

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
Sena ŞEKERCİ**

**TEZ DANIŞMANI
Prof.Dr. Fikret EREN**

ANKARA – 2010

ÖZET

Hızla gelişen dünyada, artan nüfusun barınma, ısınma, ulaşım, üretim gibi konulardaki ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan inşaat sektörü de kendini geliştirmektedir. Bu gelişimin en büyük sebebi ise teknolojiye yenilikler, makineleşme ve artan ihtiyaçlardır. Artık, inşaat sektöründe hızlı, güvenilir ve sağlam adımlara, bunun yanında da yeni sözleşmelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu suretle, hem bireylerin hem de devletin özellikle termik santral, baraj, köprü, yol, su kanalları gibi büyük çaplı inşaat taleplerinin karşılanması amacıyla, yeni sözleşme türleri uygulanmaktadır. Bunlardan biri de tez konumuzu oluşturan anahtar teslimi inşaat sözleşmesidir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmelerinin farklı bir uygulaması olarak karşımıza çıkar. Bu sözleşmelerde, müteahhit, projenin tasarımından inşa eserinin yapılıp teslimine kadar bütün sorumlulukları üzerine almakta, bunun karşılığında iş sahibi sabit bir ücret ödemektedir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri genellikle, kredi veren kurumların ve iş sahiplerinin kesin bir sözleşme bedeli üzerinde anlaşmak istemeleri üzerine akdedilmektedir. Çoğu zaman iş sahiplerinin inşaatın değerinden yüksek bir götürü bedel üzerinde anlaşmaları, sonradan sürpriz fiyatlarla karşılaşmak istememelerinden kaynaklanmaktadır. Böylece, tek taraflı olarak sorumlu tutulan müteahhit, hem sözleşmenin uygulanmasından doğan risklere hem de sözleşme bedelinden doğabilecek risklere katlanmaktadır. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin böyle yüksek risk taşıyan bir sözleşme oluşu, onu bütünüyle inceleme ihtiyacı doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: “Anahtar teslim”, “götürü ücret”, “sabit ücret”

ABSTRACT

In a rapidly developing world, the construction industry which is necessary for satisfying the growing population's needs as sheltering, warming, transportation and manufacturing, is also developing. The most important reasons of this developing are, technological renewals, labor displacement and increasing necessities. From now on, rapid, safety and certain steps and also new types of contracts are needed in the construction industry. For this reason, new types of contracts are being implemented by both the government and the individuals to cover the large-scaled construction demands like, especially thermal power plant, barrage, bridge, road, water carrier. One these new types of contract is the turnkey contract which is the subject of our thesis.

Turnkey contract is an another practice of construction contracts. In this type of contracts, contractor is responsible for the design, construction and delivery of the plant or the building and employer is responsible to pay a lump-sum price. Turnkey contracts are generally formed when the lenders and employers want to agree with a certain, definite contract price. Mostly, employers agree at a price which is higher than the real value of the construction because, they don't want to come up against with surprising prices. Thus, contractor is responsible for every risks of the contract, whether the risks exist because of the execution of the contract or the price of the contract. There is a need to fully examine turnkey contracts for the reason that turnkey contracts are high-risk contracts.

Key words: "turnkey", "turnkey contract", "lump-sum", "plant and design", "EPC".

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	
GENEL OLARAK ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİ	3
1.1 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARAFLARI	
1.1.1. Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Tanımı	3
1.1.2. Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Tarafları.....	5
1.1.2.1 Müteahhit.....	5
1.1.2.1.1 Gerçek Kişi Müteahhit.....	6
1.1.2.1.2 Tüzel Kişi Müteahhit.....	6
1.1.2.1.3 Joint Venture=Ortak Girişim ve Konsorsiyum Şeklinde Müteahhit.....	7
1.1.2.1.4 İş Sahibi ile Müteahhidin İşletmede İşbirliği.....	8
1.1.2.1.5 Alt Müteahhitlik.....	8
1.1.2.2 İş Sahibi.....	9
1.1.2.2.1 Gerçek Kişi İş Sahibi.....	9
1.1.2.2.2 Tüzel Kişi İş Sahibi.....	9
1.1.2.2.2.1 Özel Tüzel Kişi İş Sahibi.....	9
1.1.2.2.2.2 Kamu Tüzel Kişisi İş Sahibi.....	9
1.1.2.3 Müşavir Mühendis.....	10
1.2 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	13
1.2.1. Bir İnşa Eseri Meydana Getirme.....	13

1.2.1.1 İnşa Eseri Kavramı.....	13
1.2.1.2 Meydana Getirme(İNŞA Etme=Yapma) Kavramı.....	15
1.2.2. Ücret Unsuru.....	15
1.2.3. Anlaşma Unsuru.....	16
1.2.3.1 Genel Olarak.....	16
1.2.3.2 Sözleşmenin Tâbi Olduğu Şekil.....	16
1.2.3.3 Sözleşmenin Hazırlanması.....	17
1.3 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	19
1.3.1 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir.....	20
1.3.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir.....	20
1.3.3 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşme Olmakla Birlikte Bazı Yönleriyle Sürekli Sözleşme Benzeri Bir Sözleşmedir.....	21
1.3.3.1 Genel Olarak Ani Edim ve Sürekli Edim Kavramı.....	21
1.3.3.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinden Doğan Edimin Ani Olduğuna İlişkin Görüşler.....	21
1.4 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	22
1.4.1 Genel Olarak.....	22
1.4.1.1 Karma Sözleşmeler.....	23
1.4.1.2 Sui Generis(Kendine Özgü Yapısı Olan) Sözleşmeler.....	24
1.4.1.3 Bileşik Sözleşmeler.....	25
1.4.1.4 Hukuk Kurallarının Uygulanması.....	25
1.4.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler.....	26
1.5 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN YARARLARI VE SAKINCALARI.....	27
1.5.1 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Yararları.....	27
1.5.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Sakıncaları.....	29
BÖLÜM II	
ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI.....	31
2.1 MÜTEAHHİTİN BORÇLARI.....	31

2.1.1 Müteahhidin İnşa Eseri Meydana Getirme (İnşaat Yapma) Borcu.....	32
2.1.1.1 Müteahhidin İşi Şahsen Yapma veya Başkasına Yaptırma(Alt Müteahhitlik)Borcu.....	34
2.1.1.1.1 Müteahhidin İşi Şahsen Yapması veya Kendi Yönetimi Altında Yardımcı Kişilere Yaptırması.....	35
2.1.1.1.2 Müteahhidin İşin Bir Kısımını veya Tamamını Başkasına Yaptırması (Alt Müteahhitlik).....	36
2.1.1.2 Müteahhidin İnşa Eserinin Meydana Getirilmesi İçin Gerekli Araç Gereçleri ve Malzemeyi Sağlama Borcu.....	37
2.1.1.2.1 Araç ve Gereçlerin Sağlanması.....	38
2.1.1.2.2 Malzemenin Sağlanması.....	40
2.1.1.3 Müteahhidin Özen Gösterme ve Sadakat Borcu.....	42
2.1.1.3.1 Genel Olarak.....	42
2.1.1.3.2 Müteahhidin Başlıca Özen Yükümlülükleri.....	44
2.1.1.3.3 Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları.....	45
2.1.2 Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcu.....	47
2.1.2.1 Genel Olarak.....	47
2.1.2.2 İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcuna Aykırılık Oluşturan Haller.....	48
2.1.2.3 Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları.....	49
2.1.3 Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcu.....	50
2.1.3.1 Genel Olarak.....	50
2.1.3.2 İnşa Eserinin Teslim Zamanı ve Yeri.....	52
2.1.3.3 Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları.....	54
2.1.3.3.1 Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Şartları.....	54
2.1.3.3.2 Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Sonuçları.....	56
2.1.4 Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	60
2.1.4.1 Genel Olarak Ayıp Kavramı.....	61

2.1.4.2 Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları.....	62
2.1.4.2.1 Ayıba Karşı Tekeffülün Maddi Şartları.....	62
2.1.4.2.1.1 Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır.....	62
2.1.4.2.1.2 Eser ayıplı olmalıdır.....	63
2.1.4.2.1.3 Ayıp iş sahibine yükletilmemelidir.....	65
2.1.4.2.1.4 İş sahibi eseri kabul etmemiş olmalıdır.....	66
2.1.4.2.1.5 Ayıba karşı tekeffülden doğan hak zamanaşımına uğramamış olmalıdır.....	66
2.1.4.2.2 Ayıba Karşı Tekeffülün Kullanım (Şekli) Şartları.....	67
2.1.4.2.2.1 İş sahibinin eseri muayene külfeti.....	67
2.1.4.2.2.2 İş sahibinin ayıbı ihbar külfeti.....	68
2.1.4.3 İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları.....	69
2.1.4.3.1 Genel Olarak.....	69
2.1.4.3.2 İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	69
2.1.4.3.3 İş Sahibinin Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı.....	71
2.1.4.3.4 İş Sahibinin Ayıbın Giderilmesini(Düzeltilmesini) İsteme Hakkı.....	72
2.1.4.3.5 İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı.....	74
2.1.5 Müteahhidin Diğer Borçları.....	75
2.2. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI	78
2.2.1 Genel Olarak.....	79
2.2.2 Ücret Ödeme Borcu.....	79
2.2.2.1 Genel Olarak İnşa Eseri Ücretinin Türleri.....	79
2.2.2.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinde Uygulanan Götürü Ücret ve Türleri.....	80
2.2.2.2.1 Toptan Götürü (Sabit- Anahtar Teslimi)Ücret (Lump-Sum Price).....	80
2.2.2.2.2 Global Götürü Ücret (Global Price).....	83
2.2.2.2.3 Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Götürü Ücret(Birim Fiyatlı Ücret) (Unit Price).....	83

2.2.2.3 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinde Geçerli Olan Götürü Ücrette Önceden Öngörülemeyen Haller Nedeniyle Ücretin Attırılması veya Sözleşmenin Feshi.....	86
2.2.2.3.1 Genel Olarak.....	86
2.2.2.3.2 Borçlar Kanunu m. 365/2'nin Uygulanması İçin Gerekli Şartlar.....	86
2.2.2.3.2.1 Önceden Tahmin Edilemeyen veya Tahmin Edildiği Halde Taraflarca Dikkate Alınmayan(Gerçekleşmeyeceği Varsayılan) Hallerin Ortaya Çıkması.....	87
2.2.2.3.2.2 Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Hallerin İnşaatın Tespit Edilen Götürü Bedelle Tamamlanmasına Engel Olması veya Bunu Aşırı Derecede Güçleştirmesi.....	89
2.2.2.3.2.3 Olağanüstü Halin Meydana Gelmesine Müteahhidin Kusurunun Neden Olmaması	91
2.2.2.3.2.4 Müteahhidin Olağanüstü Hali İş Sahibine İhbar Etmiş Olması.....	92
2.2.2.3.2.5 Taraflarca Sözleşmeye Her Türlü Değişen Hal ve Şartlara Rağmen Müteahhidin Fesih ve Bedelin Arttırılması Yoluna Başvurmayacağına Dair Kayıt Koyulmuş Olması.....	93
2.2.2.3.2.6 Müteahhidin İnşaat Edimlerini Henüz İfa Etmemiş Olması.....	95
2.2.3 İş Sahibinin Diğer Borçları.....	95

BÖLÜM III

ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....97

3.1 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ97

3.1.1 İfa Nedeniyle Sona Erme.....97

3.1.2 İfa İmkansızlığı(Eserin Yok Olması) Nedeniyle Sona Erme.....97

3.1.2.1 İnş Eserinin İfasının Umulmayan Bir Olay Nedeniyle İmkansızlaşması.....98

3.1.2.2 İnş Eserinin İfasının İş Sahibinin Bir Fiili veya Şahsında Ortaya Çıkan Umulmayan Bir Olay Nedeniyle İmkansız Hale Gelmesi.....99

3.1.2.3 İnşa Eserinin İfasının Müteahhidin Şahsında Ortaya Çıkan Umulmayan Bir Olay Nedeniyle İmkansız Hale Gelmesi.....	100
3.1.3 İş Sahibinin Tazminat Ödeyerek Sözleşmeyi Feshetmesi (BK m. 369).....	101
3.1.3.1 Genel Olarak.....	101
3.1.3.2 Feshin Şartları.....	102
3.1.3.2.1 İnşa Eseri Henüz Tamamlanmamış Olmalıdır.....	102
3.1.3.2.2 İş Sahibi Feshi Müteahhide Bildirmelidir.....	103
3.1.3.3 İş Sahibinin Sözleşmeyi Feshinin Hüküm ve Sonuçları.....	104
3.1.3.3.1 Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi.....	104
3.1.3.3.2 Sözleşmenin İfa Edilen Kısmının Bedelinin Verilmesi.....	104
3.1.3.3.3 Müteahhidin Tüm Zararının Tazmini.....	105
3.1.4 İş Sahibinin Müteahhidin İşe Zamanında Başlamaması veya İş Geciktirmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi.....	106
3.1.5 İş Sahibinin İnşa Eserinin Ayıplı Olması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi.....	107
3.1.6 Temerrüt Nedeniyle Sözleşmeden Dönme.....	107
3.1.7 Götürü Ücretli Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Olaylar Nedeniyle Hakim Tarafından Feshi.....	107
3.2 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR.....	108
3.2.1 Genel Olarak.....	108
3.2.2 Uyuşmazlıkların Devlet Mahkemelerinde Çözülmesi.....	108
3.2.3 Alternatif Çözüm Yolları.....	110
3.2.4 Tahkim.....	113

