülü bir düzenleme içerip içermediğine bakılmalıdır. Sözleşmede eksik ya da belirsiz bir düzenleme bulunuyorsa örtülü uyarlama hükmünden

²⁴⁶ Arat, s. 144.

²⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 339-342; Arat, s. 14.

²⁴⁸ Kaplan, s. 123-124; Topuz, s. 170; Arat, s. 147.

söz edilemez. Örtülü uyarlama hükmünden bahsedebilmek için sözleşmede hiçbir açık düzenleme bulunmaması gerekmektedir²⁴⁹.

a. Örtülü Olumlu Uyarlama Hükümleri

Bu hükümler yorum yoluyla tespit edilmektedir. Ancak burada çıkış noktası olabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmeden doğan ilişki, tarafların risk dağıtımına ilişkin beyanlarının içeriği ve kapsamı yorum yoluyla belirlenmektedir²⁵⁰. Yorum faaliyetinde dürüstlük kuralından yararlanılmaktadır.

b. Örtülü Olumsuz Uyarlama Hükümleri

Bir sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını istemeyen tarafların bunu örtülü şekilde de kararlaştırması mümkündür. Bu durumda sözleşme taraflarından birisi koşulların sonradan değişmesine rağmen edimini yerine getirmekte ve böylece riski kendi üzerine almaktadır²⁵¹.

3. İsimli Uluslararası Sözleşmelerde Tercih Edilen Uyarlama Klozları

Uygulamada çok çeşitli uyarlama klozları bulunmaktadır. Ancak bu klozların hepsi aynı amacı gütmektedir. Bu amaç bir ticari işlemin karmaşık niteliğinin sözleşmenin tüm

²⁴⁹ Arat, s. 148-149; Topuz, s. 171; Kaplan, s. 122-123.

²⁵⁰ Arat, s. 149; Kaplan, s. 122.

²⁵¹ Kaplan, s. 125; Arat, s. 151.

detaylarını öngörmeyi ve tanımlamayı imkansız hale getirebileceği sorununu çözmektir. Geleceğin öngörülemezliği, katı şartlar ile istikrarı amaçlayan ekonomik tedbirler ve değişen ekonomik veriler esnek çözümler sağlayan klorları gerektirmektedir. Uzun soluklu bir sözleşmede esneklik ancak doğru bir sözleşme planlamasıyla sağlanabilmektedir. Bu da uyarılama ve fesih kayıtlarıyla mümkün olmaktadır. Uygulamada isimsiz sözleşmelerdeki iş birliğini uzun bir süre boyunca ve değişen şartlara karşı korumak amacıyla çeşitli klorlar geliştirilmektedir²⁵².

Temel sorunları düzenlemeyen açık sözleşmelerin aksine esnek sözleşmeler, koşullarda meydana gelebilecek değişiklikleri ve sorunları kesin ve belirli tespitler ile olmasa da ana hatlarıyla düzenlemektedir. Esnek sözleşmeler taraflara koşullarda meydana gelen değişiklikleri uyarlayabilecek bir formül üretme ya da gerekli tespitleri üçüncü bir kişiye veya taraflardan birine bırakma imkanı sağlamaktadır²⁵³. Uyarılama klorları sözleşme esnekliğinin klasik bir örneğidir. Edimin tek taraflı olarak belirlenmesi

²⁵² **Frick**, s. 168. Uygulamada çeşitli uluslararası örgütler tarafından uluslararası sözleşmeler için önerilen standart klor (örn, mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğü, özel riskler veya beklenmeyen hal klorları) taslakları hazırlanmaktadır. Bu hükümlerden en detaylı ve yaygını FIDIC kurallarıdır. Diğer klorlar ise Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun ihracatı için tesis ve makine temini için genel şartlarda, müşteriyle müşavir mühendis arasındaki FIDIC uluslararası model formu sözleşmesinde ve bazı ICC yayınlarında bulunabilmektedir. **Ekşi**, FIDIC, s. 60-62; **Budak**, s. 89-90.

²⁵³ Açık sözleşmelerde koşullarda meydana gelebilecek değişikliklere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Burada taraflar bu kararı üçüncü bir kişiye ya da taraflardan birine de bırakmamıştır. Diğer bir deyişle açık sözleşmelerde uyarılama klorları bulunmadığından bir boşluk doldurma yöntemi öngörülmemektedir. Bu nedenle bu sözleşmelerde uyarılama hakemler ya da hakimler tarafından yapılmaktadır. Açık sözleşmeler genellikle inşaat mühendisliği alanında akdedilmektedir. Bunun nedeni bu alanda işin hızlı başlaması önemli olduğundan diğer detayların daha sonraki sürece bırakılmasıdır. **Frick**, s. 169; **Horn**, *Changes*, s. 112-123; **Lenz**, s. 105. Esnek sözleşmelerde ise taraflar koşullarda meydana gelebilecek değişiklikleri özel uyarılama klorlarıyla (ücret formülleri, faiz oranı formülleri vb.) belirlemek yerine genel olarak formüle edilen özel risk klorlarıyla düzenlemektedir. **Frick**, s. 170; **Horn**, *Standard Clauses on Contract Adaptation in International Commerce*, in: *Der Komplexe Langzeitvertrag*, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht, 1986, s. 119; **Kurşat**, s. 98-99.

klozları (*variation and change orders by one of the parties*), otomatik uyarlama klozları (*automatic adaptation clauses*), istikrar klozları (*stabilization clauses*), yeniden gözden geçirme (*review clauses*) ve yeniden müzakere klozları (*renegotiation clauses*), mücbir sebep (*force majeure*), aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) ve özel risk klozları (*special risk clauses*) uluslararası isimsiz sözleşmelerde en yaygın biçimde kullanılan uyarlama klozlarıdır²⁵⁴.

Uyarlama klozlarının çeşitliliği sözleşme taraflarının genellikle sözleşme süresince gerçekleşebilecek her olayın riskini düşünmek, nitelemek ve dağıtmak için belirli kaynakları tüketmemeye karar verdiğinin ve tarafların bazı riskleri belirlemenin imkansızlığının farkına vardığının bir göstergesidir. Taraflar bütün riskleri tanımlayabilse dahi bu sürecin maliyeti ve yapılacak müzakereler gerçekleşme ihtimali uzak bir riskten beklenen zarardan daha ağır basacaktır²⁵⁵.

Tarafların sözleşmelerine bir uyarlama klozu dahil etmeye karar vermesi halinde gelecekteki belirsizliklere karşı çeşitli klozlar içinden aralarındaki ilişkiyi en iyi şekilde koruyacak ve sürdürecekle klozu seçme imkanları bulunmaktadır. Klozların çeşitliliği yargı müdahalesine duyulan ihtiyacı azaltan müzakereler süresince tarafların arzularına ve isteklerine dayalı rasyonel bir dağıtım oluşturacak niteliktedir. Ayrıca bu çeşitlilik sözleşmelerin uyarlanmasına duyulan ihtiyacı da doğrulamaktadır.

a. Edimin Tek Taraflı Olarak Belirlenmesi (*Variation and Change Orders by One of the Parties*) Klozları

Yeniden müzakere klozlarının aksine edimin tek taraflı olarak belirlenmesi klozları, taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye sözleşmeyi değişen şartlara tek taraflı olarak

²⁵⁴ Frick, s. 171; Kurşat, s. 99; Kösoğlu, s. 125 vd.; Horn, NJW, 1985, s. 1120; Topuz, s. 166-172.

²⁵⁵ Frick, s. 181.

uyarlama hakkı vermektedir. Burada sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme hakkı sözleşmedeki ücreti ya da edimi uyarlamak için verilmektedir. Örneğin FIDIC kuralları işverene yapılan işi mühendisi aracılığıyla geliştirmek veya beklenmeyen koşullara uyarlamak için edimi tek taraflı olarak belirleme hakkı tanımaktadır²⁵⁶. UNIDO modeli anahtar teslim sözleşmesinde benzer bir hak yükleniciye verilebilmektedir. Bu klot genellikle sözleşmeye değişimlerin neden olduğu ek maliyetlerin değer tespitine ve geri ödemesine ilişkin bir klotun da eklenmesini gerekli kılmaktadır²⁵⁷. Ancak bu klot ile verilen tek taraflı uyarlama hakkı sözleşmedeki birincil uyarlama aracı değildir. Sözleşmeye bu kaydın koyulmasının nedeni tarafların müzakere klotu uyarınca uzlaşamamaları halinde sözleşmenin uyarlanmasını sağlamaktır²⁵⁸.

b. Otomatik Uyarlama Klotları (Automatic Adaptation Clauses)

Otomatik uyarlama klotları meydana gelebileceği sözleşme müzakerelerinde ve sözleşmenin akdi sırasında öngörülebilir olayların etkisini düzenlemek amacıyla sözleşmeye konulan kayıtlardır. Burada öngörülebilir olayların gerçekleşmesinin sözleşme üzerinde yarattığı etkiler taraflarca düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle otomatik uyarlama klotlarında sözleşmedeki edim konusu (genellikle para edimi) belirli bir değer ile (mal veya hizmet edimiyle) ilişkilendirilmektedir. Bu değer ilişkisi

²⁵⁶ FIDIC sözleşmelerinde (kırmızı kitapta) mühendisin iş sahibi tarafından atanıp iş sahibi adına hareket edeceği ve sözleşmenin tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun olarak karar vereceği belirtilmektedir. Buna göre mühendisin arabuluculuk rolü bulunmaktadır. Ayrıca FIDIC sözleşmesinde mühendis sözleşmenin tarafı değildir. İş sahibi ve mühendis arasında mühendisin FIDIC sözleşmesinde yer alan yükümlülükleri yerine getirmesi için kendisine verilen yetkilerin ve alacağı ücret miktarının belirtildiği ayrı bir sözleşme akdedilmektedir. **Budak**, s. 95 vd.

²⁵⁷ Yüklenicinin ediminin hacmini veya değerini değiştiren şartnamelerin aksine burada esas sözleşmede edimin tek taraflı olarak belirlenmesiyle (uyarlanmasıyla) karşılaştırılan değişiklikler işin kapsamındadır. **Frick**, s. 171-172; **Budak**, s. 95.

²⁵⁸ **Frick**, s. 171-172; **Budak**, s. 95; **Horn**, NJW, s. 1120; **Topuz**, s. 168.

değiştğinde sözleşmenin içeriği yeni bir irade açıklamasına ihtiyaç olmadan kendiliğinden değişmektedir²⁵⁹. Ancak otomatik uyarlama klozları her zaman başka bir değer ile ilişkilendirilmemektedir. Bazı hallerde taraflar belirli dönemlerde belli miktarda uyarlama yapılacağını kararlaştırabilmektedir. Ancak iki durumda da hangi tür bir değişikliğin ne derecede ağırlığa ulaşması halinde sözleşmenin uyarlanacağı otomatik uyarlama klozlarıyla belirlenmektedir. Bu klozlar genellikle matematiksel formüller ile ifade edilmektedir²⁶⁰. Otomatik uyarlama klozlarında taraflar sözleşme kurulduktan sonra yapılacak değişiklikleri önceden bilmektedir. Bu klozlar çok çeşitli konularda (maliyetlerin, döviz kurlarının, ücretlerin değişmesi hali vb.) düzenlenebilmektedir. Sözleşmelerde otomatik uyarlama klozlarının düzenlenmesi tarafların yeniden müzakere etmeksizin sözleşmede uyarlama (otomatik endeksleme, döviz kurunun uyarlanması, vb.) yapabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu klozlar sözleşmelere genellikle tarafların ödeme yükümlülüklerine belli bir oranda esneklik kazandırmak amacıyla koyulmaktadır²⁶¹.

Tarafların otomatik uyarlama klozlarının neden olduğu bazı olumsuzlukları engellemek amacıyla düzeltici kayıtlar kararlaştırmaları da mümkündür. Bu düzeltici kayıtlar otomatik klozlara emsal alınan ölçünün büyük oranda değişebileceği öngörüsüyle yapılmaktadır²⁶². İnşaat sözleşmelerinin uzun vadeli ve kompleks yapısı nedeniyle

²⁵⁹ Otomatik klozların geçim indeksi (Alman hukukunda *Index der Lebenshaltungskosten*, İsviçre hukukunda *Index für Konsumentenpreis des BIGA*, Türk hukukunda ÜFE ve TÜFE) gibi belli bir indeks ile ilişkilendirilmesi halinde bu klozlar indeks kaydı (*Indexklauseln*) olarak adlandırılmaktadır. Bu klozların altın veya belirli bir miktar mal ya da hizmet edimi esas alındığında ise bu klozlar mal kaydı (*Sachwertklauseln*) olarak ifade edilmektedir. Ancak öğretilde her iki kaydı birlikte ifade etmek için değer kaydı (*Wertsicherungsklauseln*) ifadesi kullanılmaktadır. **Topuz**, s. 167, dn. 35; **Sulzer**, s.137; **Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz**, “Schweizerisches Obligationenrecht”, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 8. Aufl., Zürich, 2003, s.1284 vd.

²⁶⁰ **Topuz**, s. 167-168; **Horn**, NJW, s. 1120; **Frick**, s. 172.

²⁶¹ **Kösoğlu**, s. 125; **Topuz**, s. 167; **Horn**, NJW, s. 1120; **Frick**, s. 172.

²⁶² “Otomatik uyarlama kaydı için esas alınan değerın genel ekonomik değişiklikler sonucu ağır biçimde değişmesi durumunda sözleşmenin tarafları yeni bir anlaşma yaparlar”, “piyasadaki gaz

taraflar genellikle esas sözleşme kapsamındaki çalışmalarda değişiklikler olacağını başlangıçta öngörmektedir. Bu nedenle inşaat sözleşmeleri çalışmalardaki değişikliğin yüklenicinin iş maliyetini arttırması ya da azaltması halinde sözleşme ücretinin de belirlenen miktarda arttırılmasını ya da azaltılmasını öngören düzeltici kayıtlar içermektedir²⁶³. Sözleşmedeki bu kayıtlar genellikle sözleşme bedelinin ücretlerdeki, hak edişlerdeki, malzeme bedelindeki veya nakliye ücreti ile sigorta bedelindeki değişikliklere ayrıntılı olarak uyarlanmasını düzenleyen klostardaki eksiklikleri gidermektedir²⁶⁴.

Yabancı para kayıtları sözleşmenin değişen koşullara otomatik olarak uyarlanmasını sağlayan klostara örnek verilebilir. Uluslararası ticari ilişkilerde taraflar sözleşme kapsamında verilecek hizmetin ya da satılacak malın bedelini değişik para birimleri üzerinden belirleyebilmektedir. Uzun süreli sözleşmelerde sözleşmenin akdi ile ifası arasında geçen sürede paranın gerçek değeri düşse de itibari değer (nominalizm) ilkesi uyarınca borçlu sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekle borcundan kurtulmaktadır²⁶⁵. Sözleşmede belirlenen para biriminin uğrayacağı değer kaybı (*dépréciation monétaire*) sözleşme taraflarının ticari ilişkisinin tehlikeye düşmesine neden olacaktır. Bu nedenle uluslararası ticari sözleşmenin tarafları genellikle sözleşmeye yabancı para kayıtları koymakta ve ticari ilişkilerinin zedelenmemesi için önlem almaktadır²⁶⁶. Sözleşmeye koyulan yabancı para kayıtları para biriminde meydana gelen değişikliklerin otomatik olarak uyarlanmasını sağlamaktadır.

fiyatlarıyla otomatik uyarlama klozu sonrası gaz fiyatları arasındaki ilişkinin dikkate değer biçimde farklı olması halinde yeniden anlaşma yapılmalıdır” **Horn**, NJW, s. 1120; **Topuz**, s. 168.

²⁶³ **Çeliker**, s. 8; **Frick**, s. 172; **Kurşat**, s. 99, 243; **Topuz**, s. 168; **Horn**, NJW, s. 1120.

²⁶⁴ **Frick**, s. 172; **Çeliker**, s. 8; **Horn**, Standard Clauses, s. 125; **Kurşat**, s. 99, 243.

²⁶⁵ **Frick**, s. 173-174; **Horn**, Standard Clauses, s. 126; **Kösoğlu**, s. 126-127.

²⁶⁶ Bazı para birimi klostarı para borcunu değişim değeri yüksek para birimine bağlamakta ve döviz kuru risklerini borçluya kaydırmaktadır. Para borcunun değerini belirli bir emtiaya, mal miktarına veya standart bir endekse bağlayan bir endeksleme işlemi daha adil bir risk dağılımı sağlamaktadır.

c. İstikrar Klozları (Stabilization Clauses)

İstikrar klozları (*stabilization clauses*) taraflardan birinin (ev sahibi ülke hükümetinin) sözleşmeyle ilgili mevzuat veya uygulanacak kuralları değiştirme yetkisine sahip olduğu bir uzmanlık alanıdır. İstikrar klozu uyarınca bir taraf mevzuatını, kurallarını ya da politikasını yatırımcının veya yüklenicinin sözleşmeden doğan haklarını, bağlantılı ticari yararlarını olumsuz olarak etkileyecek biçimde değiştirmemeyi kabul etmektedir²⁶⁷. Öğretide çoğunluk görüşü hükümetlerin sözleşmenin diğer tarafını bu kanunlardan muaf tutmakla veya akdi ilişkiyi başka bir biçimde muhafaza etmekle yükümlü olduğu yönündedir²⁶⁸.

Değer kaydı (*Wertsicherungsklauseln*), döviz kurlarındaki dalgalanmaların sözleşme kapsamında ödenecek para birimine etkilerini azaltmak için tasarlanmıştır. Alacaklı için dalgalanma risklerinden korunmanın en kolay yolu elbette değişim değeri yüksek para birimleriyle faturalamaktır. Bu açıdan en önemli para birimi ABD dolarıdır. Ulusal mevzuatlar bazen bu kayıtların kullanımını kısıtlamakta veya bunları devlet yetkililerinin onayına bağlı hale getirmektedir. Bununla birlikte uluslararası ticarete ve finansmanda güveni ve istikrarı arttırmak için gerekli değil ise değer kayıtlarının korunması arzu edilmektedir. Bu klozlar genellikle aşırı ifa güclüğü klozlarıyla birleştirilmektedir. **Frick**, s. 173-174; **Horn**, Standard Clauses, s. 126; **Kösoğlu**, s. 126-127.