3.2.4.1 Genel Olarak Tahkim ve Faydaları.....	113
3.2.4.2 Tahkimin Türleri.....	114
3.2.4.2.1 İhtiyari Tahkim- Zorunlu Tahkim.....	114
3.2.4.2.2 Kurumsal(Organize)Tahkim- Ad-Hoc Tahkim.....	114
3.2.4.2.3 İki Taraflı Tahkim-Çok Taraflı Tahkim.....	115
3.2.4.2.4 Milli(İç) Tahkim- Milletlerarası Tahkim.....	116
SONUÇ.....	121
KAYNAKÇA.....	124

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AIA	: The American Institution of Architects
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	: Borçlar Kanun
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DAB	: Dispute Adjudication Board
DBIA	: The Design Build Institute of America
EIC	: European International Contractors
ENAA	: Engineering Advancement Association of Japan
EPC	: Engeering-Procurement-Construction
FIDIC	: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseil
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICE	: Institute of Civil Engineers
Inc.	: Incorporation
JdT	: Journal des Tribunaux
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

LCIA	: London Court Of International Arbitration
No.	: Numara
NY	: New York
p.	: page
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCLA	: University Of California, Los Angeles
UNCITRAL	: United Nations Commission On International Trade Law
v.	: versus
vb.	: ve bunun gibi
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Yirmi birinci yüzyılın gelmesiyle birlikte, teknoloji alanında hızlı ve ayak uydurması zor yeniliklerin ortaya çıktığını görmekteyiz. Bu yenilikler her sektörde olduğu gibi yoğun makine kullanımı ve tecrübe isteyen inşaat sektöründe de kendini göstermektedir. Yeni yapı teknikleri ile büyük çaplı inşaat talepleri giderek artmaktadır. Söz konusu gelişmeler nedeniyle firmalar, ülke sınırlarını aşan uluslararası nitelikte inşaatların yapımına yönelmektedir. Bu durum hem ülkemiz hem de yabancı yatırım ve ortaklık konularında gelişmeler doğurmaktadır. Böyle çok taraflı ilişkilerde ise inşaat sözleşmelerinin niteliği gereği uyumsuzluklar kaçınılmaz olmaktadır. Taraflar arasındaki uyumsuzlukların meydana gelmesini önlemenin en önemli yolu ise artık onların ihtiyaçlarına tam anlamıyla cevap verecek özellikteki sözleşmelerden geçmektedir.

İnşaat sözleşmelerinin alanı çok geniştir. Bu sözleşmeler, taşınır veya taşınmaz gibi ayrımlara tabi tutulabildiği gibi kapsam bakımından küçük ölçekli bir villa, havuz ya da şantiye gibi inşaatlardan termik santraller, köprüler, barajlar gibi özel nitelikli inşaatlara kadar uzanmaktadır. Bizim çalışma konumuzu da bir inşaat sözleşmesi türü olan “Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi (Turnkey Construction Contract)” oluşturmaktadır. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, kısaca taşınmaz niteliğindeki bir inşaa eserinin müteahhit tarafından götürü bir bedelle kullanıma hazır halde iş sahibine teslim edilmesi olarak tanımlanabilir. Ancak, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi özelliği gereği yüksek risk ve tecrübe gerektirdiğinden, sözleşmenin hazırlanmasından inşaatın yapımına ve iş sahibine teslimine kadar bazı kilit noktaları içinde barındırır. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bu tür teknik uzmanlık gerektiren işlerden olması nedeniyle, diğer inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi bu alanda da standart tipte sözleşmelerin oluşmasına neden olmaktadır. Bu tür standart sözleşme formları, öngörülebilir ve tarafların üzerinde müzakere edebilecekleri bazı sabit prensipler getirmekte ve risklerin dağılımına yardımcı olmaktadır. Bu standart tip sözleşmeler hem Bayındırlık Bakanlığı'nın hazırladığı ve kamuya ait işlerde Kamu Kuruluşları'nca başvuru sözleşmeler, hem de müteahhit firmalar tarafından başvuru kaynakları olmaktadır. Yabancı ortaklıkların başvurduğu en yaygın ve bilinen sözleşme formları ise Uluslararası Müşavir-Mühendisler Birliği'nin(Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) yayımladığı standart sözleşmelerdir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi konulu tezimizde, sözleşme Türk mevzuatı, özellikle 818 sayılı Borçlar Kanunu, 18540 sayılı Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu açısından açıklanmaya çalışılacak ve ilgili yerlerde yabancı nitelikteki inşaatlarda 1999 yılından beri uygulanan FIDIC Gri Kitap'a (Silver Book/EPC-Turnkey Contract) atıfta bulunulacaktır.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi adlı tezimiz üç bölümde incelenmektedir. Birinci bölümde anahtar teslimi inşaat sözleşmesi hakkında genel bilgiler verilmekte, sözleşmenin tanımı ve tarafları, unsurları, özellikleri, hukukî niteliği ile sözleşmenin yararları ve sakıncaları anlatılmaktadır

İkinci bölümde, sözleşmenin taraflarını oluşturan müteahhit ile iş sahibinin borçları ve bu borçların yerine getirilmemesi halindeki sorumlulukları incelenmektedir.

Üçüncü bölümde ise, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin sona erme sebepleri ile sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tarafların başvurulabilecekleri hukukî yollar belirtilmektedir.

BÖLÜM I

GENEL OLARAK ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1.1. ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARAFLARI

1.1.1 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Tanımı

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin genel bir tanımını yapabilmek için öncelikle bina ve inşaat kavramlarının neler olduğunu incelemek gerekir. Borçlar Kanunumuzda eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerin düzenlendiği 355-371. maddeler arasında “bir eser meydana getirme” kavramı dışında “inşaat” sözcüğü de kullanılmaktadır. Ancak “inşaat sözleşmesi” kavramı kanunî bir deyim olmamakla birlikte, hukuk literatürüne yerleşmiş genel bir ifadedir ve müteahhidin iş sahibine bir taşınmaz inşa etmeyi veya başka bir taşınmaz üzerinde belirlenmiş inşaat çalışmalarını gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir (İnal Mimarlık-Mühendislik Sözleşmeleri, 2008 ; Kaplan, 2001). Günlük konuşmalarımızda bina ve inşaat dendiğinde genel olarak akla taşınmaz (gayrimenkul) yapılar, evler, hastaneler, vs. gelir. Buna karşın hukukî anlamda “bina” yalnız taşınmaz yapılar için kullanılmaz ve inşaat faaliyeti de sadece taşınmaz yapı inşaatlarını kapsamaz. Hukukumuzda taşınmaz inşaatı, bir arsada sürekli kalması amacıyla yapılan ve niteliği de buna uygun olan, arsaya fiziksel olarak bağlı yapıları ve bunların inşasını ifade eder (Öz, 2007). Buna karşılık, belli bir süre için bir arsa üzerine yapılan bina ve yapılar Medeni Kanun m.728 uyarınca “taşınır yapı” olarak kabul edilir.

Taşınır ve taşınmaz inşaat kavramına anahtar teslimi inşaat sözleşmesi açısından baktığımızda, bu sözleşmenin konusunu genellikle taşınmaz inşaatları oluşturmakla birlikte, gemi inşaatları gibi bazı taşınır inşaatlar da anahtar teslimi şeklinde yapılmaktadır. İşte bu yönüyle de anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, olağan eser(istisna) sözleşmesine benzemektedir. Eser sözleşmesinin tanımlandığı BK m. 355’e göre, eser(istisna) sözleşmesi ile “...bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüd eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”. Buna göre, eser(istisna) sözleşmesinde bir şey, bir eser meydana getirme söz konusudur ve bu eser taşınır veya taşınmaz bir eser olabilir.

Yukarıda değinilen noktada inşaat sözleşmesi ile anahtar teslimi inşaat sözleşmesi de benzerlik göstermektedir. İnşaat sözleşmesi, eser(istisna) sözleşmesi niteliği taşıyan ve müteahhit tarafından bir yapı eserinin (inşa eserinin) meydana getirilmesinin taahhüt edildiği ve karşılığında iş sahibince bir bedelin borçlanıldığı sözleşmedir (İnal Mimarlık-Mühendislik Sözleşmesi, 2008 b; Kaplan, ; Ergin, 2003).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, inşaat sözleşmesinin bir türü olarak uygulama alanı bulur ve çeşitli tanımları vardır. Bu sözleşme Black's Hukuk Sözlüğünde şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Özellikle enerji santralleri gibi tek amaçlı projelerin yapımında kullanılan, müteahhidin tesisin tasarım, mühendislik, tedarik ve yapımını sağlamayı; tesisini çalıştırma prosedürlerini hazırlamayı; performans testlerini yürütmeyi; tesisin işletilmesi için kılavuzlar hazırlamayı ve tesisini işletecek kişileri eğitmeyi içeren geniş kapsamlı çeşitli sorumluluklar üstlendiği, sabit ücretli, yoğun bir programa bağlı inşaat sözleşmesidir” (Garner, 1999 : 321).

Bir başka tanımda ise, sözleşme şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Anahtar teslimi sözleşmeler, uluslararası tesis inşaatı sektöründe kullanılan bir sözleşme türü olup bu sözleşmelerde “müteahhit” “iş sahibi” ne karşı, çalışmaya hazır büyük ölçekli bir tesis (havalimanı, baraj, vb.)ya da bir sanayi tesisini (demir fabrikası, çelik fabrikası, vb.) götürü bir ücret karşılığında kurmayı taahhüt eder” (Ergin, 2003 : 3) [demir-çelik fabrikası].

Joseph Huse'a göre ise; paket anlaşma(package deal), tasarla ve yap (design and build), anahtar teslimi (clés-en main), veya mühendislik-satın alma(temin) ve yapım (EPC¹) gibi çeşitli isimlerde bilinen anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, projenin tasarlanması ve yapımında özellikle müteahhide yer vermektedir. İnşaat hukuku alanında yukarıda sayılan bu kavramların her birinin kabul edilen birer tanımı yoktur. Bununla birlikte en geniş anlamda anahtar teslimi kavramı, inşaat projesinin tasarlanmasında ve yapımındaki sorumlulukların, iş sahibi tarafından ödenecek bir ücret karşılığında en üst düzeyde müteahhide yüklendiği, öyle ki, inşaatın tamamlanması ve tesliminden sonra iş

¹ Mühendislik-Satın Alma-Yapım Sözleşmelerinde (EPC) müteahhit inşaatın tasarımından, işlerin yürütülmesinden ve inşaatın yapımdan sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla FIDIC Gri Kitap'ta “EPC/Turnkey” kelimelerinin bir arada kullanılması bunların aynı anlama geldiklerinin ve birbirinin yerine kullanıldıklarının işaretidir (Hosie, 2007: 2).

sahibinin yalnızca anahtarı çevirerek tesisi çalıştırmaya başlayabileceği şeklinde ifade edilebilir (Huse, 2002 : 5).

Bu sözleşme türlerinde, projenin bütünü için sorumluluğun müteahhide yüklenmiş olması nedeniyle, herhangi bir hata meydana geldiğinde kusurun projeden mi yoksa inşaatın yapımından mı kaynaklandığına dair bir araştırmaya ihtiyaç duyulmaz. Genel kural olarak müteahhit, işin kapsamı ve alanına giren herhangi bir kusur, eksiklik ve hatadan sorumludur. İşte müteahhidin bu geniş çaptaki sorumluluğu, anahtar teslimi inşaat sözleşmesini iş sahipleri için cazip hale getirmektedir. Bu sözleşmenin uygulanması ile iş sahibinin projenin tasarlanması ve yapımındaki müdahalesi diğer sözleşme türlerine göre en aza indirgenmektedir (Huse, 2002)

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış olmakla birlikte, kamu ihalelerine ilişkin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 6/a maddesinde bu sözleşme, *“Yapım işlerinde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayanarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme”* olarak ifade edilmektedir. Bu kanundan başka, idarenin iş sahibi olarak taraf olduğu anahtar teslimi sözleşmelerde 18540 sayılı Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yanında Borçlar Kanunu'nun istisna akdi ile ilgili özel hükümleri ile genel hükümleri de uygulanmaktadır (Ergin, 2003; Kaplan, 2001)

1.1.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Tarafları

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin tarafları müteahhit ve iş sahibidir. Ancak, sonradan bu kişilere başkalarının katılması veya taraflardan birinin değişmesi söz konusu olabilir (Aydemir, 2009). İş sahibi, inşa eserinin her yönüyle, yani anahtar teslimi olarak hazırlanıp tamamlandıktan sonra kendisine teslimini ısmarlayan kişidir. Müteahhit ise, iş sahibinin ısmarladığı inşaatı bir ücret karşılığında yapmayı yüklenen kişidir. Doktrin ve Yargıtay kararlarında müteahhide “yüklenici”, “yüklenen”, “ısmarlanan”, “üstenci” gibi isimler verilirken, iş sahibi ise “ısmarlayan” veya “işveren” olarak da adlandırılmaktadır (Eren, 2001; Ergin, 2003).