²⁶⁷ Örneğin, Aminoil tahkim sözleşmesinde 1948 yılında Kuveyt hükümdarı tarafından Aminoil'e petrol ve doğalgaz çıkarılması için 60 yıl süreyle verilen imtiyaza ilişkin istikrar klozu (*stabilization clause*) şu şekildedir: “*Şeyh II'inci maddede belirtilen durumlar dışında sözleşmeyi genel veya özel bir kanunla ya da idari tedbirlerle feshedemeyecektir. Bu sözleşme şartlarında ve esaslarında şeyh veya şirket tarafından belirli değişiklik yapılması yalnızca bu değişikliğin her iki tarafın da çıkarına olması ve müştereken kabul edilmesi halinde istisnai olarak mümkün olacaktır. Bu istisnai durumlar dışında sözleşmede hiçbir değişiklik yapılamayacaktır.*” **Mann, Francis A.**, “The Aminoil Arbitration”, 54 Brit. Y.B. INT'L L.213, 1983, s. 127.

²⁶⁸ **Frick**, s. 174-175; **Horn**, Standard Clauses, s. 128. Aminoil tahkiminde üç hakem (biri karşı görüşte olmak üzere) Kuveyt tarafından verilen 1948 imtiyazının 1977 yılında sonlandırılmasının ve şirketin Kuveyt'teki malvarlığının tazminat karşılığı kamulaştırılması için çıkarılan kararnamenin istikrar klozunu (*stabilization clause*) ihlal etmediğine karar vermiştir. Hakem heyetinin gerekçesi ise Aminoil'in işletmesinin devralınmasının imtiyaz sözleşmesiyle uyumsuz olmaması ve kamulaştırmanın hiçbir el koyma özelliğine sahip olmamasıdır. Hakem heyeti istikrar klozunun (*stabilization clause*) Kuveyt'in kamulaştırma hakkını açıkça sınırlandırmadığını savunmuştur.

d. Yeniden Gözden Geçirme Klozları (*Review Clauses*) ve Yeniden Müzakere Klozları (*Renegotiation Clauses*)

Yeniden gözden geçirme klozlarında taraflar sözleşmenin belirli aralıklarla değerlendirilmesini ve sözleşmede herhangi bir uyarlamaya ihtiyaç duyulması halinde iyi niyetle müzakere edilmesini kabul etmektedir. Yeniden gözden geçirme klozları gelecekte meydana gelebilecek yeniden müzakereleri tetikleyecek belirli olayları belirleyecek şekilde ya da genel bir biçimde formüle edilmektedir²⁶⁹. Gözden geçirme klozları genellikle daha detaylı klozların öngöremediği durumlarla ilgilenmektedir. Bu klozlar bazen gelecekte yapılacak müzakerelerde izlenecek yöntemleri belirlemekte ve genellikle edimin tek taraflı olarak belirlenmesi, istikrar ve otomatik uyarlama klozlarıyla birleştirilmektedir²⁷⁰.

Hakem heyeti “Hiç şüphesiz hükümetlerin kamulaştırma hakkı üzerinde sözleşmeden doğan sınırlamalar hukuken mümkündür. Ancak bunun neleri içereceği özellikle ayrıntılı şekilde şarta bağlayan bir sözleşmeyle anlaşılacaktır. Bununla birlikte somut olayda böyle bir koşulun varlığının istikrar klozunun genel dili ile kaplanacağı varsayılmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre sözleşme hükümleri kamulaştırmanın el koyma niteliği taşımasını zımnen zorunlu kalmış, sadece bunun bir şartı olarak uygun bir tazminat ihtiyacını pekiştirmiştir.” ifadelerini kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mann**, s. 127. Benzer şekilde sözleşmedeki vergi kayıtları taraflardan birini vergi kanunundaki olumsuz değişikliklere karşı koruyan istikrar klozunun özel bir şekli olabilmektedir. **Frick**, s. 175.

²⁶⁹ Aminoil imtiyaz sözleşmesinin 9’uncu maddesine göre “Mevcut imtiyaz koşullarındaki değişikliklerin veya gelecekte verilecek olan imtiyaz koşullarının bir sonucu olarak Orta Doğu’da hükümetin aktifinde bir artış meydana gelirse bu artış hükümetin olmalıdır. Şirket operasyonların yürütülmesi koşulları da dahil olmak üzere ilgili tüm koşullar ışığında, yapılan tüm ödemeleri dikkate alarak hükümdar ile şirket arasındaki sözleşme koşullarında meydana gelen değişikliklerin adil ve tarafsız olup olmayacağı konusunda hükümdara danışacaktır.” Hakem heyeti bu hükmü tarafların yeniden müzakere yükümlülüğü kapsamında yorumlamıştır. 1973’te bu hüküm “Şirket Kuveyt’e atfedilebilir ticari işletmesinde kullanılan esas sermayeden makul bir getiri oranı kazanma olanağını (içerdiği riskleri de göz önüne alarak) reddetmemelidir” hükmü ile değiştirilmiştir. **Frick**, s. 176, dn. 796; **Mann**, s. 214-218.

²⁷⁰ **Frick**, s. 176, dn. 796; **Mann**, s. 214-218.

Diğer klozların aksine gözden geçirme klozu tek başına bir uyarlama klozu değildir. Bu kloz belirli bir sonuca ulaşma yükümlülüğü olmaksızın izlenecek usulü yalnızca ana hatlarıyla çizen bir kuraldır. Gözden geçirme ve yeniden müzakere klozları bazen aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep klozları ile birleştirilmektedir. Fakat aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep klozlarının aksine gözden geçirme ve yeniden müzakere klozları genellikle tetikleme olayını (*trigger event*) çok geniş tanımlamakta ve bazı durumlarda sadece koşullardaki genel değişikliklere atıfta bulunmaktadır²⁷¹.

Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini sağlayan klozlar (*renegotiation clauses*), sözleşme taraflarının bir araya gelerek ticari ilişkilerini ve menfaatlerini korumak için sözleşmeye ekledikleri kayıtlardan oluşmaktadır. Yeniden müzakere klozlarına iki tür kloz örnek verilebilir. Bunlar yeniden gözden geçirme (*review clauses*) ve aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klozlarıdır. Yeniden gözden geçirme klozunda taraflar öngörülemeyen veya sözleşmeye etki edecek olaylardan bağımsız bir şekilde sözleşmenin taraflarca periyodik olarak değerlendirilmesini düzenlemektedir²⁷².

Yeniden müzakere ve gözden geçirme klozları isimsiz uluslararası sözleşmelerde yaygın biçimde kullanılmaktadır. İsimli sözleşme tarafları yeniden müzakereleri düzenlemek, projeyi tamamlamak, zaman içinde ortaya çıkan sorunları çözmek ve uyuşmazlıkla ilgili karar vermek için özel bir bilgi alışverişi yükümlülüğü üzerinde anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki bu iletişim yeniden müzakere edilen sözleşmedeki risk dağıtımı bakımından bilhassa önemlidir. Tarafların sözleşme programında belirli bir adım atmadan önce birbirleriyle iletişim halinde olması ilgili risklerin paylaşımı anlamına

²⁷¹ **Frick**, s. 176, **Horn**, Standard Clauses, s. 129; **Kösoğlu**, s. 127. Papua Yeni Gine Devleti ile Dampier Mining Co. arasındaki 1979 tarihli sözleşmenin 42. maddesi gözden geçirme ve yeniden müzakere klozu içermektedir: “...Taraflar muhtelif zamanlarda bu sözleşmenin tüm hükümlerini veya herhangi bir hükmünü yazılı anlaşmayla değiştirebilir, iptal edebilir ve ek hüküm koyabilirler...” **Kösoğlu**, s. 128 (naklen).

²⁷² **Kösoğlu**, s. 127; **Frick**, s. 176.

gelebilecektir. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmelerde yeniden müzakere ve gözden geçirme klozları özel bir öneme sahiptir²⁷³.

4. Tarafları Akdi Sorumluluktan Kurtaran Klozlar: Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü ve Özel Risk Klozları

Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü klozları uygulamada en yaygın kullanılan klozlardır. Geleneksel anlamda bir mücbir sebep durumu sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmekte, sözleşmenin feshinin haklılığını ortaya koymakta veya ifa etmeme halinde sorumluluğun sınırlandırılması işlevini görmektedir. Daha geniş anlamda mücbir sebep ise sözleşmenin feshine değil, uyarlanmasına neden olmaktadır. Ancak tarafların uyarlama esaslarında anlaşamamaları halinde aşırı ifa güçlüğü durumları bazen sözleşmenin feshine izin vermektedir²⁷⁴. Böylece uluslararasılaştırılmış aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep kavramları birbirine oldukça yakınlaşmaktadır. Her iki kavram da sözleşmenin uyarlanmasına neden olmaktadır²⁷⁵. Mücbir sebep klozları ve aşırı ifa güçlüğü klozları arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Mücbir sebep durumunda zarar gören tarafın yükümlülüğü herhangi bir kusuru olmaksızın imkansızlaşırken aşırı ifa güçlüğünde koşulların değişmesinden etkilenen sözleşme tarafının yükümlülüğü

²⁷³ **Frick**, s. 176-177; **Horn**, AcP 1981, s. 255 vd.; **Horn**, NJW, s. 1123; **Topuz**, s. 169. Bu klozların isimsiz uluslararası sözleşmelerde yaygın biçimde kullanılmasının nedeni isimsiz uluslararası sözleşmelerde projenin uygulanması sırasında sözleşmenin tarafları arasında bilgi alışverişine, sorunların açıklığa kavuşturulmasına ve belirlenmesine, hatta değiştirilmesine hizmet eden sürekli bir iletişimin gerekli olmasıdır. **Frick**, s. 176-177.

²⁷⁴ **Eren**, s. 484. Kural olarak ifa imkansızlığı halinde borçlu sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını isteme hakkına sahiptir. Ancak uyarlama mümkün değilse ya da karşı taraftan beklenemiyorsa borçlu sözleşmeden dönebilir. Dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde (bilhassa sürekli edimli sözleşmelerde) ise dönme değil, fesih hakkı söz konusu olmaktadır. **Eren**, s. 484; **Topuz**, s. 197-199.

²⁷⁵ **Eren**, s. 1300; **Tümerdem, Murat**, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Ankara, 2018, s. 76.

ağırlaşmakta ve imkansız hale gelmektedir. Ancak mücbir sebep klotlarında olayların daima ifayı imkansız hale getirmesi aranmamaktadır. Taraflar ifanın imkansız hale gelmesi yerine öngörülemez nitelikteki olayların edimin ifasını zorlaştırmasını da kararlaştırabilmektedir. Bu nedenle bu iki klot arasında ayırım yapmak genellikle oldukça güçtür. Bu klotlarda genellikle üç unsur tanımlanmaktadır. Bunlar; tetikleyici olay (*trigger events*), bu olayın uyarlamayı haklı çıkarması ve uyarlamanın niteliğidir²⁷⁶.

a. Tetikleyici Olayların (*Trigger Events*) Tanımı

Tetikleyici olay (*trigger event*) her şeyden önce ifa sırasındaki koşulların sözleşmenin akdi sırasındaki koşullara kıyasla değişmesidir. Ayrıca bu olay belirli objektif veya sübjektif kritere göre tarafları nitelikli bir yönde etkilemelidir. Diğer bir ifadeyle koşullarda sonradan bir değişiklik meydana gelmeli ve bu değişiklik ilgili taraf üzerinde ciddi ve ağır sonuçlara neden olmalıdır. Burada olay etkilenen tarafa zarar veren, kayda değer, fark edilir, önemli, esasa ilişkin olmalıdır ya da adaletsizliğe veya haksızlığa sebebiyet vermelidir. Sözleşme hükümleri bazen üçüncü bir kişinin olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek zorunda olduğunu ifade etmektedir²⁷⁷.

b. Mücbir Sebep (*Force Majeure*) Klotları

İsimsiz uluslararası sözleşmeler niteliği itibariyle bünyesinde çeşitli riskler barındırmaktadır. Örneğin uluslararası nitelikteki bir inşaat sözleşmesinde silahlı çatışma çıkması nedeniyle inşaatın durdurulması söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda

²⁷⁶ Frick, s. 177; Kösoğlu, s. 33.

²⁷⁷ Frick, s. 177; Arat, s. 95-96; Gözübüyük, Abdullah Pulat, “Olağanüstü Sebepler veya Beklenmedik Haller Hukuku”, AD., 1953, S.2, s., 905; Gürsoy, s. 106; Kösoğlu, s. 24; Topuz, s. 253-254; Sulzer, s. 209.

imkansız hale gelen edimin borçlusunun sorumlu olup olmayacağı, edimin ifasının ertelenip ertelenmeyeceği, sözleşmenin feshedilip edilmeyeceği, vb. sorunlar ile ilgili ulusal hukuk sistemleri kendi çözümlerini geliştirmiştir. Uluslararası ticaretteki aktörler mücbir sebep klozu olarak adlandırılan sözleşme kayıtlarıyla öngörülemeyen olayların sözleşme üzerindeki sonuçlarını bizzat düzenlemeyi tercih etmektedir²⁷⁸.

Geleneksel mücbir sebep klotları örf ve âdet hukukunun beklenmeyen hal kavramını, Fransız mücbir sebep (*force majeure*) kavramını, Türk-İsviçre ve Alman kusursuz ifa imkansızlığı (*nicht zu vertrende Unmöglichkeit*), *clausula rebus sic stantibus* ya da işlemin temelini çökmesi (*Discontinuation of the business basis/ Wegfall der Geschäftsgrundlage*) kavramlarını takip etmektedir. Mücbir sebep öğretide “borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz surette neden olan, öngörülemeyen haricî olay” olarak tanımlanmaktadır²⁷⁹. Mücbir sebepten söz edebilmek için gerekli unsurlar; tetikleyici olayın mevcut olması, bu olayın haricî (dışsal), sonuçlarının öngörülemez ve kaçınılmaz/karşı konulamaz olması, borcun ihlali (borcun ifasının imkansız hale gelmiş olması) ve olay ile ihlal arasında bir illiyet bağı bulunmasıdır²⁸⁰. Tetikleyici olaylar ifaya kalıcı veya geçici bir engel oluşturan temel karakterdeki olaylardır. Tetikleyici olay sonucunda edimin ifası geçici veya kalıcı olarak imkansız hale gelmektedir. Mücbir sebep klotlarının geleneksel etkisi sözleşmeden doğan sorumluluktan kurtulmaktır. Sona erme

²⁷⁸ **Kösoğlu**, s. 20-21; **Şahin**, s. 95. Uluslararası ticari sözleşmelerdeki mücbir sebep klotları üç farklı biçimde düzenlenebilmektedir. Sözleşme tarafları mücbir sebebi soyut bir biçimde tanımlamakla yetinebilmekte, ulusal veya uluslararası hukuk sistemlerindeki tanımlara atıf yapabilmekte ya da tanım vermeden örnek olayları listeleyebilmektedir. Uygulamada mücbir sebep tanımlanarak örnek olayların listesinin verildiği ve mücbir sebep olarak tanımlanan olaydan etkilenen sözleşme tarafından beklenen davranış biçiminin belirtildiği düzenleme biçimi tercih edilmektedir. **Kösoğlu**, s. 20-21.

²⁷⁹ **Eren**, s. 1040; **Kaya, Ümmühan**, “Sözleşmenin Uyarlanması Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul, 2016, s. 1579; **Şahin**, s. 74-75.

²⁸⁰ **Şahin**, s. 93-115; **Kösoğlu**, s. 16-17.

geleceğe etkilidir²⁸¹. Mücbir sebep klorlarının son yıllarda klasik mücbir sebep düşüncesinden ayrıldığı, mücbir sebep kavramının geleneksel unsurlarının esnetildiği ve böylece aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klorlarına yaklaştığı gözlemlenmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin tarafları mücbir sebebin unsurlarını esnetmek ve yumuşatmak için makul ölçü kriterini kullanmaktadır. Uygulamada tarafların en çok klasik mücbir sebebin zorunlu unsurlarından olan imkansızlığın yumuşatılmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir. Mücbir sebep olaylarının akdi yükümlülükler üzerindeki etkilerinin mutlak imkansızlık olmasını istemeyen taraflar aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) yaratan durumların da mücbir sebep kloru kapsamında olduğunu ya da gerçekleşen olayın akdi yükümlülükler üzerindeki etkisinin imkansızlık olmayacağını mücbir sebep klorunda açıkça belirtmektedir²⁸². Bu durumda yukarıda ifade edildiği gibi mücbir sebep kloru aşırı ifa güçlüğü kloruna yaklaşmaktadır²⁸³.

c. Aşırı İfa Güçlüğü (*Hardship*) Klorları

Çağdaş aşırı ifa güçlüğü klorları sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmeyen olaylar ile ilgilidir. Aşırı ifa güçlüğünde koşulların değişmesinden etkilenen tarafın yükümlülüklerinin ağırlaşması, çekilmez ve külfetli hale gelmesi söz konusudur. Taraflar bu klorlarda esasen sözleşme dengesini değiştiren öngörülemez koşulları düzenlemektedir. Aşırı ifa güçlüğü klorları koşullarda meydana gelen değişiklikler sözleşme ekonomisi derinden etkilendiğinde sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini

²⁸¹ **Frick**, s. 178; **Horn**, Standard Clause, s. 133; **Şahin**, s. 122.

²⁸² “Etkilenen tarafın kontrolü dışında, kusuru ve ihmali olmadan gerçekleşen...bir tarafın işbu sözleşmedeki herhangi bir yükümlülüğünü esaslı ve olumsuz yönde etkileyen herhangi bir olay...mücbir sebep olarak kabul edilir.”; “...veya işbu sözleşmedeki yükümlülüklerin ifasını endüstriyel ya da ticari yönden imkansız veya aşırı güç kılan kontrolü dışındaki herhangi bir neden...” **Kösoğlu**, s. 37 (naklen).

²⁸³ **Frick**, s. 178; **Kösoğlu**, s. 37.

sağlamaktadır. Uygulamada aşırı ifa güçlüğü klotları genellikle mücbir sebep klotlarıyla birleştirilmektedir. Aşırı ifa güçlüğü klotları normalde sözleşmenin feshine neden olacak mücbir sebep klotlarından daha esnek bir çözüm sunmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü klotları Fransız emprevizyon (*imprévision*) kavramı, Türk-İsviçre beklenmeyen hal şartı (*clausula rebus sic stantibus*) ve Alman işlem temelinin çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) kavramıyla ilgilidir²⁸⁴.

Koşullardaki öngörüleemeyen değışiklikler tarafların hak ve yükümlölüklerinde bir dengesizliğe neden olduğunda aşırı ifa güçlüğü klotları sözleşme hükümlerinde değışiklik yapılması için bir yöntem sağlamaktadır. Bu nedenle uluslararası bir sözleşmeye aşırı ifa güçlüğü klotunun dahil edilmesi ona adeta evrimsel bir nitelik kazandırmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü klotlarıyla müzakere evresi sözleşmenin ifası ile bitmemekte, değışen koşullar tarafların yükümlölükleri arasında bir dengesizliğe neden olduğunda yeniden başlamaktadır. Böylece taraflar bu klotlar ile sözleşmeyi değışen koşullara uyarlayarak sözleşme ilişkilerinin uzun süre devamını sağlamaktadır. Tarafların bu klotları sözleşmeye eklemelerinin en önemli nedeni sözleşme ilişkisini tüm dış etkenlerden korumak, sözleşmenin hakem ya da hakim tarafından incelenmesi halinde öncelikle sözleşme hükmü uygulanacağından aralarında kararlaştırdıkları sisteme uygun bir sonuç almaktır²⁸⁵. İsimsiz sözleşmelerin uzun soluklu olması nedeniyle koşulların değışmesi karşısında riskte ve zayıf olması aşırı ifa güçlüğü klotlarının bu sözleşmelerde sık kullanılmasına neden olmaktadır. Bu klotlar inşaat, bilişim, petrol, doğalgaz sektörlerindeki isimsiz sözleşmelerde yaygın biçimde kullanılmaktadır. İsimsiz uluslararası sözleşmelerde taraflar arasında yoğun bir iş birliği ilişkisinden doğan güven ilişkisi hakim olduğundan bu sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü klotlarının uygulanması

²⁸⁴ **Frick**, s. 178; **Horn**, Standard Clause, s.133; **Eren**, s. 1040; **Şahin**, s. 74-75; **Arat**, s. 25-27; **Kösoğlu**, s. 109,128,143.

²⁸⁵ **Frick**, s. 178; **Kösoğlu**, s. 130; **Kaplan**, s. 118.

kolaylaşmaktadır²⁸⁶. Aşırı ifa güçlüğü'nün unsurları; sözleşmedeki koşulların değişmesi, koşullardaki değişikliğin öngörülemez olması ve değişikliğin sözleşmenin uyarlanmasını isteyen sözleşme tarafının denetimi dışında gerçekleşmesi (harici olması) dir²⁸⁷.

d. Özel Risk Klozları (Special Risk Clauses)

Aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klozlarının aksine özel risk klozları belirli tetikleyici olayları listeleyerek riski taraflardan birine kaydırmaktadır. Böylece bu klozlar diğer tarafın akdi yükümlülüklerini sınırlayarak sözleşmenin değiştirilen koşullar altında devamını kolaylaştırmaktadır. Özel risk klozları aksi bir durumda büyük olasılıkla aşırı ifa güçlüğü veya mücbir sebep klozu kapsamında olacak olaylar ile ilgilenmekte ve bu olayların risklerini önceden belirlenmiş biçimde taraflar arasında paylaşmaktadır. En detaylı sözleşmelerde dahi boşluklar olabileceğinden özel risk klozları genellikle mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü klozları ile birleştirilmektedir²⁸⁸.

e. Mücbir Sebep, Aşırı İfa Güçlüğü ve Özel Risk Klozlarının Unsurları

i. Öngörülemeyen veya Beklenmeyen Olaylar

Mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğü veya özel risk klozlarının uygulanmasını tetikleyen olaylar beklenmeyen (öngörülemeyen) nitelikte olmalıdır. Bu tür klozları otomatik uyarlama klozlarından ve değişiklik talimatlarından ayıran en önemli özellik budur²⁸⁹.

²⁸⁶ Kösoğlu, s. 129.

²⁸⁷ Kösoğlu, s. 131-139.

²⁸⁸ Frick, s. 179; Horn, Standard Clauses, s. 133; Haarmann, s. 35; Kösoğlu, s. 133-135; Şahin, s. 101; Topuz, s. 232; Arat, s. 104-110; Oğuzman/Öz, s. 607; Kılıçoğlu, s. 343-345.

²⁸⁹ Frick, s. 179; Arat, s.104-105; Şahin, s. 101; Kösoğlu, s. 24-25.

Klasik anlamda öngörülemezlik o olayın gerçekleşeceğinin sözleşmenin kurulma anında taraflarca bilinmemesi anlamına gelmektedir. Mücbir sebep klotlarında yer verilen listelerde farklı kategorilerdeki olaylar sayılmakta ve bu olayların mücbir sebep olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. Bu da uluslararası ticari sözleşmelerde öngörülemezlik unsuruna mücbir sebep klotları açısından farklı bir boyut kazandırmaktadır²⁹⁰. Sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca meydana gelen olay öngörülebilir nitelikte ise ve mücbir sebep kabul edilmez ise bu olay nedeniyle meydana gelecek zarar tamamen zarar gören sözleşme tarafına yüklenecektir. Bu bakımından bu klotlar tarafların tecrübelerinden faydalanarak kendilerini olası tehlikelere karşı korumalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu olayların öngörülebilirlikleri istatistiksel verilere göre değerlendirilmektedir. Çünkü uluslararası tahkim uygulamasında hakemler basiretli tacirlerin mücbir sebep niteliğindeki bazı olayları öngörmelerini beklemektedir²⁹¹.

ii. Haricilik Unsuru (Dışsallık) Unsuru

Mücbir sebep klotlarındaki “tarafların kontrolü dışında” ifadesi söz konusu olayın tarafların iradesi dışında meydana geldiğini, tarafların bu olaydan kaçınmak ve olaya karşı koymak için sözleşme taraflarının göstereceği makul çabanın sınırını aştığını ifade etmek için kullanılmaktadır. Buradaki dışsallık ve kaçınılmazlık/karşı konulmazlık unsuru objektif değildir. Bu unsurlar sübjektif biçimde, tarafların mesleki nitelikleri

²⁹⁰ Türkiye’deki geçmiş verilere bakıldığında gelecekte büyük depremler meydana geleceği öngörülebilmektedir. Sözleşme tarafları deprem tehlikesini göz önünde bulundurarak deprem, vb. doğa olaylarını klotlarında belirterek bu olayların yaratacağı etkilere karşı kendilerini koruma altına alabilir.

²⁹¹ Kösoğlu, s. 25; Kılıçoğlu, s. 345; Topuz, s. 238-239.

dikkate alınarak değerlendirilmektedir²⁹². Yaygın olarak kabul gören çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) göre bir tarafın bir olaya sebep olması veya bu olayın gerçekleşmesine izin vermesi ve bunun mücbir sebep klozu kapsamında olduğunu iddia etmesi dürüstlük kuralının ağır bir ihhalidir²⁹³.

f. İsimli Uluslararası Sözleşmelerde Mücbir Sebep, Özel Risk ve Aşırı İfa Güçlüğü Kozlarının Sonuçları

Ani edimli sözleşmelere yoğunlaşan klasik teoriler mücbir sebebin sona erdirici etkisine odaklanmakta ve sözleşmenin feshini öngörmektedir. Ancak isimli uluslararası sözleşmelerde mücbir sebebin öncelikle askıya alan bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Mücbir sebep nedeniyle geçici bir imkansızlığın söz konusu olduğu süreçte edimlerin ifası askıya alınmakta, mücbir sebebin sona erdiği ana ertelenmektedir²⁹⁴. Bunun nedeni tarafların yoğun bir ilişki içinde olduğu isimli uluslararası sözleşmelerde yükümlülükleri etkilenen tarafı güç durumda bırakmamak ve sözleşme ilişkisini devam ettirmektir. Mücbir sebep kozlarında mücbir sebebin belirli bir süre sonunda devam etmesi durumunda sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi, feshedilmesi ya da her ikisinin de taraflara seçimlik olarak tanınması kararlaştırılabilmektedir²⁹⁵.

²⁹² **Kösoğlu**, s. 30; **Topuz**, s. 259-260. Buradaki ölçüt zarar gören tarafın aynı durum ve koşuldaki basiretli bir tacirin davranması gerektiği gibi davranıp davranmadığıdır. **Kösoğlu**, s. 30; **Topuz**, s. 259-260.

²⁹³ **Frick**, s. 179; **Horn**, s. 135; **Topuz**, s. 236.

²⁹⁴ **Frick**, s. 179; **Şahin**, s. 113; **Ayrancı, Hasan**, Enerji Sözleşmeleri, Ankara, 2010, s. 241; **Kösoğlu**, s. 86.

²⁹⁵ **Kösoğlu**, s. 86-87. “Mücbir sebep on aydan fazla sürer ise taraflar gerekli önlemleri almak amacıyla bir araya geleceklerdir. Bir uzlaşma sağlanamaması halinde ise taraflar sözleşmenin feshini talep edebilir.” **Kösoğlu**, s. 87.

Mücbir sebep iddiasında bulunan taraf mücbir sebebin meydana geldiğini derhal bildirmelidir. Burada genellikle iki aşamalı bir usul izlenmektedir. Birinci aşamada mücbir sebep meydana geldikten sonra ifa süresi uzatılmaktadır. İkinci aşamada ise mücbir sebep bu sürenin dolmasından sonra da devam ederse her iki taraf da sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Fesih *ex nunc* (ileriye etkili) hüküm ifade etmektedir. Fesih halinde borçlu edimini ifa etmekten kurtulmaktadır²⁹⁶. Borç ilişkisiyle birlikte rehin, kefalet, cezai şart, vb. yan edimler de sona ermektedir²⁹⁷. Ancak tarafların sözleşmede aksini kararlaştırması mümkündür. Ayrıca sözleşmenin diğer tarafı da kendi edimini yerine getirmeyecektir. Sözleşmenin karşı tarafının edimini daha önce yerine getirmiş olması halinde mücbir sebepten etkilenen sözleşme tarafı sebepsiz zenginleştiği miktarı iade edecektir. Aynı şekilde sözleşmeyi fesheden tarafın da edimin ifa edildiği oranda bir ödeme yapması gerekmektedir²⁹⁸.

Çağdaş mücbir sebep ve özel risk klostları genellikle iki ilave hüküm içermektedir. İlk olarak bu hükümler mücbir sebepten kaynaklanan engelin üstesinden gelmek için tarafları ellerinden gelenin en iyisini yapmaya (azami gayret göstermeye) mecbur kılmaktadır²⁹⁹. İkinci olarak ise bu hükümler mevcut duruma göre mümkün ise bir

²⁹⁶ **Kösoğlu**, s. 94-95; **Oğuzman/Öz**, s. 608. “Müteahhit mücbir sebebin neden olduğu herhangi bir hasar ya da zarardan sorumlu tutulmayacaktır.”, “Mücbir sebepten kaynaklanan gecikmeler ya da ifa etmeme için taraflar birbirlerinden ceza, faiz, tazminat veya mücbir sebep nedeniyle uğradığı zarara katılmasını talep edemez.”, “Mücbir sebep sonucunda akdi yükümlülüklerinin ifası engellenen hiçbir taraf temerrüde düşmüş sayılmayacaktır.” **Kösoğlu**, s. 95.

²⁹⁷ **Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 126 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 597-598; **Kösoğlu**, s. 97; **Şahin**, s. 123; **Kılıçoğlu**, s. 1079.

²⁹⁸ **Frick**, s. 179-180; **Horn**, Standard Clause, s. 137; **Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 163-165; **Oğuzman/Öz**, s. 596-597; **Kılıçoğlu**, s. 1080.

²⁹⁹ Elinden gelenin en iyisini yapma/azami gayret gösterme borcu (*duty of best efforts/best endeavour*) Anglo-Amerikan hukuku kökenlidir. Bu yükümlülükler Kıta Avrupası hukukundaki vasıta borcu kavramı ile açıklanabilir. Tarafların sözleşmelerinde “elinden gelenin en iyisini yapma/azami gayret

otomatik uyarlama mekanizması (örn, FIDIC özel risk hükümleri vb.) öngörmektedir. Çağdaş mücbir sebep ve özel risk klorları sözleşmenin varlığını sürdürme şansını arttırmayı hedeflediği için feshi son çare (sözleşmenin ancak geçici sayılan bir engelin belirlenen süreden daha uzun sürmesi halinde feshi) olarak görmektedir³⁰⁰.

Mücbir sebep (ve bazen özel risk) klorlarını tetikleyen olayların aksine aşırı ifa güçlüğünde ifa imkansız hale gelmemektedir³⁰¹. Fakat aşırı ifa güçlüğünde edimin ifasının taraflardan biri için daha ağır hale gelmesi söz konusudur. Bu durumda sözleşme fesihten ziyade uyarlamayı gerektirmektedir³⁰². Diğer bir ifadeyle aşırı ifa güçlüğü kloru sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini öngören bir uyarlama klorudur. Aşırı ifa güçlüğünün sonuçlarını önceden belirlemek güçtür. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü klorları üçüncü kişinin yeniden müzakere sürecine müdahale etmesi koşuluyla genellikle yalnızca müzakere talep etme hakkı sunmaktadır³⁰³. Buna göre tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere etme yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir³⁰⁴. İsimli uluslararası

gösterme (*best efforts*)”, “makul ölçüde gayret gösterme (*reasonable efforts*)”, “gerekli özen (*due diligence*)” ifadelerini kullanmalarının nedeni mücbir sebep klorunda taraflar için bir özen yükümlülüğü sağlamaktır.

³⁰⁰ **Frick**, s. 180; **Horn**, Standard Clause, s. 137.

³⁰¹ Sözleşmenin taraflardan birinde kâr veya zarara neden olmaksızın uyarlanması, sözleşmenin dengesini korumak için ticari uygulamalara ve iyi niyet kaidelerine göre uyarlanması gerektiği gibi.

³⁰² İsimli uluslararası sözleşmelerin tarafları sözleşmesel ilişkilerini dış etkenlerden korumak ve sözleşmelerinin üçüncü şahıslar (hakemler ya da hakimler) tarafından uyarlanması halinde dahi sözleşmede kararlaştırılan sisteme uygun bir sonuç elde etmek istedikleri için sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğü klorlarına yer vermektedir. Çünkü hakimler ya da hakemler öncelikle sözleşme hükmünü uygulayacaktır.

³⁰³ **Frick**, s. 180; **Kösoğlu**, s. 214.

³⁰⁴ Taraflar sözleşmelerine açık bir hüküm koyarak yeniden müzakere etmeyi bir ödev ya da yükümlülük olarak belirleyebilir. Yeniden müzakere bir ödev olarak belirlendiği takdirde bu ödevi yerine getirmeyen taraf uyarlama hakkını kaybedecektir. Bir yükümlülük olarak belirlendiği takdirde ise bu yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf sözleşmede kararlaştırılan ve sözleşmeye uygulanacak hukukta bulunan yaptırımlar ile karşılaşacaktır. Uluslararası ticari sözleşmelerde yeniden müzakere genellikle bir yükümlülük olarak kararlaştırılmaktadır. Bu durum sözleşmenin uyarlanmasına dayanak teşkil eden dürüstlük prensibiyle de tutarlıdır. Sözleşmeyi dürüstlük kuralına aykırı biçimde yeniden

sözleşmelerde yeniden müzakere etme yükümlülüğü genellikle taraflara bir sonuca varma zorunluluğu yüklememektedir. Bu durum genellikle klotda da açıkça belirtilmektedir. Ancak anlaşma sağlanamaması halinde müeyyideler (sözleşmenin feshine ya da uyuşmazlığın tahkime götürülmesine) söz konusu olmaktadır. Yeniden müzakere yükümlülüğünün reddinin ya da şekli anlamda müzakere ederek kötü niyetli biçimde ihlalinin tazminat talebini mesnetlendirip mesnetlendirmeyeceği tartışmalıdır. Uygulamada taraflardan birinin bu yükümlülüğü kötü niyetle ihlal ettiğinin ispatlanması genellikle oldukça zordur. Bu konuda bir ihtilaf olması halinde tarafların mevcut olaydaki davranışlarının kötü niyetli olup olmadığına hakem ya da hakim karar vermektedir. Ancak yeniden müzakerelerin ihtiyari niteliği göz önüne alındığında zarar sorumluluğu yalnızca olağanüstü durumlarda kabul edilmektedir³⁰⁵.