1.1.2.1. Müteahhit

Günümüzde müteahhit artık işlerini kendi yapan küçük sanatkarlar değil, büyük sermaye sahibi, geniş biçimde örgütlenmiş ve makinelerden yararlanan gerçek veya tüzel

kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır (Özyörük, 1988). Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından müteahhit, bu sözleşmeye konu olan inşa eserinin bütününe belli bir ücret karşılığında tamamlayıp teslimini borçlanan kişidir. Bu durumda anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde “genel müteahhit” söz konusudur (Seliçi, 1978). Buna göre, genel müteahhit yalnızca inşaatın yapımını üstlenen kişidir (Eren, 2001; Kaplan, 2001). Bu durum karşısında anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde müteahhit, inşaatın yapımının yanında plan ve projelerin de tedarikini üstlenmesi, buna ek olarak inşa eserinin meydana getirilmesinden sonra gerekli deneme testlerinin yapılması ve personelin eğitilmesi gibi diğer yükümlülüklerinin de bulunması nedeniyle “genel müteahhit” olarak adlandırılmaz. Bu tür müteahhide doktrinde “total müteahhit” ya da “proje genel müteahhit” denmektedir (Eren, 2001 : 50; Kaplan, 2001: 122).

Müteahhit gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişiliğe sahip anonim, limited veya kolektif şirket şeklinde kurulmuş bir ticari ortaklık da olabilir. Hatta bu ticari ortaklık adı ortaklık şeklinde de kurulabilir. Uygulamada en çok joint venture=ortak girişim ve konsorsiyum şeklindeki ortaklıklara rastlanmaktadır(Eren, 2001; Ergin, 2003; Kaplan, 2001).

1.1.2.1.1 Gerçek Kişi Müteahhit

Müteahhit, burada iş sahibinin talebi üzerine inşa eserinin plan ve projelerini de tedarik etmek suretiyle inşa eserinin yapımını üstlenen ve bunu sözleşmeye göre tamamlayan kişidir. Aynı zamanda müteahhit, yapılan işin sözleşmedeki amaca uygun olarak yerine getirilmesini sağlamakla görevlidir(FIDIC Gri Kitap- EPC/Turnkey Projects, 2001). Müteahhit bu hizmeti iş sahibinden alacağı bir ücret karşılığında yerine getirir. Ancak, gerçek kişi müteahhide, sözleşme konusunun tek bir kişi tarafından yerine getirilmesi mümkün olan, (örneğin; anahtar teslimi bir ev yapımı gibi) küçük çaplı, az sermaye ve teknik donanım gerektiren işlerde rastlanır (Ergin, 2003)

1.1.2.1.2 Tüzel Kişi Müteahhit

Bugün, gelişen inşaat sanayii dolayısıyla büyük yapı işlerinde tek bir müteahhit ile bir eser meydana getirmek oldukça zordur. Modern inşaat tekniklerinde de bir müteahhidin inşa eserini bir bütün olarak meydana getirebilmesi için birbirinden bağımsız; fakat her biri kendi içinde bir bütün teşkil eden ve genellikle farklı uzmanlık alanlarını gerektiren kısmî edimlere ihtiyaç vardır (Seliçi, 1978). Bu sebeple, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

hükümleri uyarınca ticaret şirketi şeklinde kurulmuş ve faaliyet gösteren müteahhit firmalar da söz konusudur (Ergin, 2003). İşte burada, sermaye ortaklıkları olarak anonim ve limited şirketler, kişi ortaklığı olarak da kolektif ve komandit şirket şeklindeki tüzel kişi ticari ortaklıklar karşımıza çıkar.

1.1.2.1.3 Joint Venture=Ortak Girişim ve Konsorsiyum Şeklinde Müteahhit

Bazen tek bir inşaat ortaklığı, iş gücü ve sermaye kapasitesi bakımından büyük hacimli inşaat sözleşmelerinde yeterli olmayabilir. Bu durumda, örneğin büyük bir demiryolu, köprü, sanayi tesisi inşaatında birbirinden bağımsız müteahhitler belirli gruplar oluşturur. Bu gruplardan en sık rastlanana ise Joint- Venture=Ortak Girişim ve Konsorsiyumdur (Ergin, 2003; Seliçi, 1978). Bu gibi ortaklık türlerinin ülkemizde son yıllarda sık uygulandığı ve özellikle, büyük bayındırlık işleri yapan yabancı firmalar arasında veya bu firmalarla yerli firmalar arasında ya da doğu ülkelerinde geniş çaplı işlere girişen Türk müteahhitlerle yerli müteahhitler arasında imzalandığı görülür. Bu tür ortaklıkların kurulmasında, iş gücü ve finansal desteğin yanı sıra işin büyük olan rizikosunu dağıtmak, rasyonel bir iş bölümü gerçekleştirmek veya yerli olan ortağın sahip olduğu ayrıcalık veya kolaylıklardan faydalanmak gibi sebepler de etkindir(Tandoğan, 1987; Dayınlarlı, 2007; Uygur, 1998).

ABD’de kök salıp, daha sonra Avrupa ve nihayet Türkiye’de de yayılan joint-venture deyimi mevzuatımıza “iş ortaklıkları” olarak 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 3239 sayılı Kanunla değişik birinci maddesinin (e) bendi ile girmiş olup, joint-venture’in sadece bir türünü teşkil etmektedir(Dayınlarlı, 2007: XIII)

Özel inşaat işlerinde olduğu gibi Kamu Kurumuna ait işlerde de müteahhitlerin joint-venture=ortak girişim şeklinde bir araya gelmeleri mümkündür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 14. maddesinde ortak girişimler “iş ortaklığı” ve “konsorsiyum” olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

İş ortaklığı birden fazla gerçek veya tüzel kişinin kendi kişiliklerini koruyarak ihale aşamasında bir araya gelmesinden oluşan bir ortaklık türüdür. Ortaklık üyelerinin ihaleye konu olan işi birlikte üstlenmeleri esastır. Yani bütün firmalar işin tamamının gerçekleştirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. İş ortaklığının konusu

sadece “bir” işin ifasından ibarettir. İş ortaklığı, aralarından bir “pilot ortak(firma)” seçerek onu idari işlerin yürütülmesi ve ortaklığın temsili için yetkili kılar (Dayınlarlı, 2007). Ancak bu pilot ortağın yaptığı tüm iş ve tasarruflardan bütün ortaklar sorumlu olur (Aydemir, 2009; Dayınlarlı, 2007).

İhale konusu işin, ayrı ayrı uzmanlık gerektirdiği durumlarda uzmanlık alanları ayrı olan gerçek veya tüzel kişiler, iş ortaklığının aksine, ortak üyelerin hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere bir ortaklık oluşturabilirler. Konsorsiyumda iş sahibine karşı her ortak kendi yaptığı işten sorumludur. Yine bu durumda da ortakların aralarından bir temsilci ve yetkili seçmeleri zorunludur. Seçilen bu ortak “koordinatör” olarak adlandırılır (Aydemir, 2009).

Joint venture uygulamaları yaygın bir şekilde kullanıldığı inşaat sektörü açısından anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde sıkça karşımıza çıkar. Hem milli hem de milletlerarası alanda “şirketlerin gruplaşmalarına” rastlanır ve buna “Konsorsiyum=Consortium” adı verilir. Bu tür şirket gruplaşmaları sözleşmeye dayanır ve belli bir işin ifasını amaçlar.

1.1.2.1.4 İş Sahibi İle Müteahhidin İşletmede İşbirliği

Joint Venture’in farklı bir uygulaması da, anahtar teslimi olarak inşa edilen bir tesisin daha sonra iş sahibi ile müteahhit tarafından birlikte işletilmesidir. Bu durumda doğal olarak müteahhit firma tarafından teknoloji transferinin yapılması ve kendi teknolojisine göre kurulan tesisi çalıştıracak müteahhidin daha ağır ve kapsamlı şekilde sorumlu tutulması gerekir. Bu şekilde inşa eserinin işletmesinin daha verimli olması sağlanır (Dayınlarlı, 2007; Ergin, 2003).

1.1.2.1.5 Alt Müteahhitlik

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin konusu, işin niteliği itibariyle birden çok uzmanlık alanını gerektiren ve geniş kapsamlı projelerin uygulanması olduğu için işin kısmen de olsa alt müteahhitlere devri söz konusu olmaktadır. Bu şekilde asıl müteahhit işi uzman alt müteahhitlere devrederek kendi maliyetini düşürmektedir (Yalçınduran; 2000: 23). Alt müteahhitten(taşeron) anlaşılması gereken, asıl müteahhidin eseri meydana getirme borcunun ifasını, kendi adına yaptığı bir istisna sözleşmesi ile kısmen ya da

tamamen kendi hesabına çalışan yardımcı bir kişiye bırakmasıdır. Örneğin, asıl müteahhit, işin kaba inşaatını bir müteahhide, sıhî tesisatı başka bir müteahhide verebilir. Ancak, işin anahtar teslimi olarak iş sahibine tesliminde iş sahibine karşı alt müteahhit sorumlu değil, asıl müteahhit sorumludur. Asıl müteahhit alt müteahhitle yaptığı alt müteahhitlik sözleşmesi dolayısıyla iş sahibi niteliğindedir (Ergin, 2003; Özyörük, 1988).

1.1.2.2 İş Sahibi

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesine konu olan inşa eserini ismarlayan kişi iş sahibidir. İş sahibi, işin sözleşmeye uygun olarak yapılmasında ve teslim alınmasında menfaati olan ve işin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesine karşılık müteahhide ücret ödeyecek olan kişidir. İş sahibi gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseseler şeklinde de olabilir (Dayınlarlı, 1998).

1.1.2.2.1 Gerçek Kişi İş Sahibi

Müteahhit ile anahtar teslimi inşaat sözleşmesini akdeden kişi medeni hukuk anlamında bir gerçek kişi olabilir (Ergin, 2003). İş sahibinin gerçek kişi olduğu durumlar genellikle daha az maliyetli küçük çaplı işlerdir.

1.1.2.2.2 Tüzel Kişi İş Sahibi

İş sahibi gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişi olarak iş sahibi de kendi içinde ikiye ayrılır.

1.1.2.2.2.1 Özel Tüzel Kişi İş Sahibi

Yapılan anahtar teslimi işin, yapısı ve kapsamına göre iş sahibi Türk Ticaret Kanununda yer alan ticaret şirketi şeklinde kurulmuş bir özel tüzel kişi olabilir (Dayınlarlı, 1998).

1.1.2.2.2.2 Kamu Tüzel Kişisi İş Sahibi

Kamu kuruluşları da bazı bayındırlık işlerini (örneğin; bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi ve bunun gibi yapım işlerini) ismarlayan kişi olarak iş sahibi sıfatını kazanır. Ancak, bu tür

kamu kuruluşları söz konusu yapım işlerini 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa uygun şekilde yerine getirmek zorundadır.

Kamu yapım işleriyle ilgili sözleşmenin asıl taraflarından biri iş sahibi sıfatıyla o kamu kuruluşunun kendisi ya da tüzel kişiliğidir. Sözleşme yapma yetkisi o kurumun en üst makamına aittir (Aydemir, 2009).

1.1.2.3 Müşavir Mühendis

İnşaat sözleşmelerinde, bazen iş sahibinin bir inşaat projesini yürütmek için teknik tecrübe ve kadrosu olmayabilir. İş sahibi yaptırmak istediği inşaatla ilişkin projenin kapasitesini, yani verimini tespit etmek, ihale şartnamelerini hazırlamak, projenin kendi adına idarî ve teknik denetimini yapmak üzere bu işlerin sorumluluğunu konunun uzmanı kişilere bırakmak isteyebilir. Zira, inşaatın yapımında uzman olan müteahhittir, iş sahibinin bu konuda bilgi sahibi olması istisnadır (Karayağın, 2001). Bu sebeple, iş sahibi veya müteahhit tarafından (genellikle iş sahibi tarafından) büyük bir eserin tasarım ve yönetimi için bir müşavir mühendis (çoğunlukla mühendis veya mimar) tayin edilir (İnal, 2009; Ergin, 2003; Dayınlarlı, 1998). Bu müşavir-mühendis², iş sahibinin ihtiyacına göre, eserin tasarım ve projesi ile ilgili işlemleri yürütebilmekte, veya inşaatın yapımı için müteahhitlik firmalarının organizasyonlarını sağlayıp, inşaatın ilerlemesini kontrol etmektedir (İnal, Mimarlık-Mühendislik, 2008). Müşavir mühendis, görevlerini yerine getirebilmek için iş sahibi ile bir müşavir mühendislik sözleşmesi³ akdeder⁴ ve bu sözleşmede belirlenen görevleri doğrultusunda hareket eder (İnal, 2009; Karayağın, 2001). Buna karşılık, müşavir mühendisin müteahhit ile bir akdi ilişkisi yoktur, ondan bağımsız hareket eder(meğerki aralarında bir sözleşme akdedilmemiş olsun) (Dayınlarlı, 1998; İnal, Mimarlık-Mühendislik Sözleşmesi, 2008).

Klasik inşaat sözleşmelerinde, yaptığı işleri incelediğimizde, müşavir-mühendis aslında daha ortada proje yokken bile, yatırım kararından önceki safhada iş sahibi ile iletişim halinde olmaktadır. Şöyle ki, müşavir-mühendis, iş sahibinin kendisine verdiği

² Müşavir-mühendislik kavramı ABD’de kullanılan “Engineering” kavramı ile eşdeğerdir (Dayınlarlı, 1998:51; İnal, Mimarlık-Mühendislik, 2008: 235).