Uyarlamaya karar veren hakemler veya hakimler için klotlar genellikle sözleşmenin revizyonunun gerçekleştirilmesinde kullanılacak sübjektif ve objektif kıstasları belirtmektedir. Yol gösterici bir kıstas olarak dürüstlük kuralına başvurmak oldukça yaygındır. Eşit derecede yaygın olan bir diğer formül hukukun genel ilkelerine ya da uluslararası ticaretteki genel uygulamalara ilişkin hareket alanını arttıran uyarlama kıstasına yöneliktir. Aşırı ifa güçlüğü hükümlerinin uygulanmasının *lex mercatoria*'nın

müzakere etmeyi kabul etmeyen, bu süreci engelleyen ya da dürüstlük kuralına aykırı olarak çıkmaza sokan tarafa tazminat yaptırımı uygulanacaktır. Aşırı ifa güçlüğü klotu ile taraflara yükletilen bu yükümlülük öğretide ve hakem kararlarında bir vasıta borcu olarak kabul edilmektedir. Tahkime konu bir uyuşmazlıkta (ICC Award No: 5953, 1989) Amerikan bir satıcı (davacı) ile İspanyol bir alıcı (davalı) belirli bir kalitede kömür satımı konusunda anlaşarak sözleşme akdetmiştir. Alınacak kömür miktarının ve bedelinin altı ayda bir gerçekleşecek müzakereler çerçevesinde belirleneceği kararlaştırılmıştır. Dördüncü altı ayın sonunda davacı uzlaşma sağlanamadığı ve buna davalının sebebiyet verdiği iddiasıyla uyuşmazlığı MTO tahkim mahkemesine götürmüştür. Hakem uyuşmazlığın *lex mercatoria*'ya göre çözülmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararda *lex mercatoria* uyarınca müzakere yükümlülüğünün sonuç borcuna yaklaşan bir vasıta borcu doğurduğu ifade edilmiştir. **Kösoğlu**, s. 165, dn. 669 (naklen).

³⁰⁵ **Frick**, s. 180; **Horn**, Standard Clause, s. 137.

en önemli gelişim alanlarından biri olarak görülmesine neden olan bu genel kaynak ve atıflardır³⁰⁶.

G. İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YENİDEN MÜZAKERE YÜKÜMLÜLÜĞÜ (*Neuverhandlungspflicht*)

Değişen koşullar sözleşmenin dengesinin bozulmasına, tarafların edimlerinin ağırlaşmasına, katlanılamayacak şekilde külfetli hale gelmesine ve taraflar arasında uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Ancak taraflar değişen koşullar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için tahkime ya da ulusal mahkemelere başvurduğunda hem zaman ve para harcayacak hem de verilen karar yalnızca bir tarafı memnun edecektir. Oysa taraflar aralarındaki uyuşmazlığı müzakereler yoluyla çözümlmeye çalıştığında her iki tarafın da menfaatine olacak ortak bir çözüm bulmak için çaba harcanacaktır³⁰⁷. Yeniden müzakere tarafların sözleşme hükümlerinin maddi değişimi yoluyla sözleşmeyi yeni bir duruma uyarlamak için ortak çabasıdır³⁰⁸. Yeniden müzakerelerde izlenecek usulü sözleşme kuralları, uygulanacak hukuk ya da hukuk kuralları belirleyecektir. Yeniden müzakere yükümlülüğü (*neuverhandlungspflicht*) sözleşme taraflarının karşılıklı anlaşma yoluyla sözleşmede değişiklik yapmak için yeniden müzakereyi taahhüt ettikleri bir yükümlülüktür. Yeniden müzakere yükümlülüğünde üç unsur önemlidir. Bunlar; taraflar arasında akdedilmiş geçerli bir sözleşmenin olması, tarafların

³⁰⁶ **Frick**, s. 181.

³⁰⁷ **Kösoğlu**, s. 160-161; **Frick**, s. 182; **Horn**, AcP, s. 181 vd.; **Topuz**, s. 169.

³⁰⁸ **Frick**, s. 182. Uluslararası ticari ilişki içindeki sözleşme taraflarının ortaya çıkan uyuşmazlıkları müzakere yoluyla çözmesinin mümkün olduğu durumlarda sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin faydalı bir yol olacağı doktrinde de kabul edilmiştir. **Şanlı, Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s. 373.

karşılıklı anlaşma sağlayarak sözleşmede değişiklik yapma yükümlülüklerinin bulunması ve tarafların müzakereler için kesin bir takdir yetkisinin mevcut olmasıdır³⁰⁹.

Akdi yeniden müzakere yükümlülüğü klostarı özellikle uluslararası ticaretteki uzun vadeli yatırım sözleşmelerinde ve ortaklık anlaşmalarında yaygındır. İsimsiz sözleşmelerde düzenlenen yeniden müzakere klostu genellikle sözleşme bedelinin uyarlanmasıyla sınırlı olmaktadır. Ancak bu yönde bir düzenleme diğer sözleşme hükümlerinin yeniden müzakeresini de sağlayabilmektedir³¹⁰.

Burada sözleşmede yeniden müzakereye ilişkin bir hüküm bulunmadığında yeniden müzakere yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin BGB §313 hükmünün gerekçesinde sözleşme taraflarının öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını müzakere etmek zorunda oldukları belirtilmektedir. Ancak buradaki müzakerelerin teknik anlamda bir yeniden müzakere yükümlülüğü olup olmadığı, bu müzakere yükümlülüğünün dava edilip edilemeyeceği ve ihlali halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı açık değildir³¹¹. Amerikan mahkemeleri ise bazı durumlarda tarafları iyi niyetle müzakere etmeye, arabuluculuk ya da diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine mecbur etmektedir. Bu yöndeki bir mecburiyet genellikle sözleşme taraflarını makul bir anlaşmaya varmaya teşvik etmektedir. Bu dayatmanın tarafları makul bir anlaşmaya teşvik edememesi veya mahkemenin bu tür bir

³⁰⁹ **Frick**, s. 182.

³¹⁰ **Frick**, s. 182. Değişen koşullar yalnızca edimin eşdeğerliğini değiştirmemektedir. Koşulların değişmesiyle taraflar arasındaki akdi iş birliği programı, özellikle de devam eden yükümlülükler sözleşmenin özgün biçimindeki haliyle uygulanamaz veya uygulanması taraflardan biri için anlamsız hale gelmektedir. Fakat sözleşmenin yeniden müzakereler yoluyla uyarlanması tarafların esas sözleşmede belirtilen iş birliğini makul ve anlamlı bir şekilde sürdürmelerini sağlayacaktır. **Frick**, s. 182, dn. 828.

³¹¹ **Frick**, s. 183; **Topuz**, s. 331-332.

yaklaşımın başarısız olacağına inanması halinde ise sözleşme mahkeme tarafından uyarlanmaktadır³¹².

Türk-İsviçre ve Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi (*Wegfall der geschäftsgrundlage/clausula rebus sic stantibus*) durumunda değişen koşulların doğrudan etkisi öğretide tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar esasen BGB §313 hükmünün kanunlaşmasından önceki döneme dayanmaktadır. Bir görüşe göre işlem temelinin çökmesi halinde değişen koşulların doğrudan etkisi sözleşmede yeniden müzakereye ilişkin bir düzenleme olup olmadığına bakılmaksızın isimsiz uluslararası sözleşme taraflarının yeniden müzakereyi başlatma yükümlülüklerinin olmasıdır³¹³. Diğer bir ifadeyle bu görüş yeniden müzakere yükümlülüğünün BGB §313 hükmünde düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür³¹⁴. Bu görüş üçüncü kişiler tarafından yapılacak bir uyarlamanın yalnızca diğer tarafın iyi niyetle önerilen adil bir uyarlamayı nedensiz ve

³¹² **Frick**, s. 183; **Hillman**, s. 19.

³¹³ Her sözleşme uyarlaması sözleşmeye değişmeyen bağlılığın bir istisnasıdır. Bu böyle kalmalıdır. Ancak özellikle sürekli borç ilişkilerinde uyarlamaya ilişkin sorunlara sıkça rastlanmaktadır. Özellikle uzun vadeli sözleşmeler politik, ekonomik ve sosyal koşullardaki sürekli değişimlere uyarlanması için güçlü bir baskıya maruz kalmaktadır. Genellikle kanunen tanınan sınırlı durumlarda özel hukuki ilişkilerin uyarlanması ihtiyacı bulunmaktadır. Ancak bu tür durumlardaki özel otonomi (özerklik) için tarafların yeniden müzakere yükümlülüğü kabul edilmeli ve sınırlı müeyyidelerle icra edilmelidir. Elbette bu özel hukuki ilişkilerin yeniden yapılması yalnızca hakime devredilmemektedir. Hatta öncelikle tarafların sorumluluğundadır. Sözleşme koşulları dış koşullara bağlı olarak değiştiğinde joint venture’lardaki nitelikli bağlılık koşulu özellikle önemli olmaktadır. Nitelikli bağlılık koşulu ortaklara gerektiğinde sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamak için temel bir iyi niyeti taahhüt etmektedir. Buna göre özellikle yeniden müzakere klozları ve uyarlama hallerinin yeniden düzenlenmesi de dahil olmak üzere uyuşmazlığın çözümü ve sözleşmenin uyarlanması için akdi mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır. **Frick**, s.184, dn. 833.

³¹⁴ Bu görüş için bkz. **Horn, Norbert**, “Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem”, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, Köln, 1981, s. 640 vd. Yeniden müzakere yükümlülüğü Alman kanun koyucu tarafından BGB 313’te düzenlenmemiştir. Kanun metninde sözleşmenin uyarlanmasının talep edilebileceği yönünde bir ifadeye yer verilmemekle yetinilmiştir. **Frick**, s. 184; **Topuz**, s. 332.

haksız şekilde reddetmesi halinde bir çözüm olabileceğini savunmaktadır³¹⁵. Bu görüşe taraflardan biri sözleşmenin müzakereler yoluyla uyarlanmasını talep eder etmez müzakereler başlamalıdır. Avantajlı durumdaki sözleşme tarafı değişiklikten etkilenen tarafça önerilen uyarlamayı iyi niyetle müzakere etmeyi reddettiğinde genellikle sözleşmeye aykırı davranmış olmaktadır. Müzakere yükümlülüğü sözleşmenin uyarlanması, tarafların bir anlaşmaya varamaması veya müzakerenin faydasız görünmesi ile sona ermektedir. Burada ilk teklifin gerekçesine veya makul olup olmadığına bakılmaksızın iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğü bulunmaktadır³¹⁶. Bu görüşe katılmamaktayım. Öğretide hakim olan görüşe göre BGB §313 hükmü sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir yeniden müzakere yükümlülüğü içermemektedir³¹⁷. Kanundaki “talep edebilir” ifadesi sözleşme taraflarının ilk olarak kendi aralarında bir çözüm yolu bulmayı denemesi için taraflara yol göstermektedir. Bu nedenle değişen koşulların başlıca etkisinin yeniden müzakere yükümlülüğü olacağı şeklinde yorum yapılması hatalıdır. Sözleşmede yeniden müzakere kaydı bulunmaması halinde tarafların bu yönde bir yükümlülüklerinin olduğunu varsaymanın hukuki dayanağı bulunmamaktadır³¹⁸. Sözleşmede yeniden müzakere ve/ya uygulanacak hukuk klozu bulunmadığında tarafların yeniden müzakere yükümlülüğünden söz edilemez. Öyle ki açık ya da örtülü bir iş birliği yükümlülüğü de akdi yeniden müzakerelere dayanak teşkil etmemektedir. Yeniden müzakere yükümlülüğünün sözleşmede açıkça düzenlenmemesi halinde sözleşme bu yükümlülüğü kapsamamaktadır. Aksi yöndeki bir varsayım sözleşme kavramının bizzat kendisiyle çelişecektir. Nitekim bir sözleşmenin doğası bireysel özerkliğin ve özel düzenlemenin bir ifadesi olmasının yanında o sözleşmenin bağlayıcı ve uygulanabilir olmasıdır. Bunun dışındaki herhangi bir çözüm klasik sözleşme anlayışının yalnızca daha

³¹⁵ **Frick**, s. 183-184; **Speidel**, s. 418.

³¹⁶ **Frick**, s. 185, dn.841; **Speidel**, s. 421.

³¹⁷ Bu görüşü savunanlar için bkz. **Frick**, s. 188; **Speidel**, s. 406; **Topuz**, s. 333.

³¹⁸ **Topuz**, s. 332-333.

karmaşık ve belirsiz bir ilişki alanına dönüşmesine neden olacaktır. Sözleşmeden doğan yan yükümlülükler ya da örtülü klostara dayalı bir yeniden müzakere yükümlülüğü mevcut değildir³¹⁹. Ayrıca tahkim veya dava gölgesinde yalnızca üçüncü kişi tarafından yapılacak bir uyarlamayı erteleyecek ya da geciktirecek şekli bir yeniden müzakere yükümlülüğüne ihtiyaç yoktur. Özellikle isimsiz uluslararası sözleşmeler bağlamında şekli bir yeniden müzakere yükümlülüğünün neden olacağı gecikmelerden kaçınılmalıdır. Ayrıca sözleşmede tahkim klostunun düzenlenmesi tarafların aralarındaki uyuşmazlıklarda üçüncü kişilerin karar vermesi yönündeki iradelerini yansıtmaktadır. Aynı şekilde tarafların sözleşmelerinde yeniden müzakere yükümlülüğü kayıtlarına yer vermeleri de tarafların yeniden müzakere edecekleri yönündeki iradelerinin bir yansımasıdır³²⁰. Bu nedenle yeniden müzakereye ilişkin bir düzenleme içermeyen sözleşmelerde tarafların iradelerinin yeniden müzakere etme yönünde olacağının kabul edilmesi mümkün değildir³²¹.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin ilişkisel niteliği ve taraflar arasındaki yoğun ilişki dikkate alındığında bu sözleşmelerde yeniden müzakere yükümlülüğünün akdi ilişkisinin kendisine dayandığı söylenebilir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin ilişkisel karakteri sözleşmenin korunmasını ve ihtilafların giderilmesini gerektirdiğinden taraflar genellikle

³¹⁹ **Frick**, s. 188; **Speidel**, s. 406; **Kösoğlu**, s. 167; **Topuz**, s. 333. Bir sözleşmeyi sözleşme yapan en önemli unsur genellikle taraflara kendi rızaları olmadan değiştirilemeyen yükümlülükler yüklemesidir. Sözleşme görüşmeleri sözleşmenin imzalanmasıyla sona ermektedir. Müzakerelerin daha sonra gerçekleşmesi gerektiğini varsaymak sözleşme kavramının kendisiyle çelişmektedir. Yeniden müzakere yükümlülüğü taraflar arasındaki özel güven ilişkisine dayanan bir yan yükümlülük değildir. Böyle bir varsayımda bu yükümlülük pacta sunt servanda ilkesiyle doğrudan çelişecektir. **Frick**, s. 188-189; **Speidel**, s. 406.

³²⁰ **Frick**, s. 189; **Topuz**, s. 333. Yeniden müzakere zaman kazanmak için kötüye kullanıldığında uyarlama talep eden tarafın zaman kaybetmesine, masraf yapmasına, belirsizlikler nedeniyle zarar görmesine neden olmaktadır. Ayrıca yeniden müzakerenin bir yükümlülük olduğunun kabulü halinde bu yükümlülüğün ihlali halini düzenleyen yaptırımlar bulunmamaktadır. **Topuz**, s. 333.

³²¹ **Frick**, s. 189; **Speidel**, s. 406; **Kösoğlu**, s. 167; **Topuz**, s. 333.

yeniden müzakerelere ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Bu durum isimsiz uluslararası sözleşmelerin temelindeki güven ilişkisiyle ve dürüstlük prensibiyle de uyumludur³²². Tarafların yeniden müzakereyi ve/ya yapılan makul uyarlama teklifini reddetmesi genellikle akdi ilişkiyi korumak ve sözleşmeyi uyarlamak için makul her türlü çabayı gösterme yükümlülüğünün (*best efforts*) ihlali anlamına gelmektedir³²³.

İyi niyetle yeniden müzakere yükümlülüğünün geçerliliği büyük ölçüde bunun ihlalinin müeyyidesine bağlıdır. Sözleşmede yeniden müzakere yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme var ise bu yükümlülüğün ihlali sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir³²⁴. Yeniden müzakere yükümlülüğünün savunucularına göre ana müeyyide sözleşmeyi uyarlayacak mahkemenin ya da tahkim heyetinin bu yükümlülüğün ihlalini dikkate alacak olmasıdır³²⁵.

Açık yeniden müzakere klorları genellikle anlaşma sağlanamaması ya da taraflardan birisinin iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde mevcut durumu mahkemeye veya tahkime taşıma olanağı sağlamaktadır. Böyle durumlarda yeniden müzakere klorları sözleşmenin feshini ve zararın tazminini de sağlayabilmektedir³²⁶. Uyarlama konusunda anlaşmaya varamayan taraflar bazen hakim

³²² **Speidel**, s. 421; **Frick**, s. 184-185. Speidel'a göre avantajlı tarafın asgari düzeyde iyi niyetle müzakere etme, azami düzeyde dezavantajlı tarafça iyi niyetle teklif edilen adil bir uyarlamayı kabul etme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülükler ilişkinin korunması ve ihtilafların uyumlu hale getirilmesi gerektiği normlarını desteklemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Speidel**, s. 421 vd.

³²³ Yeniden müzakere yükümlülüğü izin verilmiş ya da esas sözleşme gerektirmiş olsa dahi gelecekteki uyumu ve uyarlamayı önleyecek herhangi bir eylemi üstlenmeme yükümlülüğünü de içermektedir. **Frick**, s. 186; **Speidel**, s. 410-411.

³²⁴ **Kösoğlu**, s. 167; **Frick**, s. 186-187.

³²⁵ Birçok durumda yeniden müzakere yükümlülüğünün ihlalini ve bir tarafın kusurunu tespit etmek oldukça zordur. Çünkü bu durum genellikle görünürde yapılan yeniden müzakereler ile gizlenmektedir. Uygulamada tazminat yaptırımı yalnızca yeniden müzakerenin açıkça reddedilmesi ya da engellenmesi halinde bir yaptırım olarak uygulanmaktadır. **Frick**, s. 187, dn. 850.