³ Uluslararası inşaat ve mimarlık-mühendislik sözleşmeleri genellikle Dünya Bankası veya Yatırım Bankaları gibi finans sektöründen kredi sağlayarak gerçekleştirilebilen sözleşmelere dayanır (İnal, Mimarlık-Mühendislik Sözleşmesi, 2008: 221)

⁴ Ülkemizde, büyük müteahhitlik firmalarının alt/yan kuruluş olarak müşavirlik firmaları kurduğu görülmektedir. Bunun için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından 11 Kasım 1988 tarih ve 19987 sayılı RG ile “87/12317 Sayılı Mühendislik-Mimarlık-Müşavirlik Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Geliştirilmesine Ait Esaslara İlişkin Tebliğ” yayımlanmıştır (Güvenç, 2006: 3).

bilgiler dahilinde iş sahibinin amaçları doğrultusunda bir projenin oluşturulması ve bunun uygulanabilirliğini araştırır. Buna göre, bu aşamada müşavir-mühendis fizibilite raporları hazırlayacak ve maliyet hesabı yapacaktır (Dayınlarlı, 1998; Türegün, 2007; Türegün, 2001). Bir diğer aşama olan projenin tamamlanmasında müşavir-mühendis, inşa edilecek eserin nerede ve nasıl yapılacağını, malzeme kalitesi gibi konuları ayrıntılı olarak ele alır. Burada müşavir-mühendis iş sahibi ile iç içedir ve birlikte hareket eder (Dayınlarlı, 1998; Türegün, 2007; Türegün, 2001). Bundan sonraki aşamada ise, müteahhidin seçilmesi ve iş sahibinin onayına sunulması söz konusudur. Burada yine müşavir-mühendis ve iş sahibi birlikte “Teklif Sahiplerine Talimatlar”(Instructions to Tenderers) hazırlayacak ve bunların ihale evrakı arasında yer almasını isteyeceklerdir. Bu belge, ihale tekliflerinin hazırlanması, verilmesi ve değerlendirilmesi ile ilgili bilgi ve talimatları içerir (Dayınlarlı, 1998; Türegün, 2007). Bu kurallar ışığında müteahhitlerce verilen teklifler değerlendirilip, seçilen müteahhit iş sahibi tarafından onaylandıktan sonra artık projenin yapımı aşamasına geçilir.

Projenin yapımına başlandığı bu aşamada müşavir-mühendis şu işlerle ilgilenir: etütlerin tamamlanması, ekipmanların temini, inşaat işlerinin tamamlanması, gerekli bütün proje değişikliklerinin yapılması, sözleşmenin idaresi ve teknik yardım, işin muhtemel süresinin uzatılması, muhtemel cezai şartın ödenmesidir (Boon, Goffin, 1987).

FIDIC standart sözleşme⁵ şartlarının 1987 yılında yayımlanan baskısında, müşavir-mühendisin bu faaliyetleri yerine getirirken “tarafsız olması” öngörülmüştür. Özellikle işin süresi ve parasal yönü ile ilgili konularda mühendisin, işveren ve müteahhide gerekli danışmayı yaptıktan sonra bir tespitle bulunacağı hükmü, onun tarafsız, yani iş sahibinden ve müteahhitten bağımsız olarak görevini ifa etmesi gerektiğini göstermekteydi. Ancak, iş sahibi ile ilişkisi akdî bir ilişki olan müşavir-mühendisin tarafsız kalması pek mümkün değildir (Dayınlarlı, 1998; Huse, 2002; Karayalçın, 2001; Türegün, 2007). Nitekim, bu durum iş sahibinin çıkarlarını koruyan ve ücretini ondan alan bir kişinin ne derece bağımsız olacağı yönünden eleştirilmiştir. Böylece, FIDIC Kırmızı Kitap’ın 1999 yılında çıkarılan baskısında söz konusu durum değiştirilmiştir. FIDIC Kırmızı Kitap’ın m. 3.1 (a) fıkrasında, müşavir-mühendisin iş sahibi adına hareket edeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla artık müşavir-mühendisin bağımsızlığından söz edilemez. O, daha önce

⁵ Standart sözleşme kavramı, İngiliz hukuk terminolojisine benziyorsa da, tip sözleşmeler kavramı, sözleşmelerin alan farklılığı dikkate alınmaksızın, sözleşme genel şartlarını veya genel işlem şartlarını, tip sözleşmeleri ve tip formleri ifade eder (İnal, Mimarlık-Mühendislik Sözleşmesi, 2008: 221)

bağımsız kişi olarak yaptığı işlemleri artık iş sahibinin vekili sıfatıyla yerine getirecektir (Türegün, 2007). Buna rağmen, teknik işlerde, objektif davranmak zorundadır. Çünkü, işinde uzman olan müşavir-mühendisin, iş sahibinin yararına hareket ediyor olsa bile, bilim ve tekniğin kurallarına aykırı hareket etmesi düşünülemez.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde müşavir-mühendisin hukukî durumu FIDIC EPC/Turnkey(Gri Kitap) bakımından incelendiğinde, FIDIC’ in önceki sözleşme türlerinden farklı bir uygulama görülür. Bu sözleşme formunda, “mühendis” kavramı tamamen çıkarılmış, yerine FIDIC Turuncu Kitap’ta olduğu gibi “iş sahibinin temsilcisi” kavramı getirilmiştir. Ancak, Turuncu Kitap’ta iş sahibinin temsilcisi zorunlu iken, Gri Kitap’ta, bu zorunluluk kaldırılmış ve iş sahibinin isterse böyle bir temsilci atayabileceği düzenlenmiştir. FIDIC Gri Kitap madde 3.1’ e göre, iş sahibi eğer bir temsilci atamışsa, bu temsilcinin adını, adresini görevlerini ve yetkisinin kapsamını müteahhide bildirmesi gerekmektedir. Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı ya da müteahhide bildirilmediği sürece, iş sahibince atanan temsilci, iş sahibinin sözleşmeden doğan bütün yetkilerine sahiptir. Ancak, temsilcisinin hangi görevlerden sorumlu olduğunu ve yetkilerinin sınırını iş sahibi, kendi aralarındaki sözleşme ile serbestçe belirleyebilir(FIDIC Gri Kitap m. 3.1). Böyle bir teslimcinin atanmadığı hallerde, müteahhit ile işveren doğrudan ilişki içindedir (Türegün, 2007).

Yeni düzenlemeye göre, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde müşavir-mühendis⁶ olmadığı için, projenin tasarımı ve inşaatı aşamasındaki yönetimi ve kontrolü yoktur. Dolayısıyla sözleşmede merkezî bir rolü de yoktur. Müşavir-mühendisin görevleri arasında olan projenin yürütülmesi sırasındaki işlerin organizasyonunu sağlama işini ise, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde müteahhit ile iş sahibi kendi aralarında yapmaktadır (Türegün, 2007). FIDIC, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin, sadece iki taraflı bir sözleşme olmasını amaçladığı için sözleşmeye müdahalesi olan bir müşavir-mühendise yer vermemektedir. Çünkü, neredeyse müşavir-mühendisin projeden doğan bütün hakları ve sorumlulukları, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde müteahhide bırakılmaktadır. Buna karşılık, iş sahibi yalnız sözleşme bedelini ödemekte ve sözleşmeye müdahalesi en asgari seviyede tutulmaktadır (Huse, 2002). Kanımızca, burada projeden doğabilecek risklerden sorumlu

⁶ FIDIC Turuncu Kitap’ta iş sahibinin temsilcisi olarak adlandırılan bu kişi, FIDIC Sarı Kitap’ta müşavir-mühendis(engineer) olarak belirtilmiştir. Her ne kadar farklı isimlerde belirtilseler de rolleri benzer niteliktedir (Huse, 2002: 34).

olmayan bir iş sahibinin müşavir-mühendise ihtiyaç duymayacağından hareket edilmiştir. Bununla birlikte tarafların sözleşmelerinde aksini kararlaştırmaları her zaman mümkündür.

Müşavir-mühendis kavramının FIDIC Gri Kitap'taki düzenleme ile kaldırılması sonucu, müşavir-mühendisin uyuşmazlık çözümündeki yeri, ilerde "Alternatif Çözüm Yolları" başlığı altında ele alınacaktır.

FIDIC Gri Kitap'taki bu düzenlemeye karşılık, Borçlar Kanunu'na göre yapılan anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri için müşavir-mühendisin rolünü iş sahibi belirler. İş sahibi ile müşavir-mühendis arasındaki sözleşmede, müşavir-mühendisin hukukî durumu, iş sahibinin ihtiyaçları doğrultusunda belirtilir. Zira, müşavir-mühendisin iş sahibinin vekili sıfatıyla atanmış olduğu durumlarda, Borçlar Kanunu'nun 386-398. maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bunun dışında, eğer iş sahibi müşavir-mühendisi istihdam eden bir işçisi olarak atamışsa o zaman müşavir-mühendise Borçlar Kanunu'nun istihdam edenlerin sorumluluğu başlıklı m. 55 hükmü uygulanır ve iş sahibi, müşavir-mühendisin yaptığı işlerden doğan zararlardan sorumludur. Eğer iş sahibi, müşavir-mühendisi temsilci olarak atamışsa, o zaman Borçlar Kanunu' nun 32-40. maddelerinde düzenlenen temsil hükümleri uygulanır (Dayınlarlı, 1998).

Müşavir mühendislik işleri tek bir mühendis tarafından yapılabileceği gibi kapsamı çok geniş inşaatlarda mühendislik büroları veya bu bürolar arasında oluşturulan konsorsiyumlar ya da joint venture'lar şeklinde de yerine getirilebilir (Dayınlarlı, 1998).

1.2 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

1.2.1 Bir İnşa Eseri Meydana Getirme

İnşaat sözleşmelerinin en önemli unsuru, bir "inşa eseri meydana getirme" dir. Bu kavramı, inşa eseri ve meydana getirme açısından ayrı ayrı incelemek gerekir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi açısından nelerin inşa eseri kavramına girdiği önem taşımaktadır.

1.2.1.1 İnşa Eseri Kavramı

Eser(istisna) sözleşmesinin en temel unsuru olan "bir eser meydana getirme" unsuru, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde "bir inşa eseri meydana getirme" olarak karşımıza çıkar. Müteahhit bu sözleşme ile iş sahibinin ödeyeceği bir bedel karşılığında bir

inşa eseri meydana getirmeyi borçlanır. Ancak, eser sözleşmesindeki “eser” kavramı, inşaat sözleşmesindeki “inşaat/yapı” kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. “İnşaat/yapı” veya “inşa eseri” kavramı anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde sözleşmenin konusu genellikle taşınmaz olduğu için maddi nitelikte, eser sözleşmesinde ise hem maddi hem de manevi nitelikte olabilmektedir.

Öyle ki eser kavramı, Yargıtay 15. HD’nin 31 Mayıs 1988 tarih, 3682/ 2136 esas ve karar numaralı kararında şu şekilde tanımlanmıştır : “ *İnsan emeği ile meydana getirilen ve iktisaden bir değer taşıyan her hukuki varlık bir eserdir*” (Duman, 2008: 75).

İnşaat sözleşmesi tanımlanırken de belirtildiği gibi Eren’e göre inşa eseri, “*toprağa doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı olan, insan ve hayvanların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarını gidermesine, içinde eşyaların saklanmasına ya da bulundurulmasına yarayan, etraflı ve üstü az çok kapalı, suni olarak insan emeği ile yapılmış ve düzenlenmiş şeylere*” denir (Eren, 2001: 55).

İmar Kanunu’nun “tanımlar” başlıklı 5. maddesinde ise inşaat kavramı: “*karada ve suda sürekli veya geçici, resmi veya özel, yer altı veya yerüstü inşaat ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler*” olarak ifade edilir. Aynı maddede bina kavramı ise; “*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri; insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine ya da ibadet etmelerine; hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapı*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece Kanuna göre, inşaat binadan daha geniş bir anlam taşımaktadır. Bunun nedeni inşaat sözcüğünün taşınır ve taşınmaz yapıları da içine almasıdır.

Kamu İhale Kanunu m. 4 anlamında ise yapı, “*bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali...*” gibi inşa eserleri olarak belirtilir.

Uygulamada inşaat sözleşmelerine hem taşınır hem de taşınmazların konu olduğu, anahtar teslimi inşaat sözleşmelerine ise genellikle KİK m. 4’te sayılan türden taşınmaz inşaatlarının konu olduğu görülmektedir.

1.2.1.2 Meydana Getirme (İnşa Etme= Yapma) Kavramı

Eser(istisna) sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi, müteahhidin sanat ve becerisiyle, düşüncesiyle veya finans gücüyle gerçekleştirdiği bir sonuçtur. Bu sonuç, ilk defa meydana getirilmesi ya da meydana getirilmiş bir eserin değiştirilip düzeltilmesi veya yok edilmesi ya da fikrî bir çalışma(manevî eser) yoluyla ortaya çıkar (Karataş, 2004).