³²⁶ **Schmitthoff, Clive M.**, "Hardship and Intervener Clauses", *The Journal of Business of Law*, Mart 1980, London, s. 82-91.

ya da hakem olmayan üçüncü bir kişiye sözleşmeyi uyarlaması ya da tamamlaması için açıkça yetki tanıyabilmektedir³²⁷. Üçüncü kişi tarafından verilen karar ise genellikle hakem heyetine ya da mahkemeye taşınabilmektedir³²⁸. Dolayısıyla burada üç aşamalı bir mekanizma söz konusudur. İlk olarak değişen koşullar yeniden müzakere yükümlülüğüne yol açmaktadır. İkinci olarak yeniden müzakerelerde başarısız olduğunda nihai kararı hakem olmayan üçüncü bir kişi vermektedir. Son olarak ise taraflar üçüncü kişinin kararına karşı mahkemeye ya da tahkim heyetine başvurabilmektedir.

II. HAKEM HEYETİNİN UYARLAMA YETKİSİ

A. İsimsiz Uluslararası Sözleşmelerin Uyarlanmasında Hakemlerin Yetkisi

Taraflar isimsiz uluslararası sözleşmelerin uyarlanması için hakeme yetki verebilir ve hakem kararının bağlayıcı olacağını açıkça belirtebilir. Bu durumda hakemin vereceği karar sözleşmenin bir parçası haline gelecek ve taraflardan biri buna uymadığında sözleşmenin ihlali söz konusu olacaktır. Tarafların hakemlere açıkça uyarlama yetkisi

³²⁷ Örneğin bir teslim sözleşmesindeki mühendis tarafların yükümlülüklerini belirlemek veya tahkim heyeti karar verene kadar delilleri güvenceye almak için ara karar almaya yetkili kılınabilmektedir. Benzer biçimde bir mühendisin tarafların teknik danışmanı olarak sözleşmedeki gerekli teknik değişiklikleri düzenlemek için yetkili kılınması da mümkündür. Burada taraflar öncelikle kendi aralarında müzakere edecek, müzakereler başarısızlıkla sonuçlandığı takdirde diğer çözüm yollarına başvuracaktır. Sözleşmeye üçüncü şahıs müdahalesi de bu çözüm yollarından birisidir. Sözleşmeye üçüncü kişinin müdahalesi klotlarda çeşitli biçimlerde ifade edilebilmektedir. “...Taraflar içinde bulundukları zor duruma kendileri bir çözüm bulamadığında söz konusu konuda uzmanlığı nedeniyle başvuracakları üçüncü bir kişiden yardım alacaktır. Bu üçüncü kişinin görevi taraflara lüzumlu gördüğü önerilerde bulunmak ve gerekirse tarafların düşüncelerini uzlaştırmaktır. Hiçbir makul çözüm bulunamaması halinde zarar gören taraf sözleşmeyi feshedebilecektir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kösoğlu**, s. 135-136.

³²⁸ “Yukarıda belirtilen talepten itibaren iki aylık süre içinde uzlaşma sağlanamaması halinde mesele bu sözleşmenin (...) kısmına uygun şekilde ICC tahkim mahkemesine havale edilecektir...” **Kösoğlu**, s. 184.

verdiği durumlarda hakemler tarafından verilen uyarlama kararları taraflar için bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikte olacaktır³²⁹.

Sözleşmeleri uyarlaması ve sözleşme boşluklarını doldurması için hakemlere uygulanacak maddi hukuk sınırları içinde yetki vermek tahkimi geliştirmek ve daha dinamik hale getirmek için önemli bir adımdır. Bu yöndeki bir adım tarafların iş birliğine devam etmesini de kolaylaştırmaktadır³³⁰. Hakem forumunun pratik avantajları yalnızca hakem sözleşmenin içeriğini düzeltme yetkisine sahip olursa, sözleşmeye dayalı adalet ve eşitlik standartları ile tarafların ticari ihtiyaçlarından kaynaklanan beklentiler tarafından yönlendirilirse gerçekleştirilecektir³³¹. Hakemlerin tarafların zararını telafi ve tazmin etme, sözleşmeleri değiştirme yetkisine sahip olduğu tahkim muamelesi sorunları erkenden çözme ve bu bağlamda tarafların iş birliğini kolaylaştıracak çözümler bulma yeterliliğine sahiptir. Bu bakımdan hakemlerin sözleşmeleri uyarlaması ve eklemeler yapması özellikle önemlidir³³².

Tarafların hakemlere sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir yetki tanımadığı hallerde hakemlerin sözleşmeyi uyarlama yetkisinin olup olmadığı meselesi öğretide tartışmalara sebep olmuştur. Bu durum uluslararası ticari tahkim uygulamasında ikili bir

³²⁹ **Frick**, s. 190; **Nicklisch**, s. 635; **Kösoğlu**, s. 194; **Şanlı**, s. 393.

³³⁰ Uygulanacak maddi hukukun gerekliliklerinin karşılanması koşuluyla hakemlerin sözleşmeleri uyarlama yetkisine sahip olduğunu kabul eden eğilim uyuşmazlığın çözümü için tahkimin kabul edildiği uzun vadeli gelişmenin bir parçası olarak görülmüştür. Tahkim özel bir anlaşmanın karar verme yetkisine sahip kimseyi kendi yetkisiyle donattığı bir uyuşmazlık çözüm şeklidir. Mevzuatlar tahkim yoluyla çözülebilir konuları, tahkim yargılamalarında izlenmesi gereken usul kurallarını, hakemler tarafından ihlal edilemeyecek maddi hukuk ilkelerini ve devletin yetkili makamının idaresi altında tahkim kararının icra koşulları ve usulleri belirlemektedir. Bu nedenle *lex arbitri*'nin hakemlerin sözleşmeleri uyarlamasına engel olmadığı ve olmaması gerektiği yönündeki düşünce kabul edilmektedir. Hakemlerin sözleşmeleri uyarlarken uygulanacak maddi hukuk kapsamında herhangi bir ulusal hakim ile aynı koşulları ve gereklilikleri kabul etmesi gerekmektedir. **Frick**, s. 267-268.

³³¹ **Frick**, s. 190; **Debevoise**, s. 123.

³³² **Frick**, s. 190; **Debevoise**, s. 123; **Nicklisch**, s. 635.

ayırma tabi tutularak incelenmektedir. İlk olarak sözleşmede aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klotunun ya da başka bir uyarlama klotunun bulunmaması tarafların bu imkanı bilerek kullanmadıkları şeklinde yorumlanmaktadır³³³. Ancak sözleşmede uyarlama klotu bulunmasa dahi uyuşmazlığın görüleceği ülke mahkemesi sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilmektedir. Uluslararası ticari tahkimde sözleşmeye bağlılık ilkesine öncelik tanınmaktadır. Bu nedenle uygulamada ve öğretide uyuşmazlığın çözüm yolu olarak tahkimin belirlenmesi halinde sözleşmede aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klotunun da düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir³³⁴. İkinci olarak ise tarafların aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klotunda anlaşma sağlayamaması nedeniyle hakemlerin sözleşmeye müdahale edeceklerini kararlaştırmaması doğrudan genel uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulup başvurulamayacağını gündeme getirmiştir³³⁵. Bu bakımdan öğretide bizim de katıldığımız hakim görüş sözleşmede uyarlama yetkisiyle ilgili aşırı ifa güçlüğü ve tahkim klotlarında bir açıklık olmadığında hakemlerin sözleşmeyi uyarlama yetkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Çünkü bu durumda hakemler yetkilerini aşmış olacaklardır³³⁶.

³³³ Kösoğlu, s. 195.

³³⁴ Şanlı, s. 39-40; Kösoğlu, s. 196; Frick, s. 190-191.

³³⁵ Kösoğlu, s. 196.

³³⁶ Hakemler yalnızca tarafların tahkim anlaşması yaptığı konuda yetkilidir. Hakemler yetkilerini tahkim anlaşmasında belirlenen usul ve sınırlar içinde kullanmalıdır. Bu nedenle hakemlere sözleşmeyi uyarlama yetkisinin açıkça verilmesi gerekmektedir. Zira yetki aşımı hakem kararı için bir iptal sebebidir. Akıncı, s. 303-304; Şanlı, s. 124-125. Uzun vadeli sözleşmelerin akdedilmesiyle bağlantılı olarak kimi zaman hakeme yalnızca sözleşmeyi yorumlamak için değil, sözleşme tarafları arasındaki uyuşmazlıkları önlemek için de yetki verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İsviçre doktrinine göre hakem yerel mahkemeye de intikal edebilecek bir talebe karar verebilmektedir. Bu durum hakemin sözleşmedeki boşlukları yorumlayıcı şekilde doldurabileceği anlamına gelmektedir. Ancak hakem mevcut olmayan taraf mutabakatının yerini alacak bir karar veremez. Clausula rebus sic stantibus'un uygulanmasının ötesindeki sözleşme değişiklikleri (yeni hukuki ilişkilerin oluşturulması gibi) tahkimin konusu değildir. Bunlar hakemler tarafından karara bağlanamaz. Hakemlerin yetkilerini aşmaları hakem kararı için bir iptal sebebidir. Frick, s. 191, dn. 869.

Uygulamada hakemlerin kimi zaman aşırı ifa güçlüğü (*hardship*) klotlarıyla tahkim klotları arasında doğrudan bir bağ kurdukları, sözleşmelerdeki tahkim klotlarını³³⁷ aşırı ifa güçlüğü klotlarıyla³³⁸ birlikte değerlendirerek sözleşmeleri uyarladıkları gözlemlenmektedir³³⁹.

Ancak hakemlere sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin yetkinin açıkça tanınması gerekmektedir. Bu bakımdan sözleşmedeki tahkim klotunda uyuşmazlıklara ilişkin kullanılan genel ifadelerin hakemlere sözleşmelerin uyarlanması için zımnen yetki verildiği şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir³⁴⁰.

Bununla birlikte hakem kararlarının taraflar açısından bağlayıcı ve icra edilebilir olup olmaması elbette kararın tenfiz edileceği yargı merciileri tarafından belirlenecektir. Diğer bir ifadeyle mesele nihayetinde tahkim usulüne uygulanan hukuka³⁴¹, sözleşmenin

³³⁷ “Taraflar arasında işbu sözleşmeden kaynaklanan ve bu sözleşmeye ilişkin tüm ihtilaflar, uyuşmazlıklar veya bu sözleşmenin ihlali, sözleşmeden kaynaklanan konularda tarafların anlaşamamaları ve satıcının alıcıya yaptığı kömür satışına ilişkin tüm ihtilaflar nihai olarak tahkim ile çözülecektir.” **Kösoğlu**, s. 197.

³³⁸ Karşılıklı iş birliği başlıklı 8’inci madde: “Alıcı ve satıcı bu sözleşme kurulduğu zaman öngörülemez durumların ortaya çıkabileceğinin farkındadır. Taraflar bu öngörülemez durumlardan kaynaklanan aşırı ifa güçlüğü ve zorlukların üstesinden gelmek için karşılıklı iyi niyet ve iş birliğiyle ellerinden gelen tüm gayreti göstereceklerini kabul ederler.” **Kösoğlu**, s. 197.

³³⁹ **Kösoğlu**, s. 197-198.

³⁴⁰ **Kösoğlu**, s. 198; **Frick**, s. 190-191.

³⁴¹ Sözleşmelerin uyarlanması sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ve *lex arbitri* kurallarına bağlıdır. *Lex causae* uyarlamaya izin verirken *lex arbitri* izin vermiyor ise uyarlama yalnızca akdi bir etkiye sahip olacaktır. Bu durumda uyarlamanın icra edilebilir bir tahkim kararıyla sonuçlanması mümkün değildir. *Lex arbitri* uyarlamayı yasaklamış ise maddi hukuk tarafından sağlanan uyarlama işlevsiz hale gelmektedir. Sonuç olarak uyarlamaya uygulanacak bu maddi standartların dayatılması *lex causae*’ye bırakılmıştır. Hakemlerin sözleşmeyi uyarlama kararının icra kabiliyetine sahip olması *lex arbitri*’nin hakemlerin bu yöndeki yetkilerini sınırlamamış olmasına bağlıdır. **Frick**, s. 193; **Zweigert, Konrad/ Von Hoffman, Bernd**, “Internationale Joint Venture”, Festschrift für Martin Luther Zum 70th Geburtstag, Munich, 1976, s. 211; **Elçin, Doğa**, “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, TAAD, S. 33, Ocak 2018, s. 211-241; **Yağcı, Salim Serdar**, “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2633-2646; **Kösoğlu**, s. 199.

esasına uygulanan hukuka veya kararın tenfiz edildiği ülkenin hukukuna bağlıdır. Bunlarda hakemlerin sözleşmeleri uyarlayamayacaklarına ilişkin kamu düzenine yönelik hükümler var ise hakem kararı tenfiz edilemeyecektir. Bu durumda kararın icra kabiliyeti de olmayacaktır³⁴². Uyarlama tarafların aralarında serbestçe kararlaştırabilecekleri tahkime elverişli bir meseledir. Bu nedenle hakem heyeti tarafından verilen karar kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece uluslararası isimli sözleşmelerin hakemler tarafından uyarlanmasına ilişkin kararların tüm hukuk düzenlerinde tenfiz ve icra edilebileceği kanaatindeyim³⁴³.

B. Uyarlama Klotlarının Yokluğunda Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanmasında Uygulanacak Maddi Hukuk

1. Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Uyarınca Sözleşmelerin Uyarlanması

Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında sözleşme hükümlerini değiştirerek sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu iki farklı kavram altında

³⁴² **Müeller, Peter/Graff, Christian**, “Long Term Business Relations: Conflicts and the Law”, 141 ZgS 1985, s. 553; **Frick**, s. 192; **Kösoğlu**, s. 199. Hakemlerin uyarlamaya yetkili olup olmadığı sorusu hakemlerin sözleşmeyi kendi yerlerinde akdetme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu olarak görülmektedir. İç hukuk sistemine açıkça gömülü bulunan uzun süreli sözleşmeler ile ilgili tahkim yargılamalarında sıklıkla ortaya çıkan ilginç ve önemli soru bir hakemin tarafların uzlaşma sağlayamadığı bir anlaşmayı dayatma gücüne sahip olup olmadığıdır. Bu, ancak yasanın veya açık bir anlaşmanın hakemlere böyle bir hakkı açıkça vermesi durumunda mümkün olacaktır. **Frick**, s. 192.

³⁴³ Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde genel olarak sözleşmenin değişen koşullara mahkemeye uyarlanmasına imkan tanınmaktadır. Bu hukuk sistemleri benzer şekilde hakem heyetine de sözleşmeleri uyarlama yetkisi tanımaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda ise mahkemelere yalnızca sınırlı durumlarda sözleşmeleri uyarlama yetkisi tanınmaktadır. Bu nedenle bu ülke hukuklarında hakemlerin uyarlama yetkileri de sınırlıdır. Tahkimin usulüne uygulanacak kanunda hakemlerin sözleşmeyi uyarlama yetkisine ilişkin bir düzenleme olmaması halinde o hukukun mahkemelere böyle bir yetki tanıyıp tanımadığına bakılarak hakemlerin uyarlama yetkisine sahip olup olmadığı belirlenmelidir. **Kösoğlu**, s. 199, dn. 812.

incelenmektedir. Alman doktrinde bu durum için işlem temelinin çökmesi (*wegfall der geschäftsgrundlage*) kavramı kullanılmaktadır. Türk-İsviçre doktrinde ise aynı sorun genellikle *clausula rebus sic stantibus* uyarınca analiz edilmektedir. Diğer bir ifadeyle günümüz Türk-İsviçre hukukunda uyarılama ile ilgili genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun nedeni böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamasıdır. Çünkü TMK m. 2 (ZGB Art. 2) bir üst sınır olarak ahde vefa ilkesinin üzerinde kabul edilmektedir³⁴⁴. Ancak işlem temelinin çökmesi (*wegfall der geschäftsgrundlage*) ve *clausula rebus sic stantibus* kavramlarının mahkemelerin Türk-İsviçre ve Alman Hukuku uyarınca sözleşme hükümlerini değiştirdiği tek durum olmadığı unutulmamalıdır³⁴⁵.

2. Alman Hukukundaki İşlem Temelinin Çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) ve Türk-İsviçre Hukukundaki *Clausula Rebus Sic Stantibus* Doktrinleri

Alman hukukunda şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğini savunan görüşler esas itibariyle sübjektif nitelikteki görüşler ve objektif nitelikteki görüşler olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Sübjektif nitelikteki en önemli görüş Oertmann'ın işlem temeli öğretisidir³⁴⁶. İşlem temeli öğretisi şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinde tarafların iradeleri temelinde çözümler getirmeye çalışmıştır. Objektif nitelikteki görüşler ise sözleşmeye müdahalede tarafların iradeleri yerine şartların değişmesini esas almıştır³⁴⁷.

³⁴⁴ Arat, s. 25-28.

³⁴⁵ Frick, s. 201; Arat, s. 25-28.

³⁴⁶ Bu görüş için bkz. Oertmann, Paul, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921.

³⁴⁷ Topuz, s. 71; Frick, s. 201.

Türk-İsviçre hukukunda şartların değişmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temeline ilişkin çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Ancak Türk-İsviçre hukukunda Alman hukukundaki işlem temeli öğretisi gibi bağımsız bir öğreti ortaya çıkmamıştır. Türk-İsviçre hukukunda tarafların iradesini esas alan subjektif teoriler temel hatası görüşü ile gabine ilişkin Art. 21 (TBK m. 28) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği görüşüdür. Objektif teoriler ise nisbi imkânsızlık görüşü ve dürüstlük ilkesi ile hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket eden görüşlerdir³⁴⁸.

Alman ve Türk-İsviçre hukukundaki işlem temeli ve dürüstlük ilkesi ile hakkın kötüye kullanılması yasağı teorileri çalışma konusu bakımından bilhassa önem arz etmektedir. Bu nedenle konunun dağılmasını önlemek amacıyla diğer teorilere ilişkin detaylı açıklamalardan kaçınılmıştır.

a. Subjektif Teoriler

İşlem temelinin çökmesi doktrini Oertmann tarafından Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya atılmıştır. Oertmann'ın işlem temeli teorisi Alman Yüksek Mahkemesi tarafından da birçok kararda uygulanmıştır. Bu teoriye göre bir sözleşmenin temeli (*geschäftsgrundlage*)³⁴⁹ sözleşmesel amacın (*geschäftswille*) dayandığı, ancak ne sözleşmenin içeriği ne de yalnızca tarafların tasavvuru olmayan gerçekler ile ilgili tasavvurlardır. Diğer bir ifadeyle bir sözleşme tarafının gerçeğe uygunluğundan emin olduğu için hukuki bir şart olarak sözleşmeye koymayı gerekli görmediği tasavvurları

³⁴⁸ **Topuz**, s. 122.