İnşaat sözleşmelerinde ise; BK m.355'teki "meydana getirme" kavramı "yapma/inşa etme" olarak karşımıza çıkmaktadır. İnşaat sözleşmeleri müteahhit tarafından bir inşa eseri, bir yapı meydana getirme borcunu doğurur. Taşınmaz inşaatları için kullanılan "inşa eseri kavramı" manevi nitelikteki eserler için kullanılmaz, inşa eserinin konusunu mutlaka maddi eserler oluşturur (Eren, 2001). Uygulamada "meydana getirme (inşa etme=yapma)" kavramları eş anlamlı olarak kullanılıp, geniş yorumlanmaktadır (Eren, 2001: 55). Bu kavramlar, bir yapının ilk defa meydana getirilmesini, mevcut bir yapıda değişiklik yapılmasını, mevcut bir yapıya ekler ilave edilmesini, mevcut bir yapının onarılmasını veya yıkılmasını kapsar. Buna karşın anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin konusunu daima yeni bir tesisin, inşaatın ya da yapının meydana getirilmesi oluşturur (Ergin, 2003).

1.2.2 Ücret Unsuru

İnşaat sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi tarafların önceden belirledikleri karşılıklı edimleri içerir (Öz, 2007). BK m. 355 hükmünden çıkarılan sonuca göre, inşaat sözleşmesinin oluşabilmesi için müteahhidin bir inşa eseri meydana getirmesi karşılığında iş sahibi belli bir ücret ödemeyi üstlenmektedir. Eser sözleşmesinin meydana gelmesi için iş sahibinin taahhüt ettiği ücret kural olarak bir miktar para(semen) olmalıdır (Eren, 2001; Karataş, 2004). Ücret, önceden belirlenmiş bir rakam (götürü) olarak ifade edilebileceği gibi, çalışılan gün sayısı veya saate göre, hatta işin parça başına göre de hesaplanarak ödenebilir (Karataş, 2004).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde ücret, götürü(sabit) ücret olarak ödenir. Sözleşme kurulurken müteahhit götürü(sabit) olarak belirlenen fiyatı kabul eder ve inşa eserinin teslimine kadar bu fiyatla bağlıdır. Müteahhidin eserin tamamlanmasıyla ortaya çıkan işe veya eserin değerine göre bu fiyatı artırması ya da azaltması mümkün değildir. Ayrıca, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, inşaata başlanmadan önce yapılan plan, proje ve hesaplamalar müteahhit tarafından gerçekleştirilir. Bu hazırlık çalışmalarından anahtar

teslimine kadar geçen süre de sözleşme kapsamında değerlendirileceği için iş sahibinden ek ücret talep edilmez(Ergin, 2003; Duman, 2008).

Uygulamada çok sık görülen, iş sahibi tarafından müteahhide bedel ödenmesi yerine arsa payının devredildiği sözleşmeler anahtar teslimi inşaat sözleşmesi olarak kabul edilemez. Zira, bu halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusudur. Bu tür sözleşmelerde, para yerine başka bir edim olan bir malın mülkiyeti(yani arsa payı) devredilmektedir(Öz, 2007).

1.2.3 Anlaşma Unsuru

1.2.3.1 Genel Olarak

İstisna sözleşmesi rızâ bir sözleşmedir (Tandoğan, 1987 : 28). Dolayısıyla, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların BK m. 1/1'e uygun olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. İrade beyanı açık veya kapalı olabilir. Tarafların burada müteahhit tarafından üstlenilen bir inşa eserinin, yani anahtar teslimi bir inşaatın⁷ götürü bir ücret karşılığında yapılması hususunda anlaşmaları ile anahtar teslimi inşaat sözleşmesi kurulur (Ergin, 2003). Ancak, tarafların bu anlaşması, yalnız sözleşmenin kurulması aşamasında değil, inşa eseri teslim edilinceye kadar mevcut olmalıdır (Duman, 2008). Diğer yandan, eser(istisna) sözleşmesinin özelliği gereği, sözleşmenin kurulabilmesi için satım sözleşmesindeki semenden farklı olarak ücreti belirlemeye yarayacak hususların sözleşme metninde gösterilmesine gerek yoktur (Tandoğan, 1987).

1.2.3.2 Sözleşmenin Tabi Olduğu Şekil

İnşaat sözleşmelerinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir (Eren, 2001; Uygur, 1998). Sözleşmenin kurulması için icap ve kabul zımnî şekilde olabilir (Tandoğan, 1987). Uygulamada ise büyük çaplı ve yüksek maliyetli anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinin yazılı, hatta resmî şekilde yapıldığı görülmektedir. Çünkü, bu tür

⁷ İstisna sözleşmesinin aksine anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde müteahhidin bir inşa eserinin plan ve projelerinin hazırlanması ve onun inşa edilmesinin yanı sıra inşaatın deneme testlerinin yapılması, personelin eğitimi ve teknoloji transferinin gerçekleştirilmesi üzerinde de anlaşmaları sözleşmenin kurulması için gereklidir (Ergin, 2003: 14).

sözleşmelerin bir çoğunda özellikle Yap-İşlet-Devret Modeli sözleşmelere konu olan inşa eserleri mevcuttur ve bu eserlerin inşasının da beraberinde büyük maliyetler ve riskler getirmesi doğaldır (Ergin, 2003). Diğer yandan, arsa karşılığı bir inşaat sözleşmesi söz konusuysa, bunun resmî şekilde yapılması gerekir. Bu sözleşmelerde resmî şekil geçerlilik şartıdır. Çünkü, hukukumuzda taşınmaz bir malın tamamının veya belirli bir payının mülkiyetinin başkasına devrine ilişkin sözleşme veya sözleşme vaadi, ya tapu sicil müdürlüklerinde ya da noterde düzenleme şeklinde yapılmalıdır (Eren, 2001; Uygur, 1998).

4734 sayılı KİK. m. 46'da bu kanuna tabi kuruluşların yaptıkları inşaat işlerinin ihalelerinin sözleşmeye bağlanmak suretiyle yapılması zorunlu tutulmuştur. Söz konusu Kanunda 4964 sayılı kanunla 2003 yılında yapılan değişiklikten sonra madde metni şu şekli almıştır: “ *Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir.*

İhale dokümanındaki şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez”.

Bu düzenlemeye göre, taraflar anahtar teslimi inşaat sözleşmesini BK m.16'ya göre yazılı veya resmî şekilde yapılacağını kararlaştırabilirler.

1.2.3.3 Sözleşmenin Hazırlanması

Bir hukuki ilişki içine giren tarafların sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek için yazılı bir sözleşme yapmaları ve bu sözleşme ile hak ve yükümlülüklerini açık bir şekilde belirlemeleri menfaatleri gereğidir (Ersoy, 2001). Bu bakımdan anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin hazırlanma safhası önem taşımaktadır.

Sözleşmenin hazırlanması safhasında ilk önce iş sahibi tarafından ihaleye çağrı yapılmaktadır. Bu çağrı genel veya sınırlı bir çağrı olabilmektedir. Sınırlı usulde bir çağrı, belli makine ve teçhizatlara sahip firmalara yöneliktir. Bu sınırlı ihale çağrısına başvuran firmalardan seçilenlere teklif verme olanağı sağlanmaktadır (Ersoy, 2001). Bu tür ihale usulünde, iş sahibi istenen projeye ilişkin detayları gerekli ölçüde belirtebilmek için önceden geniş kapsamlı planlama çalışmaları yapmak zorundadır. Avrupa'daki

uygulamalarda, önceden hazırlanan bu planların izinsiz kullanılmasının önüne geçmek için genellikle ön planlama çalışmalarının yapılması kabul edilmemektedir. Bu yüzden iş sahibi, teklif veren firmaların ihale sırasında proje ile ilgili taslaklarını sunmalarını talep etmekte ve böylece planlama çalışmalarına olan ihtiyacı ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Bu tür ihtiyaçları engellemek için bir başka yol ise, ana sözleşmenin akdedilmesine bağlı olmayan, ancak ihalenin ön hazırlık hizmetlerinin ödenmesini öngören ve tazminat yükümlülüklerine esas teşkil edebilen Niyet Mektubu (*Letter of Intent*) kullanılmasıdır (Ergin, 2003)

Bir diğer yol ise; fuarlarda ve sergilerde potansiyel sözleşme tarafları ile doğrudan irtibata geçilmesidir (Ergin, 2002). İşte bu aşamadan sonra hazırlanacak olan sözleşme metinleri ya o inşa eseri için özel olarak hazırlanır ya da (uygulamada yaygın olan durum)daha önceden uygulanmış sözleşme metinleri üzerindeki gerekli değişiklikler yapılarak oluşturulur. Kamu ihalelerinde ise, inşa eserini yaptıracak olan iş sahibi kuruluş sözleşme metinlerini hazırlamayı yüklenmektedir (Ersoy, 2001; Güvenç, 2006).

Türk Hukukunda, kamu ihalelerindeki ihale usulü 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20. maddesine göre iki şekildedir. Birincisi, açık ihale usulü,yani bütün isteklilerin teklif verebildiği bir usuldür. İkincisi ise, belli istekliler arasında ihale usulüdür⁸ ve burada yapılacak ön yeterlilik sonucunda sadece idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebilmesi düzenlenmiştir (Akyazı, 2010).

KİK. m.27 hükmü ile ihale belgelerinde nelerin olması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; “*İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

⁸ Nitekim, 4734 sayılı KİK'nun ihale usulüne ilişkin bu 20. maddesindeki belli istekliler arasındaki ihale usulüne, 5 Aralık 2008 tarihli RG'de yayımlanan 5812 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile bir değişiklik getirilmiştir. Bu değişiklikten önce, yapılan ön değerlendirme sonucunda ön yeterlilik belgesinde belirtilen yeteneklere sahip olan adayların tamamının teklif vermek üzere çağırılması zorunlu iken, artık idareler ön yeterlilik ilanında ve belgesinde belirtmek kaydıyla sadece yeterlilikleri tespit edilenler arasından belgelerde belirtilen kriterlere göre sıralayarak listeye aldıkları belli sayıda aday teklif vermeye davet edebilecektir. Konuya ilişkin AB kamu alımlarıyla ilgili 2004/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi'nin 44.3 maddesinde de ihale ilanında belirtilmek kaydıyla teklif veren aday sayısının sınırlanabileceği belirlenmiştir. Ancak, bu aday sayısının beşten az olmamak üzere rekabeti sağlayacak şekilde olması hüküm altına alınmıştır (Akyazı, 2010: 76).

Bugün ülkemizde hem Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasında başvuru⁹ hem de daha büyük çaplı ve yabancı firmaların konsorsiyum veya joint venture olarak iştirak ettiği işlerde uygulanan Amerika ve Avrupa kaynaklı standart formda sözleşmeler mevcuttur(Ergin, 2002). Bunlar,:

- *ENAA¹⁰ Model Form International Contract*,
- *ICE¹¹ Design and Construction Conditions of Contract*,
- *AIA¹² Contract Form A101:Standart form of Agreement Between Owner and Contractor where the basis of payment is a stipulated sum.*
- *EIC¹³ Turnkey Contract(Mayıs 1994)* gösterilebilir
- *DBIA¹⁴ Document No. 525 and No. 535: Agreement Between Owner and Design-Builder-Lump Sum* (Huse, 2002 : 24-28).

Uygulamada en yaygın olarak kullanılan tasarla-yap tarzı sözleşme formları ise, *FIDIC¹⁵(Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu) Turuncu Kitap, Yeni Sarı Kitap ve Gri Kitap*'tır. Bizim inceleme alanımızı oluşturan ve son yıllarda sıkça uygulanmaya başlayan, ikinci baskısı 2003 yılında yayımlanan *Gri Kitap(Silver Book)* ile 2007 yılında yayımlanan *ICC¹⁶(Milletlerarası Ticaret Odası) Model Turnkey Contract for Major Projects* anahtar teslimi inşaatlara ilişkin standart sözleşme formlarıdır.

1.3 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin özelliklerini incelemeye önce tanımına tekrar bir göz atmak gerekir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği götürü bir ücret karşılığında proje, tasarım ve mühendislik hizmetleri de dahil, bir inşa eseri veya tesisi, iş sahibine her yönüyle çalışır bir şekilde

⁹ Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın hazırlamış olduğu 'Sözleşme Tasarısı', 'Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi', 'Yapım İşleri İçin Kapalı Teklif Usulü İle İhale Şartnamesi', 'Teklif Formu', "Proje Kontrol Müşavirliği Hizmeti Yönetmeliği" gibi metinler bu niteliktedir (Yüksel, 2001 ; İnal İnşaat Sözleşmesi, 2008).

¹⁰ "Engineering Advancement Association of Japan" ilk olarak 1996' da ENAA Anahtar Teslimi Elektrik Santrali inşasına ilişkin standart bir sözleşme formu yayımladı (Huse, 2002: 25).

¹¹ "Institute of Civil Engineers" (<http://www.ice.org.uk>).

¹² "The American Institution of Architects" (<http://www.aia.org>).

¹³ "European International Contractors" (<http://www.eicontractors.de>).

¹⁴ "The Design Build Institute of America" (<http://www.dbia.org>).

¹⁵ "Fédération Internationale des Ingénieurs Conseil"(<http://www.fidic.org>).

¹⁶ "International Chamber of Commerce" (<http://www.iccwbo.org>).

teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. Müteahhit eserin tesliminden sonra da gerekli deneme testleri ve personel eğitimi dahil olmak üzere diğer bazı yükümlülükleri de üstlenmektedir (Ergin, 2003).

Taraflar, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ile tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşme kurmuş bulunmaktadır. Buna karşılık sözleşmenin sürekli sözleşme benzeri oluşu konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Sözleşmenin tanımından çıkan özellikleri şunlardır:

1.1.3 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

Borç doğuran sözleşmeler tarafların edimine göre çeşitli şekillere ayrılırlar. Bu sözleşmeler “bir tarafa borç yükleyen”, “iki tarafa borç yükleyen” ve “çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler” olarak üçe ayrılırlar. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de “tam iki tarafa borç yükleyen”, “eksik iki tarafa borç yükleyen” sözleşmeler olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılırlar (Eren, 2008 : 194).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı bir edim yüklenmektedir (Karahasan, 1997). Edimler arasında tam anlamıyla karşılıklılık ve bağlılık ilişkisi vardır ve taraflardan birinin edimi diğerinin ediminin sebep ve karşılığını oluşturur. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme, tarafların edimlerinin birbiriyle değiştirilmesi ile meydana gelir. (Eren, 2008 : 194; Ferries/Navins, 2004). Sözleşme uyarınca, müteahhidin üstlendiği inşa eserinin meydana getirilmesi ile iş sahibinin ödemeyi yüklediği ücret, sözleşmenin aslı edimleri ve zorunlu unsurlarıdır (Eren, 2001: 51). Bu edimler açısından her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu durumundadır (Karahasan, 1997; Kural ve diğerleri, 1988).

Tarafların irade beyanlarının bu aslı edimler açısından birbirine uygun olması aranır. Doktrinde inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak müteahhit bakımından yalnız inşa eseri unsurunun belirlenmiş olması aranırken, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin niteliği gereği ücretin de önceden götürü olarak belirlenmiş olması gerekir (Eren, 2001).

1.2.3 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, İvazlı Bir Sözleşmedir

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Çünkü sözleşme ile iş sahibi belirli bir ücret ödemeyi borçlanırken, müteahhit de bu ücret karşılığında kararlaştırılan inşa eserini tamamlayıp, teslim etmeyi, çalıştırmayı yüklenir. Ücret unsurunun yerine getirilmediği veya başka bir edimle yerine getirildiği bir sözleşmenin

eser sözleşmesi ve dolayısıyla anahtar teslimi inşaat sözleşmesi olduğundan bahsedilemez (Aral, 2003; Eren, 2001). Olağan inşaat sözleşmelerinin aksine, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde sadece ücret unsurunun kararlaştırılması yeterli değildir. Ücretin miktarının da sözleşmede götürü olarak belirlenmesi anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin kurulması için zorunlu bir unsurdur(Eren, 2001; Ergin, 2003; Huse; 2002).

1.3.3 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşme Olmakla Birlikte Bazı Yönleriyle Sürekli Sözleşme Benzeri Bir Sözleşmedir

1.3.3.1 Genel Olarak Ani Edim ve Sürekli Edim Kavramı

Tarafların borç ilişkisi gereği ortaya çıkan edimleri sürelerine göre “ani” ve “sürekli” edimler olmak üzere ikiye ayrılır. Edimin yerine getirilmesi için gerekli fiil ya da davranış bir defada bitirilecekse bu tür edim ani edimdir. Buna karşın, edimin ifası zaman içinde tekrarlanan ya da kesintisiz bir fiil ya da davranışı gerektiriyorsa, burada sürekli edim söz konusudur (Eren, 2008: 100). Edimin yerine getirilmesi için, borçlunun bir yandan edim sonucunu gerçekleştirecek eylem ve davranışta bulunması, diğer yandan da edim sonucunu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir. Her türlü eser, dolayısıyla inşaat sözleşmesinde edim fiili değil, edim sonucu borçlanılır (İnal, 2009; Karahasan, 1997). Sonuç olarak, borç ilişkisinin sürekli veya ani edimli oluşu, borçlunun edim sonucunun bir defada mı, yoksa belirli veya belirsiz bir zamana yayılan bir süreçte mi yerine getirildiğine göre değişir (Karahasan, 1997).

Bu ayrımın önemi, sözleşmenin sona ermesi halinde ortaya çıkar. Örneğin, ani edimli bir sözleşme taraflardan birinin irade beyanı ile sona erdiğinde geçmişe etkili olarak, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede ise, ileriye etkili olarak sona erer (Ergin, 2003; Karahasan, 1997).

1.3.3.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinden Doğan Edimin Ani Olduğuna İlişkin Görüşler

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi “ani edimli” bir “sonuç sözleşmesi“ olarak bilinir. Çünkü, BK 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser(istisna) sözleşmesinin bir uygulaması olan anahtar teslimi inşaat sözleşmesini, doktrindeki bazı görüşlerin aksine sürekli edimli bir sözleşme olarak görmeye imkan yoktur. Bu tür bir sözleşmede borçlanılan husus edim fiili olmayıp edim sonucudur (İnal, 2009). Çünkü, iş sahibi bakımından önemli olan inşa eserinin yalnızca anahtarın çevrilmesi ile kullanıma hazır bir

şekilde teslim edilmesidir. Borçlu, borçlandığı edim sonucunu ifa etmedikçe, her türlü edim fiilini yerine getirse bile borcunu ifa etmiş sayılmaz (Ergin, 2003; İnal, 2009)

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, edim fiili açısından bir değerlendirme yapıldığında, müteahhidin borçlandığı edimin zaman içine yayıldığı görülür. Bu sebeple sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olduğu ileri sürülebilirse de doktrindeki hakim görüşe göre; bunu belirleyecek olan bir işin görülmesi değil, işin sonucunun, yani inşa eserinin meydana getirilip teslim edilmesidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğu kabul edilmelidir; çünkü, burada edim fiili değil, edim sonucu ön plandadır (İnal, 2009; Karahasan, 1997).

Müteahhidin inşa eseri meydana getirme borcunun “inşa eseri” ve “meydana getirme” olarak incelediğimiz unsurları birbirinden ayrı ve bağımsız iki borç değildir. Bunlar aynı borcun(bir eser meydana getirme borcunun) iki unsurudur (Ergin, 2003 : 22-23). Burada anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından önemli olan, edim sonucunun, yani inşa eserinin müteahhit tarafından meydana getirilmesi ve bunun çalışır halde iş sahibine teslim edilmesidir (İnal, 2009). Bu suretle müteahhidin borcu sona erer ve iş sahibinin menfaati karşılanmış olur. Bu sebeple, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi kanımızca ani edimli bir borç ilişkisi doğurmaktadır.

Diğer yandan, yasa koyucunun, müteahhidin edim sonucuna kadar olan evrelerdeki edim fiillerini¹⁷ sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları göz önünde tutarak hüküm altına almış olması, taraflar arasındaki güven ilişkisinin gelişmesine ve tarafların hak ve borçlarının eksiksiz ortaya konmasına bağlanabilir. Bu durum sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu anlamına gelmez (Karahasan, 1997; İnal, 2009).

1.4 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1.4 Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun “akdin muhtelif neveleri” başlığını taşıyan ikinci kısmında, çeşitli borç ilişkileri düzenlenmektedir. Kanunun bu kısmında düzenlenen sözleşme tiplerinden başka, kanunla düzenlenmemiş özel sözleşme tipleri de vardır (Eren, 2008 b: 192).

¹⁷ Müteahhidin bu evredeki iş görme faaliyetleri, sonucun sağlanması yükümünün yanında ve ondan bağımsız bir borç ilişkisi teşkil etmez (Ergin, 2003 :22; İnal, 2009: 202-203).

Sözleşmeler, kanunlarda düzenlenmiş olup olmadıklarına göre “isimli sözleşmeler” ve “isimsiz sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılırlar. İsimli sözleşmeler, kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş borç sözleşmeleridir ve Borçlar Kanunu’nun ikinci kısmında “özel borç ilişkileri” içinde düzenlenmektedir (Eren, 2008). İstisna akdi de bu sözleşmelerden biridir. İsimsiz sözleşmeler ise, Borçlar Kanunu veya başka bir kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler, kanunda öngörülüp düzenlenmemiş, kanunda kendilerine bir isim verilmemiştir (Eren, 2008: 192). Tarafların, Borçlar Kanunu’nun 19. maddesi ile hükme bağlanan sözleşme özgürlüğü kapsamında belirli sınırlar içinde kalmak şartıyla diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapabileceklerine ilişkin düzenleme isimsiz sözleşmelerin temelini oluşturur (Eren, 2008; Karasahan, 1997). Sözleşme özgürlüğü ilkesi taraflara, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, şekil, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma ve sözleşmenin tipini (içeriğini) belirleme özgürlüğü tanımaktadır (Aral, 2003: 50). Ancak, BK m. 20/I uyarınca sözleşme yapma özgürlüğü sınırlanmış ve içeriği, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerin yapılması yasaklanmaktadır. Ayrıca, hukukun emredici kuralları, sözleşme adaleti ve güven ilkesi ile dürüstlük kuralı da sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır (Eren, 2008 b).

İsimsiz sözleşmeler kendi içinde “karma sözleşmeler” ve “sui generis(kendine özgü) sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ancak, “bileşik sözleşmeler” isimsiz sözleşme olarak kabul edilmemekle birlikte isimsiz sözleşmeler içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle üçüncü bir tip olarak incelenecektir.

1.4.1.1 Karma Sözleşmeler

Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasını içerdiği unsurların, taraflarca kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen veya tamamen bir araya getirildiği sözleşmelerdir. Bu şekilde bir araya getirilen isimli sözleşmelerin unsurları bağımsızlıklarını kaybederek, meydana gelen yeni sözleşme ilişkisi ile birbirlerine karışmakta ve bir bütün oluşturmaktadır (Aral, 2003: 52; Eren, 2008 b: 91; Yavuz, 2008: 11).

Buna karşılık, bazı yazarlar, karma sözleşmeyi tanımlarken, yalnız isimli sözleşmeleri değil, isimli sözleşmelerle isimsiz sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesi hallerini de göz önünde bulundurmakta ve bu hallerde karma sözleşmenin

mevcut olduğunu öne sürmektedir. Bu halde “geniş anlamda karma sözleşme”nin söz konusu olduğunu ileri sürülmektedirler. Tarafların, yalnız kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin asli edimlerini bir araya getirerek yeni bir sözleşme yaptığı hallerde ise “dar anlamda karma sözleşme” söz konusudur (Eren, 2008 b: 92).

Karma sözleşmeler de kendi içinde üçe ayrılmaktadır:

- i. Cifte tipli karma sözleşmeler: Bu tür karma sözleşmeler, kanunla düzenlenmiş olan iki isimli sözleşmenin asli edimlerinin kanunda öngörülmeleyen bir biçimde taraflarca karşılıklı olarak yüklenilmesi ile meydana gelir. Burada, taraflardan her birinin asli edimi hem kanunda düzenlenmiş bir sözleşmenin asli edimini oluşturmakta, hem de tarafların birbirine karşı yükledikleri edimleri oluşturmaktadır. Sözleşme ile tarafların yükledikleri edimler, edim karşı edim ilişkisine dayanarak birbiriyle değiştirilebilmektedir. Bunlar niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir (Eren, 2008 b).
- ii. Kombine(Bileşik) tipli karma sözleşmeler: Taraflardan birinin, kanunda düzenlenmiş iki veya daha çok sözleşmeye ait asli edimleri üstlenmesine karşılık, diğer tarafın para ödeme borcu altına girdiği karma sözleşme türüdür. Örneğin, mimarlık sözleşmesinde, mimar plan ve projenin yapımına ek olarak inşaatın yönetim ve denetimini de yapma borcunu üstlenmektedir. Bu sözleşmede, mimarın plan ve projeyi yapması istisna sözleşmesinin unsurlarını taşımakta, inşaatı yönetip değerlendirmesi ise vekâlet sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Bunun karşılığında ise, iş sahibi bir miktar para ödemeyi borçlanmaktadır (Eren, 2008 b: 94).
- iii. Eklemlı karma sözleşmeler: Bu sözleşme türü ile, taraflardan biri veya her ikisi farklı sözleşme tiplerine ait asli edimleri ayrılmaz bir bütün halinde tek bir yapı içinde taahhüt etmektedir (Yavuz, 2008). Bu şekilde çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar birbirlerine eklemlenmektedir (Eren, 2008 b).

1.4.1.2 Sui Generis(Kendine Özgü Yapısı Olan) Sözleşmeler

Sui generis (kendine özgü yapısı olan) sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş herhangi bir isimli sözleşmenin unsurunu kısmen veya tamamen içermeyen sözleşme unsurlarından

oluşmaktadır (Aral, 2003; Yavuz: 2008). Taraflar, bu tür sözleşmeler ile kanunda düzenlenmiş sözleşme unsurları dışında kendilerinin kararlaştırdığı yeni unsurlarla bir sözleşme yaratmaktadırlar. Tarafların bu şekilde oluşturup bir araya getirdikleri unsurlar, bir bütün içinde ayrı bir sözleşme oluşturmaktadır. İşte bu sözleşmelere sui generis sözleşmeler denir (Eren, 2008 b).