³⁴⁹ İşin temeli (*geschäftsgrundlage*) bir taraftan sözleşmenin içeriği diğer taraftan salt bir neden olmadan iş yapma iradesinin dayandığı gerçekler ile ilgili düşüncelerdir. Diğer bir ifadeyle işlemin temeli, işlemin sonunda ortaya çıkan ve muhtemel karşı tarafın önemiyle tanınan ve itiraz edilmeyen ya da ticari amacın dayandığı belirli durumların varlığı ya da ortaya çıkması halinde taraflardan birinin veya her ikisinin ortak fikridir. **Frick**, s. 201, dn. 914.

sözleşmenin diğer tarafınca anlaşılmış ise ya da anlaşılması gerekli değerde ise bu bir işlem temelidir³⁵⁰. İşlemin temeli sözleşmenin içeriği haline gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin içeriği olan işlemin temeli olamamaktadır. Çünkü bir konu ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı var ise sözleşmenin içeriği haline gelmektedir. İşlem temeli ise irade aşamasına ulaşamamıştır³⁵¹.

Sübjektif teoriler psikolojik bir kriter belirlemediği ve sözleşme taraflarının beklentilerine odaklanmaya çalıştığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁵². Çünkü gerçekte taraflar değişen koşullar hakkında düşünmemektedir. Bu teoriler beyan sahibinin gerçekte yalnızca zihninden geçirdiği sübjektif düşüncelerinden hareket etmektedir. Diğer taraftan sübjektif teoriler iş temeli (*geschäftsgrundlage*) ve bir sözleşme yapma saiki arasında açık bir ayrım sağlamamaktadır. Çağdaş teoriler uyarınca konu dışı etkeni ve konuyla alakalı ön şartı birbirinden ayırt etmek için bir tarafın psikolojik beklentisi yerinde bir kriter değildir. Koşullardaki değişikliklerin sözleşme değişikliğini ya da sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılıp kılmayacağı normatif bir analiz olmalıdır³⁵³.

³⁵⁰ **Frick**, s. 201; **Arat**, s. 58; **Gürsoy**, s. 18; **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 374; **Kösoğlu**, s. 116. İşlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin uyarlanması Alman Medeni Kanununda (BGB §313) düzenlenmiştir. İşlem temelinin çökmesi doktrini BGB §242’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanmaktadır. İşlem temelinin çökmesinden söz edebilmek için koşulların sözleşme kurulduktan sonra değişmesi, koşulların sözleşmenin içeriğine dahil olmaması, tarafların söz konusu değişikliği öngörebilseler idi sözleşmeyi hiç akdetmeyecek ya da başka içerikte akdedecek olması ve sözleşmenin taraflardan birisi için çekilmez hale gelmesi gerekmektedir. Bu teori işlem temelinin ortadan kalkması ve işlem temelinin eksik olması hallerinden ikisini de kapsamaktadır. Her iki durumda da öncelikle uyarılama yapılacaktır. Sözleşmenin uyarlanması mümkün olmaması halinde ise sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden dönme söz konusu olacaktır. İsimli uluslararası sözleşmelerde dönmenin yerini sözleşmenin feshi almaktadır. **Kösoğlu**, s. 116; **Şahin**, s. 80, dn. 165; **Topuz**, s. 77; **Frick**, s. 203.

³⁵¹ **Topuz**, s. 75-76; **Frick**, s. 201.

³⁵² Eleştiriler için bkz. **Frick**, s. 203; **Topuz**, s. 77-78.

³⁵³ **Frick**, s. 203; **Topuz**, s. 77-78; **Haarmann**, s. 24.

İşlem temeli öğretisi Alman hukukunda şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilmesine yönelik görüşlerin hareket noktası olmuştur. Oertmann'ın işlem temeli öğretisi İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen 1922 tarihli kararda kabul edilmiştir³⁵⁴. Öyle ki, mahkemenin 1922 tarihli içtihadı yerleşik bir içtihat haline gelmiştir. İmparatorluk mahkemesinin işlem temeli formülü günümüzde de Alman Federal Mahkemesi tarafından istikrarlı bir biçimde uygulanmaktadır³⁵⁵.

b. Objektif (Nesnel) Teoriler

Objektif teorilere göre her sözleşme akdedildiği sırada mevcut belirli ön koşullara bağlıdır. Elbette bu koşulların değişmesi halinde tarafların sözleşmede bu durumu düzenlememesi sözleşmenin değiştirilmeyeceği anlamına gelmeyecektir³⁵⁶. Objektif

³⁵⁴ Pamuk olayı olarak anılan 1922 tarihli karara konu olayda davacı ile davalı aralarında akdedikleri sözleşme ile davalının sahibi olduğu işletmeyi 21.05.1919 tarihinde 600.000 mark karşılığında davacıya satacağını kararlaştırmıştır. Sözleşmeye göre davacı satış bedelini iki taksit halinde 01.01.1920 ve 01.01.1921 tarihlerinde ödeyecektir. Ancak 1919 yılında olağanüstü bir enflasyon yaşanmıştır. Bunun sonucunda Markın satın alma gücü %80'den fazla oranda düşmüştür. 01.01.1920 tarihinde davacı ilk taksidi ödemeye hazır olduğunu açıklamıştır. Davalının bunu kabul etmemesi üzerine ise dava açılmıştır. Mahkeme kararında sözleşme içeriği haline gelmeyen ancak sözleşmenin akdi sırasında her iki tarafın orta düşüncesi olan durumların işlem temeli olabileceğini, sözleşmenin içeriği haline gelmeyen ancak taraflardan birinin işlem iradesini üzerine inşa ettiği, kesin olarak varlığından, varlığını devam ettireceğinden ya da gelecekte meydana geleceğinden hareket ettiği durumlara ilişkin diğer tarafın bildiği ancak itiraz etmediği düşüncelerinin de işlem temeli olduğunu ifade etmiştir. İmparatorluk mahkemesi sözleşmenin akdi anında edimler arasında mevcut bulunan dengenin Oertmann'ın tanımladığı anlamda bir işlem temeli olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme edimler arasındaki dengenin sonradan bozulması halinde bu durumdan olumsuz yönde etkilenen tarafa bir değer artış talebinin sağlanması gerektiğini, bu şekilde sözleşmenin uyarlanması ise bozulan dengenin tekrar sağlanmasının bir gereği olduğunu ifade etmiştir. **Topuz**, s. 79, dn. 69.

³⁵⁵ **Topuz**, s. 80.

³⁵⁶ Clausula rebus sic stantibus öğretisi, bir sözleşmenin varlığının tarafların sözleşmeyi akdederken uyguladığı belirli koşullara bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu koşulların değişmesi halinde taraflar

teoriler psikolojik bir sınırdan kaçınmakta ve sözleşme taraflarının koşullardaki değişikliği öngörüp öngörmediklerine ya da öngörebileceklerine güvenmemektedir. Bu teoriler tarafların ortak bir sözleşme amacı olduğunu ve sözleşmenin gerçekte mevcut olmayan objektif bir amacı olduğunu kabul etmektedir³⁵⁷.

Dürüstlük kuralı (*treu und glauben*) İsviçre'nin önde gelen teorilerindendir. Değişen koşullar nedeniyle sözleşmenin feshinin ya da uyarlanmasının haklı çıkıp çıkmayacağı sorusu değişen koşullara rağmen bir tarafın sözleşmeyi ifa etmesinin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmayacağına dair normatif bir hükme (karara) bağlıdır³⁵⁸. Sözleşme akdedildikten sonra edimler arasındaki dengenin bozulması ve ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temelleriyle ilgili İsviçre hukukunda dürüstlük ilkesini esas alan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre bir borç ilişkisinde borcun nasıl ifa edileceği başlangıçta tam olarak belirlenmemektedir. Öngörülemeyen olaylar da bu kapsamdadır. TMK m. 2/1 (ZGB Art. 2/I) hükmü haklar kullanılırken ve borçlar ifa edilirken insan davranışlarının sınırını belirlemektedir. Buna göre tüm talepler ve haklar TMK m. 2/1 (ZGB Art. 2/I) uyarınca dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda sözleşmeye bağlılık ilkesi esas olsa da dürüstlük ilkesi sözleşmeye bağlılığın üzerinde bir ilke kabul edilmektedir. Dolayısıyla hakim tarafların edimleri arasındaki dengenin bozulmasına neden olan öngörülemezlik ve beklenemezlik hallerinde sözleşmeye müdahale etmelidir³⁵⁹.

sözleşmeye bu yönde bir hüküm dahil etmese de sözleşme geçerli olamayacak ya da en azından tam olarak geçerli kalamayacaktır. **Frick**, s. 203, dn. 922.

³⁵⁷ **Frick**, s. 203-204.

³⁵⁸ **Frick**, s. 204-205.

³⁵⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 594-595; **Oğuzman/Barlas**, s. 257-258, 308; **Topuz**, s. 134; **Kılıçoğlu**, s. 209; **Arat**, s. 165-170.

Oftinger'e göre koşullarda meydana gelen değişiklik sonucunda edimler arasındaki dengenin bozulmasına ve aşırı ifa güçlüğüne rağmen sözleşmenin ifasının dürüstlük kuralını ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için sözleşmenin aynen ifası hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalıdır³⁶⁰. Diğer bir ifadeyle Oftinger ZGB Art. 2 hükmünün koşulların değişmesi halinde sözleşmeye müdahalenin dogmatik temelini ve şartlarını içerdiiğini savunmaktadır. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre ise koşulların değişmesi halinde sözleşmenin bir tarafının aynen ifa talebinin açıkça hakkın kötüye kullanımı (*treu und glauben*) niteliğinde olması halinde sözleşmeye müdahale edilebilecektir. Dolayısıyla sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen ZGB Art. 2/II (TMK m. 2/2)'dir³⁶¹.

İsviçre Federal Mahkemesi yirminci yüzyılın başlarında *clausula rebus sic stantibus* öğretisini ve şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilmesini reddetmiştir. Ancak Birinci Dünya savaşı ve sonrasındaki gelişmeler Almanya'da olduğu gibi İsviçre'de de önemli etkiler yaratmıştır. Bu temelde imkânsızlık görüşü İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarına esas oluşturmuştur. Mahkeme bu dönemde imkânsızlık görüşünü genellikle dürüstlük ilkesiyle gerekçelendirmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi diğer kararlarında ise imkânsızlık görüşünü somutlaştırmada yıkım teorisinden faydalanmıştır. Mahkeme bu dönemdeki kararlarının bazılarında borçlunun edim yükümlülüğünün tamamen sona ermesi gerektiğine, bazılarında ise edimin ifasının olağanüstü biçimde zorlaştığı gerekçesiyle borçlunun edim yükümlülüğünde indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemenin bu görüşü 1933 yılına kadar devam etmiştir³⁶². Mahkeme 1933 tarihli kararında şartların değişmesi halinde sözleşmeye

³⁶⁰ Bu görüş için bkz. **Oftinger, Karl**, "Die kriesenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. Clausula rebus sic stantibus)", SJZ 26 (1939/40), S. 247.

³⁶¹ **Topuz**, s. 134-135; **Arat**, s. 171. "Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı kavramlardır." **Oğuzman/Barlas**, s. 257.

³⁶² **Topuz**, s. 122-124; **Frick**, s. 205.

müdahale edilebileceğini ortaya koyarak müdahalenin şartlarını belirlemiştir. Bu karar ile mahkeme daha önce kabul etmiş olduğu yıkım teorisini açıkça reddetmiş, sözleşmeye müdahalenin dogmatik temelini ise dürüstlük ilkesine dayandırmıştır³⁶³.

İsviçre Federal Mahkemesi değişen koşullar nedeniyle sözleşmeye müdahale edilebilmesi için üç menfi koşulun varlığını aramaktadır. Mahkeme öncelikle bir sözleşmenin değişen koşulların etkilerini düzenleyen açık veya örtülü bir hüküm içermemesini istemektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmede uyarlama klozu bulunmamalıdır. İkinci olarak ise tarafların sorumluluğu (kusuru) olmamalıdır. Koşullardaki değişikliklerden sorumlu olan taraf *clausula rebus sic stantibus*'a dayanamayacaktır. Son olarak ise koşullarda meydana gelen değişiklikler öngörülebilir nitelikte olmamalıdır. Koşullardaki değişiklikler öngörülebilir nitelikte ise taraflar *clausula rebus sic stantibus*'a dayanamayacaktır³⁶⁴.

Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre³⁶⁵ hakemler *clausula rebus sic stantibus* kapsamında da sözleşmenin doğasını (niteliğini) göz önünde bulundurmalıdır. En yalın ifadeyle geniş yetkiler verilen mahkemelerin ve hakemlerin sözleşmeleri uyarlarken İsviçre ve Alman hukuku uyarınca bu sözleşmelerin özel niteliklerini de dikkate almaları gerekmektedir. Bu özellikle önemlidir. Nitekim İsviçre ve Alman hukukuna göre uyarlamanın gerçekleştiği kıstaslar ve koşullar oldukça esnektir. Diğer bir ifadeyle İsviçre ve Alman hukuku sözleşmelerin uyarlanmasında hakemlere ve hakimlere esneklik sağlamakta, uyarlama konusunda geniş bir takdir yetkisi vermekte, hakemlerin ve hakimlerin somut olayın tüm koşullarını analiz etme kabiliyetine sahip olmaları

³⁶³ **Topuz**, s. 132-134; **Frick**, s. 205-206; **Schmiedlin**, s.116-117. Mahkeme şartların değişmesi halinde sözleşmenin aynen ifasının beklenilmesinin dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edeceğini, bu nedenle sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. BGE 59 II 372.

³⁶⁴ **Frick**, s. 207.

³⁶⁵ Görüşler için bkz. **Frick**, s. 211-212; **Macneil, Ian R.**, “Reflections on Relational Contract”, 141 ZgS, 1985, s. 545.

gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle isimsiz uluslararası sözleşmeler değişen koşullar nedeniyle uyarılırken bu sözleşmelerin doğası ve özel nitelikleri de göz önünde bulundurulmalıdır³⁶⁶.

3. Diğer Hukuk Sistemlerine Genel bir Bakış

Aşağıda *clausula rebus sic stantibus* ve işlem temeli öğretilerinin Fransa, İngiltere ve İtalya hukuklarındaki karşılıkları verilmiştir. Bu genel bakış ve açıklamalar *pacta sunt servanda* ve sözleşmenin uyarlanması ilkeleri arasındaki ihtilafa ilişkin farklı ülkelerde bulunan yasal çözümlerin yeknesaklık derecesine ilişkin bir sonuca imkan sağlamaktadır.

a. Fransız Hukukundaki Mücbir Sebep (*Force Majeure*) Doktrini

Diğer Kıta Avrupası hukuk sistemleri gibi Fransız hukuku da imkansızlığın borç doğurmayacağı ilkesini (*impossibilium nulla obligatio*) kabul etmiştir. Fransız hukukundaki mücbir sebep (*force majeure*) kavramı imkânsızlık teorisi içerisinde incelenmektedir. Mücbir sebep Fransız Medeni Kanunu'nun 1147. ve 1148. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre bir olayın kaçınılmaz, karşı konulamaz olması, öngörülemez nitelikte olması, borçlunun iradesi dışında gerçekleşmiş olması ve ifayı imkansız hale getirmesi halinde mücbir sebep söz konusu olacaktır³⁶⁷. Ancak öngörülemez ve önlenemeyen olay ifanın imkansızlığına neden olmuyor, sadece ifayı daha güç hale getiriyor ise mücbir sebepten söz edilemeyecektir. İfanın daha külfetli hale gelmesi ahde vefa ilkesinin ihlali için haklı bir neden değildir³⁶⁸.

³⁶⁶ Frick, s. 211-212; Macneil, Ian R., Reflections on Relational Contract, s. 545.

³⁶⁷ Kösoğlu, s. 10.

³⁶⁸ Frick, s. 213; Kösoğlu, s. 10.

b. İngiliz Hukukundaki (*Common Law*) *Frustration* Doktrini

İngiliz mahkemeleri genellikle sözleşmeleri uyarlamak için açık bir biçimde hareket etmekten kaçınmıştır. Buna rağmen hakimlerin değişen koşulları dikkate almasına imkan veren çeşitli kavramlar geliştirilmiştir. Bunlardan en önemlisi *frustration* doktrindir.

Frustration teorisi uyarınca sözleşme süresince ve taraflardan birinin kusuru olmaksızın ifayı imkansız veya kanuna aykırı hale getirecek ya da edimi esasen başlangıçta üstlenilenden farklı hale getirecek köklü (radikal) değişikliklere neden olan bir olay olduğunda sözleşme kendiliğinden sona ermektedir³⁶⁹. Diğer bir ifadeyle, sözleşme akdedildikten sonra koşullardaki değişim sözleşmenin ifasını fiziksel ve ticari olarak imkansız hale getirir ya da edimi sözleşmede esasen üstlenilenden radikal olarak farklı bir yükümlülüğe dönüştürür ise *frustration* doktrini sözleşmenin taraflarını ifadan kurtarmaktadır. Her iki taraf da sözleşmenin sona erdiğini ileri sürebilir. Ancak *frustration* iddiasında bulunan tarafın kusurlu olmaması gerekmektedir³⁷⁰.

Bu doktrin edim borçlusunun herhangi bir kusuru bulunmaksızın öngörülemeyen olaylar sonucu meydana gelen ifa imkansızlığı durumlarını da içermektedir. Konserin yapılacağı yerin yanıp kül olması³⁷¹, belirlenen hasattaki patateslerin bir hastalık

³⁶⁹ **Frick**, s. 215; **Duxbury, Robert**, Contract in a Nutshell, London, 1987, s. 84; **Kösoğlu**, s. 14. Şartlar sonradan öngörülemeyecek biçimde değiştiğinde sözleşmenin ifası başlangıçta üstlenilenden tamamen farklı bir hale gelir ise sözleşme çökmüştür (*frustrated*). *Frustration*'a dayanan sözleşme tarafı üstlendiğim şey bu değildi ("it was not this that I promised to do") demektir. **Arat**, s. 24.

³⁷⁰ **Frick**, s. 215.

³⁷¹ *Frustration* teorisi ilk olarak Taylor v. Caldwell davasında ortaya atılmıştır. Davaya konu olayda konser salonu konser tarihinden altı gün önce yanmıştır. Mahkeme kiralayanların reklam masrafları ve diğer giderleri salon sahibinden tazmin edemeyeceğine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde bir şeyin varlığına bağlı olan edimin ifasının şeyin sözleşme tarafının kusuru olmaksızın kaybolduğu, edimin bu nedenle imkansız hale geldiği, sözleşmenin böyle bir durumda tarafların sorumluluktan

nedeniyle çürüyüp yok olması, vb. durumlar buna örnek gösterilebilir. Diğer bir örnek ise ünlü taç giyme töreni (*Coronation*) davasında³⁷² olduğu gibi ifanın hala mümkün olduğu ancak sözleşmenin amacının hüsrana uğradığı durumlardır³⁷³.

Frustration teorisinin etkisi, engelleyici olay anında sözleşmenin kendiliğinden feshidir. İngiliz mahkemeleri *frustration* teorisini oldukça dar yorumlamaktadır. Bunun nedeni *frustration* durumu ile diğer sözleşmeye aykırılık halleri arasında bir ayrım

kurtulacağına ilişkin örtülü şart içerdiği şeklinde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Karar için bkz. **Treitel, Guenter**, The Law of Contract, 10th edition, London, 1999, s. 805-806.

³⁷² Krell v. Henry (1903), 2 K.B. 740. Bu davaya *coronation cases* denmesinin nedeni 1902 yılında Kral VII. Edward ve Kraliçe Alexandra'nın taç giyme törenini çevreleyen olaylardan kaynaklanmasıdır. *Coronation* İngilizce bir sözcük olup taç giyme töreni anlamına gelmektedir. Davalı Henry taç giyme törenini izlemek için davacı Paul Krell'den bir daire kiralamıştır. Taraflar 75 sterlin üzerinde anlaşma sağlamıştır. Ancak yazışmalarda taç giyme töreninden açıkça bahsedilmemiştir. Henry depozito olarak 25 sterlinlik bir ödeme yapmıştır. Ancak kralın rahatsızlığı nedeniyle taç giyme töreni belirlenen tarihte yapılamamıştır. Bu nedenle Henry kalan ücreti ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine Krell dava açmıştır. İlk davada sözleşmede zımni koşul bulunduğu ifade edilerek davalı Henry lehine karar verilmiştir. Temyiz mahkemesi davacının temyiz talebini reddetmiştir. Hakim bu davadaki hukuki sorunu sözleşmede örtülü bir koşul olup olmadığı şeklinde çerçevelendirmiştir. Sözleşme yapılırken iki taraf da sözleşmenin arkasında yatan nedenin Henry'nin taç giyme törenini izlemek istemesi olduğunu biliyordu. Hakim taç giyme töreninin zamanında meydana gelmesi koşulunun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmediğine, aksine sözleşmeyi çevreleyen dış koşullardan bu şartın çıkarılabileceğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla sözlü delil kuralı (*parol evidence rule*) burada uygulanamamıştır. Hakim ilk olarak sözleşmenin özünü incelemiş ve sözleşmenin belirli bir durumun mevcudiyeti varsayımı üzerine kurulup kurulmadığını belirlemiştir. Daha sonra tarafların beyanlarını göz önünde bulundurarak Krell'in Henry'e odayı belli bir amaç (taç giyme törenini izlemek) için kullanma izni verdiğine karar vermiştir. Hakim durumu bir kimsenin kendisini yarışa götürmesi için bir taksi kiralaması ile karşılaştırmıştır. Hakim yarışın belirlenen günde gerçekleşmemesi durumunda kişinin sürücüyü ödeme yapmaktan kurtulamayacağını, ancak mevcut davadan farklı olarak otel odasının aksine taksinin sokağa bakan özel bir niteliği bulunmadığını ifade ederek sözleşme yapılırken taç giyme töreninin iptal edileceğinin taraflarca öngörülemez nitelikte bir olay olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme tören alayının geçişini sözleşmenin temeli (*foundation*) kabul etmiş ve taç giyme törenini sözleşmenin örtülü şartı (*implied condition*) olarak değerlendirmiştir. Günümüzde örtülü şart (*implied condition*) kavramının yerini tasavvurun boşa çıkması (*frustration*) kavramı almıştır. **Frick**, s. 215; **Arat**, s. 24-25.

³⁷³ **Frick**, s. 215; **Horn**, Changes, s. 20.

yapmanın zor olması, ticari sözleşmelerde ifa engellerinin çeşitli klorlar ile düzenlenmesi ve *frustration* durumunda sözleşmenin doğrudan sona ererek tarafları yükümlölüklerinden kurtarmasıdır³⁷⁴.

c. İtalyan Hukukundaki Aşırı Külfet (*Eccessiva onerosità*) Doktrini

İtalyan Medeni Kanunu ifa imkansızlığı da dahil olmak üzere sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluk ile ilgili olarak Türkiye, İsviçre, Fransa ve Almanya hukuklarındaki ilkelere paralel düzenlemeler içermektedir. Buna göre sözleşmenin ihlalinden sorumluluk kural olarak ifada bulunmayan tarafın kusurunu gerektirmektedir. Ancak İtalyan Medeni Kanunu 1467’nci ve 1468’inci maddelerinde *clausula rebus sic stantibus*’un modern şeklini içermektedir. Buna göre öngöröllemeyen gelişmelerin uzun vadeli sözleşme üzerinde taraflardan biri için aşırı külfet yaratan bir etkisi olması halinde sözleşme feshedilebilmekte veya yeni duruma uyarlanabilmektedir³⁷⁵. Ancak bu durum yalnızca tarafların öngöröllemeyen olayların riskini özel olarak tahsis etmediği sözleşmeler ile sürekli ve uzun vadeli sözleşmeler için geçerlidir. Sözleşmenin diğler tarafı meydana gelen değışikliğin aşırı külfet yarattığı tarafa hakkaniyete uygun bir sözleşme değışikliğı teklif ederek sözleşmenin feshini önleyebilmektedir. Burada kanun hükmü emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar sözleşmede bunun aksini kararlaştırabilir³⁷⁶.

³⁷⁴ **Frick**, s 216-217; **Horn**, Changes, s. 21; **Kösoğlu**, s. 13-14; **Arat**, s. 24-25.

³⁷⁵ Sözleşmenin akdedilmesinden sonra olağanüstü ve öngöröllemeyen olayların meydana gelmesi nedeniyle ortaya çıkan aşırı külfet sözleşmenin feshine neden olmaktadır. Bir yükümlölüğün yerine getirilmesi sözleşmenin akdinden sonra önemli ölçüde maliyetli hale geldiğinde aşırı külfet söz konusu olmaktadır. Burada külfet ve daha yüksek maliyet kavramı nesnel olmalıdır.

³⁷⁶ **Frick**, s. 217; **Horn**, Changes, s. 20; **Shabani, Faton**, “Changed Circumstances as Ground for Non-Performance of Contracts (An Overview of Macedonian Contract Law)”, EJSDR, V. 2, Issue 1, 2017, s. 22-23.

SONUÇ

Geçtiğimiz yüzyıldaki teknik, ekonomik, sosyal gelişmeler isimsiz uluslararası sözleşmeler adı verilen yeni bir sözleşme türü yaratmıştır. Bu sözleşmeler meydana gelen gelişmelerin yalnızca bir sonucu değil, aynı zamanda kurucusudur. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin en tipik örnekleri; joint venture sözleşmeleri, inşaat sözleşmeleri, franchising sözleşmeleri ve benzer uzun soluklu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin büyük bir çoğunluğu farklı ülkelerden taraflara sahiptir. Bu da isimsiz uluslararası sözleşmelerin uluslararası nitelikte olmasına neden olmaktadır.

Genellikle tarihi nedenler ile ulusal hukuk sistemleri tarafından ele alınmayan isimsiz sözleşmelerin kendisine has belirli ayırt edici nitelikleri bulunmaktadır. Bu nitelikler; uzun soluklu olması, teknik nitelik ve hacim, ihlal olasılığı, ihlale karşı duyarlılık, karmaşıklık (kompleks olma), dahil olan tarafların sayısı, tarafların karşılıklı bağımlılığı ve iş birliği ihtiyacıdır.

İsimsiz sözleşmelerin hukuki nitelikleri bunları diğer sözleşmelerden ayırt eden bazı ekonomik faktörler ile ilgilidir. İsimsiz sözleşmeler sözleşme ile firma arasındaki özel örgütsel (organizasyonel) bir biçim olarak görülmektedir. Taraflar arasındaki ilişkinin simbiyotik niteliği sürdürülmesi gereken özel karşılıklı ilişkilere yol açmaktadır. İsimsiz sözleşmelerin tarafları aralarında doğacak uyuşmazlıklarda feshin bir seçenek olmadığını önceden bilmektedir. Bu nedenle taraflar sözleşmede uyarılama, yeniden müzakere, aşırı ifa güçlüğü ve benzer klozları açık ve kesin olarak belirterek sözleşme esnekliğini sağlamaktadır.

İsimsiz sözleşmelerin büyük çoğunluğu tahkim klozu (şartı) içermektedir. Bu nedenle isimsiz sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar genellikle ulusal yargılamalara konu olmamaktadır. Bunun diğer bir nedeni ulusal yasaların tarihi nedenler ile tek bir mantıksal anda paranın hizmet veya ürün karşılığında takas edildiği klasik sözleşmelere

odaklanmasıdır. Böyle bir kavram çerçevesinde yerel kanunlar tarafların edimlerinin sadece aylar veya yıllar aldığı değil, zaman içinde değiştiği bu sözleşmeler ile ilgili özel kurallara lüzum duymamıştır. Geleneksel görüş isimsiz uluslararası sözleşmelerin taraflarının yoğun ilişkisini ve karşılıklı bağımlılığını göz ardı etmektedir.

Uluslararası hakemler bu sözleşmelerin özel belirleyici nitelikleriyle ilgilenmek için oldukça farklı, ancak bağlantılı iki kavram geliştirmiştir. Hakemler bir taraftan sözleşme taraflarının uygunsuz ulusal hukuk kurallarından kaçınmalarına izin veren kanunlar ihtilafı kurallarını teşvik ederek gereken esnekliği sağlamıştır. Bu bağlamda *lex mercatoria* ve yumuşak kanunlar ihtilafı kuralları artan bir kabul görmüştür. Diğer taraftan ise hakemler isimsiz sözleşmeleri değişen koşullara uyarlama görevini giderek daha fazla üstlenmiştir. Öğreti ve yasalar *pacta sunt servanda* ilkesinin neredeyse sınırsız gücünü üstlenmeye devam ederken uluslararası hakemler sözleşmeleri belirli koşullar altında uyarlamak için ekonomik ve pratik ihtiyaçlara uyum sağlamanın yollarını bulmuştur.

Hakemler tarafından uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında ise tahkim ile ilgili çağdaş kurallar tarafların uygulanacak maddi hukuku seçebileceğini kabul etmektedir. Öğretide uluslararası sözleşme taraflarının açık bir hukuk seçimi yapmaması durumunda tarafların en azından karşı tarafın hukukunun uygulanmaması için zımni menfi bir seçim yaptığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Hakem heyetleri tahkim mahkemesinin yerinin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda değildir. Bunların *lex fori*'si yoktur. Bu doğrultuda yeni nesil kanunlar ihtilafı kuralları artık hakemlere uygulanacak hukuku veya hukuk kurallarını belirlemeleri için özel bir yöntem getirmemektedir. Bunlar hakemlerin uygun kuralları ya da uyuşmazlık ile en yakın bağlantıya sahip kuralları uygulamasına izin vererek büyük bir özgürlük sağlamaktadır. Uygulanacak maddi kuralları daha ayrıntılı şekilde belirtmek

için en uygun yöntem çeşitli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafını birlikte uygulamak veya uluslararası özel hukukun genel ilkelerini uygulamaktır.

Uyuşmazlık ile en yakın bağlantılı hukukun uygulanması için atıf hakemlere uygulanacak hukuku belirlemede esneklik sağlamaktadır. Burada hakemlerin dikkate almaları gereken husus uyuşmazlık ile en yakın bağlantıyı belirleyen tüm ilgili faktörleri dikkate almaktır. Hakemlerin şekilci kritere dayanan otomatik kanuni varsayımlara ve tek kurallara dayanmasına izin verilmemektedir. Hakemlerin tabiiyeti veya tahkim yeri gibi uyuşmazlığın maddi unsurları ile ilgisi olmayan ölçütler dikkate alınmamaktadır.

IRPG'nin 187'nci maddesi, ICC kurallarının 17'nci maddesi gibi yeni kanunlar ihtilafı kuralları altında hakemler *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda değildir. Bir tahkim kararı yalnızca kararın kamu düzenini ihlal etmesi ya da hakemlerin yetkilerini aşmaları halinde iptal edilebilmektedir.

İsimsiz uluslararası sözleşmelerin uzun soluklu özelliği ve sözleşme ilişkisini muhafaza etme amacı göz önünde bulundurulduğunda bu sözleşmelerin kendine has niteliklerinin hakemler tarafından uyarlanıp uyarlanamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bir sözleşmenin süresi ne kadar uzun olursa ilişkisel unsurlar o kadar önemlidir. Benzer şekilde bir sözleşmenin ifa planı ne kadar kompleks ise sözleşmenin uyarlanması da o kadar gereklidir. Tarafların birçok soruyu açık bıraktığı, genel en iyi çaba ve muğlak iş birliği klozlarını kullandığı uzun vadeli isimsiz uluslararası bir sözleşme değişen şartlara uyarlandığında taraflardan birinin beklentileriyle nadiren çelişebilmektedir. Çünkü taraflar uyarlamanın fesihten kaçınmalarını sağlayacağını bilmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin ilişkisel nitelikleri ile akdi ilişkiyi koruma amaçları dikkate alındığında değişen koşullar *clausula rebus sic stantibus*'un gerekliliklerini ve uygulanacak maddi hukukun benzer kavramlarını yerine getirmektedir. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin uyarlanması ekonomik riskleri de sınırlamaktadır.

Kanaatimce değişen koşullar durumunda uyarlama kavramı en iyi değişen koşullara bağlı olarak meydana gelen sözleşme boşluğu düşüncesiyle açılanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle burada sözleşme, akdedildiği sırada tamamlanmış olmakla birlikte koşulların değişmesiyle noksan ve yetersiz hale gelmektedir. Taraflar uyarlama anında mevcut durum için bir anlaşma yapmadığından pacta sunt servanda ilkesi tehlikede değildir. Eğer sözleşmelerin uyarlanmasını açıkça yasaklayan bir lex arbitri kuralı yoksa hakemler uygulanacak maddi hukukun gerekliliklerinin yerine getirilmesi koşuluyla sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama yetkisine sahiptir.

Uygulamada ortaya çıkan farklı uyarlama klotlarının çeşitliliği, uzun sürelerle akdedilen sözleşmelerin taraflarının genellikle riskleri paylaştırmak ve nitelendirmek için önemli kaynakları genişletmemeye karar verdiğini göstermektedir. Ancak uzun süreler ile akdedilen sözleşmeler bu şekilde bir hüküm içermiyorsa sözleşmeleri yeniden müzakere etme yükümlülüğünü üstlenmenin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Hakemlerin uygulanacak maddi hukukun gerekliliklerinin yerine getirilmesi koşuluyla sözleşmeleri değişen koşullara uyarlamasına izin veren kavram devam eden ilişki boyunca tahkim sürecinin erken başlamasını da sağlamaktadır.

Uygulanacak maddi hukukun ya da kuralların daha esnek bir şekilde belirlenmesine yönelik eğilim ve sözleşmeleri değişen koşullara uyarlama kavramı çağdaş uluslararası tahkimin olanaklarını arttıran önemli gelişmelerdir. Bunlar tarafların hakemlere oldukça geniş bir yetki verdiğini kabul eden ulusal hukuk sistemleri uyarınca uzun soluklu bir gelişmede bir sonraki adım olarak görölmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul, 2016.
- AKYOL, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul, 1995.
- ARAL, Fahrettin/**
- AYRANCI, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara, 2020.
- ARAT, Ayşe** : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.
- ATAMER, Yeşim M.** : “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM, C. LXIII, S. 1-2, 2005.
- AYDEMİR, Fatih** : Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, 2017.
- AYGÜL, Musa** : “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 2004.
- AYHAN İzmirli, Lale** : “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı”, ERÜHFD, C. XV, S. 2, 2020.
- AYRANCI, HASAN** : Enerji Sözleşmeleri, Ankara, 2010.
- BALKAR BOZKURT, Süheyla** : “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bir Bakış”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2011/1, İstanbul, s. 144-145.

- BAYATA CANYAŞ, Aslı** : AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, 2012.
- BERGER, Klaus Peter** : International Economic Arbitration, Berlin, 1993.
- BİNGÖL, F. İtir** : “Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku’ndaki Yeri”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.
- BÖCKSTIEGEL, Karl Heinz** : “ICC Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht eines Schiedsrichters”, Vol. 8, Cologne, 1989.
- BUCHER, Andreas/ TSCHANZ, Pierre-Yves** : “Das Kapitel 11 des IPR-Gesetzes über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, Festschrift Moser, Zurich, 1987.
- : International Arbitration in Switzerland, Basel, 1989 (Arbitration).
- BUDAK, S. Aslı** : “Türk Eser Sözleşmeleri Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri”, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018.
- CONNERTY, Anthony** : “Lex Mercatoria: Is Relevant to International Commercial Arbitration?”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014.
- CRAIG, W. Laurence/ PARK, William W./ PAULSSON, Jan** : International Chamber of Commerce Arbitration, New York, 1990.