Bazı yazarlar, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerin unsurlarıyla, yasada düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilerek kurulan sözleşmeleri de sui generis sözleşme olarak görmektedir. Ancak, bu yöndeki görüşler geniş anlamda karma sözleşme ile sui generis sözleşme kavramlarının birbirine karıştırılacağı yönünden eleştirilmektedir (Eren, 2008 b).

1.4.1.3 Bileşik Sözleşmeler

Bileşik sözleşmeler, iki veya daha çok bağımsız sözleşmenin tarafların anlaşmalarıyla bu niteliklerini korumak suretiyle kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde birbirine bağlı olacak şekilde bir araya getirilmesi ile oluşmaktadır. Burada, taraf iradeleri ile birbirine bağlı hale getirilen sözleşmeler, hukuki nitelik ve vasıfları itibarıyla tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmelerdir. Taraflar bu sözleşmelerin sadece varlık, işleyiş ve geçerliliklerini birbirine bağlamaktadır. Bu sebeple, sözleşmelerden biri meydana gelmez ve geçerli olmazsa, diğeri de meydana gelmez ve geçerli olmaz(Eren, 2008 b; Yavuz, 2008).

1.4.1.4 Hukuk Kurallarının Uygulanması

İsimsiz sözleşmelerle ilgili anlaşmazlıkların çözümü için sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması gerekir. İsimsiz sözleşmelerin yorumlanması da aynen isimli sözleşmeler gibidir. Buna göre, tarafların isimsiz sözleşmeleri kurarken ileri sürdükleri iradeleri güven ilkesine göre yorumlanır. Tarafların irade beyanları, mevcut hal ve şartlarda makul ve dürüst bir kimsenin söz konusu beyana vermesi gereken anlama uygun olarak yorumlanmaktadır(Aral, 2003).

Sözleşmenin bu şekilde yorumlanması ile sözleşmede, anlaşmazlığa uygulanacak bir kuralın bulunmaması durumunda sözleşme boşluğu söz konusudur ve bu boşluk sözleşmenin tamamlanması suretiyle doldurulur.

Bu konuda karma sözleşmeler ve kendine özgü sözleşmeler bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, karma sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin değişik görüşler vardır. Bunlar, dışlama, soğurma(imtisas), birleştirme(terkip), yasadaki

bireysel hükümlerin uygulanması, kıyas yoluyla uygulama, hakimin hukuk yaratması görüşleridir. Ancak, bu görüşlerden hangisinin benimsendiği konusunda net bir açıklama yapmak mümkün olmamaktadır (Eren, 2008 b). Kanımızca, sözleşmedeki koşullar ve taraf menfaatlerine uygun düşecek ölçüde bir görüşle hareket etmek daha isabetli olmaktadır.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler bakımından uygulanacak hukukta, hakimin TMK m. 1/II'e göre hukuk yaratmak suretiyle sözleşmedeki boşlukları doldurması gerekir (Aral, 2003).

1.4.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi Borçlar Kanununda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple isimsiz bir sözleşme niteliğindedir. Taraflar, sözleşmenin asli unsurlarını serbestçe belirleyebilirler.

Yukarda belirtilen isimsiz sözleşmelere ilişkin görüşler değerlendirildiğinde, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi isimsiz sözleşme çeşitlerinden karma sözleşme olarak nitelendirilebilir. Zira, müteahhit, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ile bir inşa eseri meydana getirip iş sahibine teslim etme borcunu üstlenmekte, bunun karşılığında da iş sahibi, götürü olarak tespit edilmiş bir ücret ödeme borcunu üstlenmektedir. Ancak, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin belli aşamaları vardır. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, sözleşme ile gerçekleştirilmek istenen inşa eserine ilişkin plan ve projeleri hazırlanması, malzemenin sağlanması ve alımı ile inşaatın yapılıp teslim edilmesi, sözleşmenin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Bazı durumlarda, inşaatın iş sahibine teslimi ile müteahhidin sorumluluğu son bulmamaktadır. Müteahhidin, tesisin çalışır halde teslim edilmesi için gerekli deneme testlerinin yapılması ile tesiste çalıştırılacak personelin temini ve bu kişilere gerekli eğitimlerin verilmesi gibi başka sorumlulukları da söz konusudur. Hatta, müteahhidin tesisten ürün elde edilmesini de taahhüt ettiği durumlarda, ürün teslim sözleşmesinin varlığı söz konusudur ve müteahhit ancak bu aşamalardan sonra ücrete hak kazanabilmektedir.

Bu tür edimlerden oluşan anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, müteahhidin sözleşmenin ilk aşamasındaki edimlerine uygulanacak hukuk kuralları esas itibariyle Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesine ilişkin kurallarıdır. Sözleşmenin tamamlanıp tesliminden sonra müteahhide yüklenen diğer edimler ise, sözleşmeye göre vekalet, hizmet veya garanti sözleşmelerine ait edimlerden kaynaklanmaktadır. Müteahhidin bu edimlerine karşılık, iş sahibi götürü(sabit) olarak belirlenmiş bir ücret ödemeyi, yani bir

para borcunu üstlenmektedir. Bu sebeplerle, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi kombine(bileşik) tipli karma bir isimli sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Zira, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ile esas olarak beklenen, bir inşaat eserinin sözleşmeye uygun olarak yapılıp iş sahibine teslim edilmesidir.

1.5 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN YARARLARI VE SAKINCALARI

Son yıllardaki ekonomik gelişmelere bağlı olarak bir hayli dışa açılan inşaat sektörü, kredi teminindeki zorluklar nedeniyle yeni sözleşme tipleri ve uygulamalarını da beraberinde getirmektedir. İnşaat sözleşmelerinin bir türü olarak uygulanan anahtar teslimi sözleşme de aşağıda değinilecek yararları ile özellikle uluslararası nitelik taşıyan büyük çaplı projeler ve tesisler açısından modern teknikleriyle önemli yer tutmaktadır. Bu sayede gelişen ve finansmanlar yardımıyla dışa açılan inşaat sektörüne getirileri yadsınamaz. Fakat her koşulda olduğu gibi bu sözleşmenin de uygulamadan doğan sakıncaları mevcuttur. Önemli olan bunu en aza indirecek önlemlere başvurmaktır.

1.5.1 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Yararları

Uluslararası alanda, “Tasarla-Teklif Et- Yap”(Design-Bid-Build) modeli, inşaat sözleşmelerinin genel yaklaşımıdır. Burada iş sahibi projenin planını gereksinimleriyle birlikte ayarlar. İş sahibi tarafından seçilen proje tasarımcısı(mimar) inşaat için gerekli ve uygun olan çizimlerini getirir. Bu çizimlerin ne kadarının iş sahibinin işine yarayacağı iş sahibinin hedefine ve tecrübesine göre değişir. Örneğin; Fransa’daki inşaatlarda proje çiziminden müteahhit sorumludur ve detaylı bir çizim getirmesi beklenir (Huse, 2002).

Tasarla-teklif et-yap türü projelerde iş sahibi hem projeyi hem de projenin koordinasyonunu sağlar. Fakat, bazen inşaatın tümünün tamamlanacağı günün, farklı tasarımlar ve inşaat safhalarına göre ertelenmesi söz konusu olabilir. Çünkü, bazı durumlarda iş sahibi tarafından sağlanan tasarımların müteahhidin teknik kapasitesini karşılamakta yetersiz kaldığı görülür. Müteahhit sağlanan teknolojiye uyum sağlamaya çalışırken inşaat başa ertelemeler ve gecikmeler de söz konusu olabilir (Huse, 2002).

Benzer şekilde, iş sahibinin, tasarla-satın al-yap modeli bir sözleşmede en düşük maliyeti sağlamak için birden çok müteahhitle birlikte çalışması da söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, iş sahibinin hangi edim ve işlerin sözleşmeye konulması gerektiğine karar vermesi gerekir. Diğer yandan, müteahhitler arasındaki koordinasyonu sağlamak da yine iş

sahibine düşer (Huse, 2002). Fakat her bir iş ve edim paketlerinin düzgün tanımlanması ve dağılımı problem teşkil edebilir. Her türlü belirsizlik veya edimlerin dağılımındaki bir eksiklik iş sahibinin sorumluluğundadır ve müteahhidin bunların açıklanmasını talep edebilir (Huse, 2002). Bu durum iş sahibi için büyük risk doğurur. Oluşan bütün bu riskler de inşaatın gereklerinden uzaklaşmaya, hatalı maliyetlere neden olmaktadır (Huse, 2002).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bu tür aksaklıkları, gecikmeleri önlemek açısından son derece yararlıdır. Çünkü, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, müteahhit işlerin hem tasarımından hem de yapımından sorumlu olurken, işlerin koordinasyonunu da sağlamaktadır. Diğer yandan, iş sahibi de daha önceden talep ettiği ve belirttiği performansta, tamamlanmış bir projeye sahip olmaktadır. İş sahibi yapılan işlerin performansı ve kalitesi hakkında bir sorumlu aradığında müteahhitten başkasına başvurması gerekmez. Buna ek olarak sorumluluğun tek taraflı olarak müteahhide ait olması, onun projeye ilgili konularda iş sahibine yapacağı talepleri de azaltmaktadır. Çünkü, klasik anlamdaki inşaat sözleşmelerinde müteahhidin talepleri müşavir mühendis tarafından verilen talimatlara dayanmaktadır. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde müşavir-mühendis, sözleşmenin merkezi bir yöneticisi olmadığı ve projenin tasarım ve inşası da müteahhide ait olduğu için, müteahhit tarafından gelecek talepler de azalmaktadır (Huse, 2002).

Müteahhidin işleri, iş sahibinin belirttiği şekilde uygulanabilir bir biçimde dağıtmakla görevli olduğunu belirtmiştik. Buna aykırı olarak meydana gelecek herhangi bir kusur veya hata sözleşmede aksi belirtilmedikçe müteahhide aittir. Bu sonuç tek kişide toplanan (tek hedefli/noktalı) bir sorumluluk esasını beraberinde getirir. İş sahibi kusurun tasarımdan mı, yoksa işçilerden mi kaynaklandığını araştırmak zorunda kalmaz; çünkü, adres bellidir ve o da müteahhittir (Huse, 2002).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, hem proje tasarımcısının hem de müteahhidin sorumlulukları daha katı bir şekilde müteahhide yüklenir. Uygulanacak standart performans, sözleşme ile sağlanır ve eğer sözleşmede özel hüküm yoksa, uygulanabilir hukuk devreye girer. FIDIC Gri Kitap'taki standart uygulama "amaca uygunluk"(fitness for purpose) esasıdır. Bu esası uygulayacak olan da müteahhittir. Örneğin; bir termal güç tesisinin inşasında iş sahibi, müteahhidin yapması gerekenleri, tesisin boyutu ve niteliği olsun, ortaya çıkarılacak enerjinin verimliliği ve bunun için sarf edilecek kalemler olsun belirler. Bu sebeple, iş sahibinin orijinal tasarımı, ulaşmak istediği amaca uymuyor ve

eksiklikler varsa, müteahhit “fitness for purpose”¹⁸ esasına göre sözleşme konusu tesisi bu eksiklikler tamamlanmış şekilde teslim etmekle sorumludur (Huse, 2002; FIDIC, 1999).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde götürü(sabit) ücret uygulamasının bulunması, iş sahibine hem ödeme zamanı hem de işin toplam bedeli açısından bir kesinlik sağlar. Bu yöntemle müteahhidin ön ödemeleri azalır ve işin daha hızlı tamamlanması sağlanır (Huse, 2002). İş sahibi böylece artan iş gücü maliyetlerinden ya da eksik veya hatalı çalışmalardan dolayı ekstra ödemelerden muaftır.

Kredi veren kurumlar açısından bakıldığında, bunlar, finanse ettikleri projelerde genellikle anahtar teslimi inşaat sözleşmelerini tercih ederler. Kredi veren kurumlar, götürü ücret esaslı ve tek kişide toplanan sorumluluğun, projelerin tamamlanmasında riski azalttığına ve tüm finansal tablo bakımında daha fazla kesinliğe sahip olduğuna inanmaktadırlar. Bu sebeple, uluslararası projelerde bu metodun hakim olduğu görülmektedir (Huse, 2002).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından en yararlı nokta ise, projenin hem tasarımını hem de inşasını yapan müteahhidin, iş sahibinin tasarımlarını anlamak için zaman kaybetmemesidir. Çünkü müteahhidin tasarımı, onun inşaatı yapım yöntemine ve elindeki malzemelere uyum sağladığı için daha etkili ve zamanında tamamlanan bir inşaatı ortaya çıkarır. Böylece müteahhidin elinde olan kontrol, inşaatın yapımında onun tecrübe ve uzmanlığıyla birleşerek yeni sistemlerin adapte edilmesine de kolaylık sağlar. Son olarak ise, tasarım ve inşa aşamalarının tek başına müteahhitte toplanması iş sahibi ile müteahhit arasında oluşabilecek uyuşmazlıkları da en aza indirmektedir (Huse, 2002).

1.5.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Sakıncaları

Müşavir-mühendisin, klasik metodların aksine anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde tasarım ve inşaat aşamasındaki yönetim ve kontrol görevi yoktur. FIDIC’te müşavir-mühendisin önceleri mevcut olan yönetim rolü, Gri Kitap’ta yenisiyle değiştirilmiş ve artık o, kısmen iş sahibinin temsilcisi durumuna getirilmiştir. Bu yeni rol esneklik ve işlerin tasarım ve inşasıyla ilgili kontrole izin vermektedir. Ancak, anahtar teslimi sözleşmede uygulamada her gün inşaatın kontrol edilmesi ya da inşaata müdahale edilmesi daha azdır ve bu da müşavir-mühendisin pratikteki rolünü azaltmaktadır (Huse, 2002).