- ÇALGIN, Nazmiye** : “İş Sahibi-Yüklenici-Alt Yüklenici İlişkilerinde Yaşanan Sorunlar”, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018.
- ÇELİKER, Cem** : “Sözleşme Görüşmeleri Safhasında Adil Risk Paylaşımına İlişkin Prensiplerin Gözetilmesi ve Bunun İleride Doğabilecek İhtilafların Engellenmesi Üzerine Etkileri”, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018.
- DASSER, Felix** : Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria, Zurich, 1989.
- DEBEVOISE, Whitney** : “The Arbitrability of Gaps in Long Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts”, 17. Harv. Int. Law Journal 122, 1976.
- DRAETTA, Ugo/**
- LAKE, Ralph B/**
- NANDA, Ved B.** : “Breach And Adaptation of International Contracts: An Introduction to Lex Mercatoria”, International Journal of Legal Information, Volume 20, Issue 2, New York, 1992.
- DURAL, MUSTAFA** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- DUXBURY, Robert** : Contract in a Nutshell, London, 1987.
- EKŞİ, Nuray** : “FIDIC Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin 20. Maddeden Kaynaklanan Sorunlar”, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm

Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018 (FIDIC).

EKŞİ, Nuray : Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul, 2013.

ELÇİN, Doğa : “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, TAAD, S. 33, Ocak 2018.

ERDEM, H. Ercüment : “Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014.

ERDEM, B. Bahadır : “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014.

ERDOĞAN, Feyiz : “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Muhtemel Uyuşmazlıkların Çözümü”, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları- I, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018.

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013.

ESKİYÖRÜK, Serhat : “Towards a Transnational Dispute Resolution”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Eskiyörük, Serhat, İstanbul, 2014.

FOUCHARD, Philippe : L’Arbitrage Commercial International, Paris, 1965.

FRICK, Joachim G. : Arbitration And Complex International Contracts, Zürich, 2001.

GAUCH, Peter/

SCHLUEP, Walter R./

SCHMID, Jörg/

REY, Heinz : “Schweizerisches Obligationenrecht”, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 8. Aufl., Zurich, 2003.

GEISINGER, Elliott : “Tahkim Uygulamasında Zarar Miktarının Hesaplanması ve İspatı”, çev. Gökçe Kurtulan, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018.

GILLETTE, Clayton : “Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long Term Contracts”, 75 Cal. L. Rev. 521, 1987.

GOLDMAN, Berthold : “Les Conflicts de Lois Dans L’Arbitrage International de Droit Privé”, 109 II Rec. Des Cours 347, 1963.

GÖZÜBÜYÜK,

Abdullah Pulat : “Olağanüstü Sebepler veya Beklenmedik Haller Hukuku”, AD., 1953.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2012.

GÜRSOY, Kemal Tahir : Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevisyon Nazariyesi), Ankara, 1950.

GÜVEN, Koray : “Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim”, İ.Ü. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 34, S. 2, Ağustos 2014.

HAARMANN, Wilhelm : Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Berlin, 1979.

- HARRISON, Jeffrey** : “A Case For Loss Sharing”, 56 Southern California L. Rev., 1983.
- HELVACI, İhsan** : Türkçe-Fransızca-Almanca-İngilizce Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Terimleri ve Kullanım Örnekleri, İstanbul, 2021.
- HILLMAN, Robert A.** : “Court Adjustment of Long Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law”, Duke Law Journal 1, 1987.
- HONSELL, Henrich** : “Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht”, Obligationenrecht, Article 1-529, Basle, 1996.
- HORN, Norbert** : “Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law”, ed. Horn, Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Deventer, 1985(Changes).
- : Standard Clauses on Contract Adaptation in International Commerce, Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 1986 (Standard Clauses).
- : “Vertragsbindung unter veränderten Umständen-Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen”, NJW, 1985 (NJW).
- : Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (AcP).
- : Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, Köln, 1981.
- HUBER, Lucius** : Das Joint Venture im Internationalen Privatrecht, Zurich, 1992.

- IŞIKTAÇ, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul, 2014.
- JAKUBOWSKI, Jerzy** : "Reflection on the Philosophy of International Commercial Arbitration and Conciliation", In the art of Arbitration: Essays on International Arbitration, ed. Schultsz, Jan C./Berg Albert Jan van der, 1982.
- KAPLAN, İbrahim** : Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987.
- : İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013 (İnşaat Sözleşmeleri Hukuku).
- KAYA, Ümmühan** : “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul, 2016.
- KILIÇ ÖZTÜRK, Gizem** : Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Ankara, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2020.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞ-
LU, Necip** : Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, İstanbul, 1985.
- KONURALP, Cengiz
Serhat** : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011.
- KÖSOĞLU, Mehmet** : Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozları, (Yayımlanmamış Y.L. Tezi), İstanbul, 2010.
- KRONMAN, Anthony** : “Specific Performance”, 45 Chicago Law Review 351, 1978.
- KUNTALP, Erden** : Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Ankara, 2013.

- KURŞAT, Zekeriya** : İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017.
- LANDO, OLE** : “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, Ed. Sarcevic, Petar, Essays on International Commercial Arbitration, London, 1989.
- LASTENOUSE, Pierre** : “Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene”, Journal of International Arbitration, 1999.
- LENZ, Claus H.** : “Yüklenicilerin ve İş Sahiplerinin Taleplerinin İleri Sürülmesine İlişkin Usuller ve Potansiyel Tehlikeler”, çev. Gökçe Kurtulan, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Ed. Atamer, Yeşim M./Baş Süzel, Ece/Geisinger, Elliott, İstanbul, 2018.
- LEW, Julian D.M.** : Contemporary Problems in International Arbitration, London, 1987.
- LLEWELLYN, Karl** : “On Warranty of Quality And Society”, Columbia Law Review, 341, 1937.
- LLOYD, Humphrey** : “Ansätze zur Anpassung und Streitbeilegung bei Langzeitverträgen”, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 1986.
- MACNEIL, Ian R.** : “Barriers to the Idea of Relational Contracts”, ed. Nicklisch, Fritz, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht, 1986 (Relational Contracts).
- : “Economic Analysis of Contractual Relations”, 75 Northwestern U.L. Revision 1018, 1981 (Contractual Relations).

- : “Reflections on Relational Contract”, 141 ZgS, 1985.
- : “The Many Futures Of Contract”, Southern California Rev., 1974 (Futures of Contract).
- MANN, Francis A.** : “The Aminoil Arbitration”, 54 Brit. Y.B. INT’l L. 213, 1983.
- MARRELLA, Fabrizio** : “Lex Mercatoria and The Unidroit Principles: A Shock Or A New Chapter Of Contemporary Private International Law?”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet Cemil/Serhat, Eskişehir, İstanbul, 2014.
- MÜLLER, Peter/
GRAFF, Christian** : “Long Term Business Relations: Conflicts and the Law”, 141 ZgS, 1985 (Conflicts and the Law).
- : “Zeitschrift für die gesamte staatswissenschaft”, Journal of Institutional and Theoretical Economics, V. 141, December 1985.
- NICKLISCH, Fritz** : “Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge”, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986.
- OBA, Meltem Ece** : “Anayonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı”, TBB Dergisi, 2017 (129).
- OERTMANN, Paul** : Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921.
- OFTINGER, Karl** : Die kriesenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. Clausula rebus sic stantibus), SJZ 26 (1939/40), S. 247.

OĞUZMAN, Kemal/

BARLAS, Nami : Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2000.

OĞUZMAN, Kemal/

ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 18. Baskı, İstanbul, 2020.

OKTAY, Saibe : “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFM, 1996, C. LV.

OLCAY, Sinan : Borçlar Hukuku Açısından Sözleşmelerin Uygulanma Alanının Belirlenmesi Sorunu, Özellikle Taksitle Satış Sözleşmesi Örneği, (Yayımlanmamış Y.L Tezi), Ankara, 2016.

PAULSSON, Jan : “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin”, 30 ICLQ, Cambridge, 1981.

..... : “Delocalization of International Commercial Arbitration
32 International&Comparative Law Journal 53, 1983
(Delocalization).

PIETRANCOSTA,

Alain : German-French Symposium on Company Law and Capital Markets Law, Max Planch Institute, 2016.

POSNER, Richard A./

ROSENFELD, Andrew M.: “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, Journal of Legal Studies, V. 6, No:1, 6th Article, 1977.

PULAŞLI, Hasan : Şarta Bağlı Hukuki İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.

- RADO, Türkan** : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1992.
- REDFERN, Alan/**
- HUNTER, J. Martin** : Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd ed., London, 1999.
- : International Arbitration (Arbitration), 2nd ed., Oxford.
- RÖSLER, Hannes** : “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, çev. Tülay Aydın Ünver, İÜHFM, C. LXVI, S. 1, 2008.
- RUBINO**
- SAMMARTANO, Mauro** : International Arbitration Law, Deventer, Boston, 1990.
- SCHMIEDLIN, Stefan** : Frustration of Contract und Clausula Rebus Sic Stantibus, Eine Rechtsvergleichende Analyse, Basle Univ. Diss., Frankfurt, 1985.
- SCHMITTHOFF,**
- Clive M.** : “Hardship and Intervener Clauses”, The Journal of Business of Law, London, 1980.
- SEROZAN, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2019.
- SEROZAN, Rona** : İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme İstanbul, 2009 (İfa Engelleri).
- SEROZAN, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975 (Dönme).
- SHABANI, Faton** : “Changed Circumstances as Ground for Non-Performance of Contracts (An Overview of Macedonian Contract Law)”, EJS DR, V. 2, Issue 1, 2017.
- SİRMEN, Lale** : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.
- SOPATA, Lisa** : “Mitsubishi Motors Corp. v. Soler ChryslerPlymouth”, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims,

Northwestern Journal of International Law and Business,
V. 3, Issue 3, Spring 1986.

SPEIDEL, Richard : “Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts”, 76 Northwestern U. Law Review 369, 1981.

SULZER, Stefan Robert : Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich, 2002.

ŞAHİN, Hale : Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara, 2020.

ŞANLI, Cemal : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa Bağışlama, C.I/1, 6. Baskı, İstanbul, 2008.

TEZCAN, Mehmet : Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, (Yayımlanmamış Y.L. Tezi), Ankara, 2004.

TOPUZ, Seçkin : Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulası ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara, 2009.

TREIBEL, Volker/

PETZOLD, Eckart : “Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, 34 RIW, 1988.

TREITEL, Guenter : The Law Of The Contract, London, 1999.

TÜMERDEM, Murat : Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Ankara, 2018.

UÇARYILMAZ,

Talya Şans : “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, TBB Dergisi, 2018.

VON MEHREN, Arthur : “To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous”, ed. Fouchard/Kahn/Lyon-Caen, Le Droit des Relations Économiques Internationales, Études offertes à Berthold Goldman, Paris, 1982.

WEICK, Günter : Vereinbarte Standardbedingugn im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, 1977.

YAĞCI, Salim Serdar : “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017.

YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2012.

YENER KESKİN, Cansu : Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi, İstanbul, 2017.

YEŞİLOVA, Bilgehan : “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, TBB Dergisi, S. 76, 2008.

YILMAZ, Ejder : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2013.

YÜCER AKTÜRK, İpek : İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, 2016.

ZWEIGERT, Konrad/

VON HOFFMAN, Bernd : “Internationale Joint Venture”, Festschrift für Martin Luther Zum 70th Geburtstag, Munich, 1976.

www.yargitay.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

Mahkeme Kararları

Yargıtay HGK 10.10.2019 T., 2017/143 E. 2019/1055 K. (e.t. 23.01.2021).

Yargıtay HGK 12.11.2014 T., 2014/1614 E. 2014/900 K. (e.t. 27.01.2021).

Yargıtay HGK 06.02.2020 T., 2017/520 E. 2020/96 K. (e.t. 24.01.2021).

Yargıtay HGK 23.09.2020 T., 2017/1251 E. 2020/673 K. (e.t. 01.02.2021).

Yargıtay HGK 07.07.2020 T., 2019/621 E., 2020/530 K. karşı oy (e.t. 01.02.2021).

Yargıtay HGK 24.06.2020 T., 2016/603 E., 2020/462 K. (e.t. 01.02.2021).

Yargıtay HGK 2013/1913 E. 2015/1260 K. (e.t. 21.12.2020).

Yargıtay 3. H.D. 12.11.2019 T., 2017/14562 E. 2019/9074 K. (e.t. 27.01.2021).

Yargıtay 3. H.D. 17.03.2016 T. 2015/7901 E. 2016/4120 K. (e.t. 14.02.2021).

Yargıtay 11. H.D. 07.10.2020 T., 2019/83 E. 2020/3914 K. (e.t. 23.01.2021).

Yargıtay 11. H.D. 26.06.2020 T., 2018/5089 E. 2020/3243 K. (e.t. 24.01.2021).

Yargıtay 13. H.D. 14.10.2019 T., 2018/2556 E. 2019/9872 K. (e.t. 27.01.2021).

Yargıtay 13. H.D. 25.11.2019 T., 2017/4038 E. 2019/11484 K. (e.t. 14.02.2021).

Yargıtay 15. H.D. 02.05.2016 T. 2016/442 E. 2016/2507 K. (e.t. 27.01.2021).

Yargıtay 15. H.D. 02.06.2020 T., 2019/3771 E. 2020/1216 K. (e.t. 27.01.2021).

Taylor v. Caldwell (1863) 3 B&S 826 (**Treitel, Guenter**, a.g.e., s. 805-806).

Krell v. Henry (1903), 2. K.B. 740.

Dubai Electricity Co. v. Iran Shipping Lines [1984] 2 Lloyd's Rep. 380 (**Bayata Canyaş**, a.g.e., s. 14).

Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, US Supreme Court, 1985, No. 83-1569 (**Sopata**, a.g.m., s. 595-617).

Tahkim Kararları

Framatome v. Atomic Energy Organisation of Iran (1982), ICC Case No. 3896 (**Güven**, a.g.e., s. 39).

Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company (NIOC) Ad Hoc Case (14.01.1982) (**Güven**, a.g.m., s. 42).

Sapphire v. National Iranian Oil Co. (15.03.1963, ILR., 35) (**Güven**, a.g.m., s. 43-44).

Westinghouse International v. The Republic Of Philippines (1991) ICC Case No. 6401 (**Frick**, a.g.e., s. 61-62).

Kuwait v. Aminoil Ad Hoc Arbitration Case (1982) (**Mann**, a.g.m., s. 127).

Pabalk v. Norsolor S.A. (26.10.1979) ICC Case No.2121 (**Güven**, a.g.m., s. 46-47).

ÖZET

İSİMSİZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE TAHKİM

Aslankoç, Yasemin

Yüksek Lisans, Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Hasan AYRANCI

Haziran 2021, 166 sayfa

Bu tezin konusunu “İsimsiz uluslararası sözleşmeler ve tahkim” oluşturmaktadır. İsimsiz sözleşmeler teknik, ekonomik, sosyal gelişmeler ile bu gelişmelere bağlı olarak değişen bireysel ve toplumsal ihtiyaçların bir sonucu ve bu gelişmelerin kurucusudur. İsimsiz uluslararası sözleşmelerin kanunlarda düzenlenmemiş olması tarafların uygulanacak hukuk, uyarlama ve tahkim klostarı gibi kayıtlar ile detaylı sözleşmeler hazırlayarak kendi çözümlerini bulmalarına neden olmaktadır. İsimsiz uluslararası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde genellikle tahkim tercih edilmektedir. Bu sözleşmelerde ticari tahkimin neredeyse özel bir nitelik haline geldiğini söylemek mümkündür. Tarafların tahkimi tercih etmesi bu sözleşmeler ile ilgili yargı kararlarının oluşmamasına neden olmaktadır. Bu tezin konusu isimsiz sözleşmelerin ayrı ayrı incelenmesi olmadığından bu sözleşmelerin ortak özelliklerine ve uygulamada en çok karşılaşılan sorunlara değinilerek geçmiş tahkim kararları ışığında uyuşmazlıklara bulunan çözümler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İsimsiz sözleşme, isimsiz uluslararası sözleşmeler, sözleşmenin uyarlanması, tahkim, uzun vadeli sözleşmeler, anahtar teslim sözleşmesi, franchising sözleşmesi, know-how, işlem temeliniin çökmesi, mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğü, IPRG, MÖHUK, delokalizasyon, anasyonel, yeniden müzakere yükümlülüğü.

ABSTRACT

COMPLEX INTERNATIONAL CONTRACTS AND ARBITRATION

Aslankoç, Yasemin

Master's Degree, Private Law

Supervisor: Hasan AYRANCI

June 2021, 166 pages

The subject of this dissertation is “complex international contracts and arbitration”. Complex international contracts are a result of the technical, economic, social developments. They are at the same time promoters of such development. The fact that complex contracts were not regulated by national legislatures causes that parties find their own solutions by drawing up contracts with the clauses such as applicable law, adaptation and arbitration clauses. The dispute resolution mechanism that is preferred in complex international contracts is usually commercial arbitration. It can be said that commercial arbitration has become a speciality in these contracts. The fact that parties prefer arbitration causes the judicial decisions. Since the subject of this dissertation is not to analyse each of complex contract separately, the common characteristics of these contracts and the solutions to conflicts in the light of prior arbitral awards have been analysed.

Keywords: complex contract, complex international contracts, adaptation of contract, arbitration, long term contracts, turnkey agreement, franchising, know-how, collapse of the underlying basis of the transaction, force majeure, hardship, IPRG, MÖHUK, delocalization, anational, renegotiation duty.