¹⁸ ICE tasarla-yap sözleşme formunun 8(2)(b)(Sub-clause) hükmünde de aynı şart belirtilmiştir (Huse, 2002: 36).

İş sahibi, müşavir-mühendisin olmadığı bir durumda tasarımdan ve inşaatın aşamalarından uzak kalmakta, kullanılan teknikleri anlayamamaktadır. Müşavir-mühendisin inşaatın tasarımı ve inşasında aktif olduğu durumlarda ise, iş sahibi aşama aşama işin nasıl yapılması gerektiğinden haberdar olmaktadır. Müteahhidin hem zamandan hem de maliyetten tasarruf etmek için projeyi tasarlanandan daha vasat bir şekilde yapması ise diğer bir sakınca olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeptendir ki, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde hâlâ müşavir-mühendisin rolü göz ardı edilemez (Huse, 2002).

Sözleşmeden doğan bir diğer sakınca da, anahtar teslimi sözleşme için teklif verildiğinde müteahhidin genellikle ileri safhalardaki tasarımlarını tamamlamış, maliyeti ve projeye dahil riskleri bilmek için gerekli çalışma ve testleri yapmış olmasıdır. Bu şartlar altında da sözleşme için teklif vermenin maliyeti müteahhit açısından çok yüksek olmaktadır. Uluslararası projeler bakımından Dünya Bankası, öncelikle teknik esaslar çerçevesinde olmak üzere ve daha sonra ücret rekabeti dikkate alınarak sınırlı sayıda (maksimum 6) teklif verilmesini önermiştir. Bu tür uygulamalar hem ihale masraflarını hem de teklif havuzunun kalitesini artırmaktadır (Huse, 2002).

Son olarak , iş sahibi anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ile projenin yapılmasından doğan risklerden kurtulmakta ise de piyasa güçleri nedeniyle müteahhit, projedeki risk arttıkça sözleşmedeki ücreti de yüksek tutmaktadır (Huse, 2002). Diğer yandan, iş sahibi ücreti ödeyen konumunda olduğu için avantajlı durumdadır. Ücretin verilmesi ile buna dayanarak müteahhidin yükümlülüklerinin aşırı derecede arttırılması ve haklarının sınırlandırılması sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların artmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin imzalanması aşamasında çok titiz davranılması gerekmektedir (Ersoy, 2001).

Kanaatimizce, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin sayılan sakıncaları bir yana; teknik, hukukî ve finansal açıdan mevcut yararları göz ardı edilemez. Bu sebeple, inşaat sektöründe yeni açılımlar sağlayacak bu tür sözleşmelerin daha çok müteahhit ve iş sahibi firmalar tarafından benimsenmesi gerektiği inancındayız.

BÖLÜM II

ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

2.1 MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, belirtildiği gibi, isimsiz karma bir sözleşme niteliğindedir. Sözleşme, ağırlıklı olarak istisna(eser) sözleşmesinin özelliklerini taşımaktadır. Bu sebeple, müteahhidin borçları sözleşmede yazılı olarak açıkça belirtilmelidir. Müteahhit buna uygun davranmakla yükümlüdür.

Bu başlık altında müteahhidin hem eser(istisna) sözleşmesinden kaynaklanan borçları hem de anahtar teslimi inşaat sözleşmesinden doğan bazı borçları incelenecektir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi açısından müteahhidin borçlarına genel olarak baktığımızda öncelikle tasarımdan inşa eserinin teslimine kadar sorumlu olan müteahhidin eserin plan ve projelerini sağlama borcu ortaya çıkmaktadır. Müteahhit bunu kendi tedarik edebileceği gibi, bir mimar aracılığıyla da gerçekleştirebilir. Zira, bu tür çizimler çok teknik bilgi gerektiren ve inşaatın sağlıklı biçimde meydana getirilmesi için titiz çalışma isteyen projelerdir.

İnşa eserinin plan ve projelerinin tamamlanmasının ardından müteahhidin asıl borcu bu inşa eserini meydana getirmek, yani inşaatı yapmaktır. Müteahhidin bu aşamada, inşa eserinin tipine göre gerekli inşa yerinin, şantiyenin, makinelerin ve diğer işletme araçlarının yapımını ve üretim işlerini planlaması gerekmektedir. Böylece müteahhit, gerekli makineleri ve inşaat malzemelerini, inşaatın yapımı için ihtiyacı olan personeli, satınalma ile satış ilişkilerinin kurulması için gerekli tüm mühendislik ve yönetim hizmetlerini tespit etmelidir (Ergin, 2003)

İnşa eserini sözleşmeye uygun olarak inşa etmek zorunda olan müteahhit, eserin tesliminden önce iş sahibinin, tesisi sorunsuz olarak işletmesini sağlamakla da görevlidir. Bu, sözleşmenin niteliğinden doğan bir borçtur. Buna göre müteahhit, inşaatını tamamladığı tesisin işletilmesi için gerekli olabilecek her türlü işi yapmak zorundadır. Örneğin; teknolojik koruma haklarının lisansa bağlanması, know-how kullanım lisansı ve devri, yönetim hizmetlerinin sağlanması veya iş sahibinin personelinin eğitilmesi gibi teknik ve ticari know-how'ın sağlanması şeklindeki yükümlülükler burada sayılabilir.

Hatta zaman zaman bu yükümlülükler, tesisin tesliminden sonra bakım taahhütleri veya yedek parça tedarik sözleşmeleri ile uzun vadede sağlanan hizmetler de girebilmektedir (Ergin, 2003).

“Basit Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi”nde tesisin inşasından sonra müteahhit yaptığı bir deneme çalışmasıyla tesisin çalışmaya hazır olduğunu kanıtladığı anda yükümlülüklerini yerine getirmiş kabul edilir. Anahtar tesliminden de kastedilen esasen budur. Ancak uygulamada “ürün elde etme (produit en main)” sözleşmesi olarak bilinen bir sözleşme ile müteahhit bazı hallerde iş sahibine, tesisin verimliliğini belli sınırlar içinde garanti etmektedir. Müteahhidin bu sözleşme ile taahhüt ettiği garantileri yerine getirebilmesi için de sözleşmede öngörülen süreler içinde tesisin yönetimine dahil edildiği görülmektedir. Bu ek sözleşmeler müteahhidin asıl yükümlülüğü olan ve anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ile kurulan hukukî ilişkinin tamamlayıcısı niteliğindeki yan yükümlülüklerdir. Bu tür ek sözleşmeler ile amaçlanan tesisin, yapılış amacına uygun olarak başarılı bir şekilde çalıştırılmasını sağlamaktır (Ergin, 2003).

2.1.1 Müteahhidin İnşa Eseri Meydana Getirme (İnşaat Yapma) Borcu

Borçlar Kanunu m. 355’te açıkça belirtildiği gibi eser sözleşmesinde, müteahhidin en temel borcu, “bir eser meydana getirme” borcudur. Bu borcun inşaat sözleşmesindeki karşılığı ise bir inşa eseri(yapı) meydana getirmek ve onu iş sahibine teslim etmektir. Ancak, müteahhidin bu eseri teslim edebilmesi için öncelikle bu inşa eserini meydana getirmesi, yani inşa etmesi gerekir.

Müteahhidin inşa eserini meydana getirme borcunun özelliği onun bir “yapma edimi” olmasıdır. Bu durumda, müteahhidin inşa eseri yapma borcuna Borçlar Kanunu’nun yapma edimlerine ilişkin hükümleri uygulanabilir (Öz, 2006).

İnşa eserinin meydana getirilmesinde asıl olan, sözleşmenin kararlaştırılan şekilde kusursuz, ayıpsız ve eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulabilir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin özelliğinden dolayı böyle bir durumda bir taraf edimini yerine getirmemiş sayılacağından, karşı tarafın edimini yerine getirmesini de isteyemez¹⁹ (Karataş, 2004). Diğer yandan, bir sözleşmede

¹⁹ Yargıtay 15. HD’nin 10.12.2001 T. 4000/5695 sayılı kararına göre; davacı müteahhit davalı arsa sahibine ait 10 parsel üzerine tasdikli plan ve projesine uygun olarak 8 adet işyeri yapımını üstlenmiş, davalı ise 4 adet bağımsız bölümüne karşılık gelen arsa payı devrini davacıya vaat etmiştir. Aralarındaki sözleşmenin 7. maddesi gereği binanın teslimi iskan koşuluna bağlanmıştır. Ancak belirtildiği gibi karşılıklı borç yükleyen

edimin yerine getirildiğini söyleyebilmek için borçlanılan inşa eserinin olması ile fiilen yerine getirilen eserin sadece sözde değil, özde de, yani amacı itibariyle birbirine uyması gerekir. Bu durum, sözleşmeden beklenen amaca ulaşıp ulaşılamadığı hallerde önem arz eder (Karataş, 2004)²⁰. Yargıtay 15. HD'nin 28 Ocak 2004 tarih ve 3442/446 esas ve karar sayılı bir kararında eserin tanımı yapılmıştır²¹. Buna göre;

sözleşmelerde asıl olan sözleşmenin eksiksiz ifasıdır. Sözleşme gereği binanın teslimi iskan koşuluna bağlandığı halde, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin iskanının alınmadığı Belediyenin 29.04. 1999 günlü yazısı ile anlaşılmaktadır. BK m.81 gereğince, iki taraflı akitlerde bir akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmemiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Dolayısıyla, müteahhidin kendi borcunu yerine getirmeden eserin bedelini ödemesi mümkün değildir. Davada, istenilen arsa payı yapılan binanın bedelidir ve müteahhidin eksiklikleri giderip sözleşme uyarınca oturma iznini de aldığımda sözleşme bedelini isteme hakkı saklı kalmak koşuluyla bu aşamada açılan davanın reddi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşerek yazılı şekilde kabulü nedeniyle mahkemenin hükmü Yargıtay tarafından bozulmuştur (Karataş, 2004: 82).

²⁰ Yargıtay 15. HD 14.05.2001 T. 590/2568 sayılı kararı: Söz konusu davada taraflar arasındaki 24.04.1998 tarihli sözleşme uyarınca apartmanda kömür yerine doğalgazla ısınmanın temin edilmesi kararlaştırılmıştır. Amaç apartman sakinlerinin ısınmasıdır. Müteahhidin sözleşme ile bu amacı sağlaması halinde ücrete hak kazanması söz konusudur. Müteahhit, işin ön incelemesini yapmakta ve projeyi üstlenmektedir ve bunları yaparken sözleşmenin amacına uygun hareket etmelidir. Müteahhit hangi nitelikteki kazanın projeye uygun olduğunu kendisi belirler, iş sahibi daha düşük kapasitede kazan konulmasını istese dahi, işin uzmanı olan müteahhidin iş sahibini eserin amacına ulaşılamayacağı konusunda uyarması yasadan doğan yan borcudur(BK m. 357). Söz konusu olayda, işin teslimini takip eden Mart ayında davacı yan ısınamadıklarını iddia etmiş ve bilirkişi raporuna göre aynı sitede emsal bloklarda 315.000 Kcal/h kapasiteli kazanlar bulunduğunu, değiştirilen katı yakıt kazanının da 300.000 Kcal/h kapasiteli olduğu, onun yerine konulan kazanın ise 255.000 Kcal/h kapasiteli olması nedeniyle binanın ısıtılmasına yeterli ve sözleşmenin amacına uygun olmadığı iddia edilmektedir. Davalı müteahhit ise kazanı sözleşmede belirtilen niteliklere göre seçtiğini ve borcunu ifa ettiğini iddia etmektedir. Mahkemece müteahhidin savunması kabul edilmiştir. Ancak söz konusu karar Yargıtay tarafından bozulmuş ve konulan kazan ile konulması gereken kazan kapasitesi arasındaki farktan ayıbın giderilmesi bedelinin bilirkişi tarafından saptanmasına, sözleşme tarihinde 255.000 Kcal/h yerine 300.000 Kcal/h kazan konulsaydı sözleşme bedelinin ne kadar artacağıının bulunması ve bulunacak bu farkın saptanan ayıp giderlerinden mahsubuna karar verilmiştir (Karataş, 2004: 84).

²¹ Benzer bir hüküm Yargıtay 15. HD'nin 30.11.2006 T., 2005/7631 esas 2006/6983 karar sayılı kararında şu şekilde belirtilmiştir: “Borçlar Yasası'nın 355. maddesinde tanımlandığı üzere; eser sözleşmeleri iki yanlı sözleşmelerdir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de taraflarına karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki yanlı ve eser sözleşmesinin bir türüdür. Yüklenici davacılar, Borçlar Yasası'nın 356. maddesi hükmü gereğince, arsa sahiplerine karşı yükledikleri özen borçları uyarınca inşaatı yasa ve sözleşme hükümlerine ve ayrıca fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve tamamlanmış eser olarak arsa sahiplerine teslim etmekle yükümlüdürler. O halde, davacı yüklenicilerin yapımı yükledikleri inşaatı yasa ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yapıp yapmadıklarının mahkemece öncelikle araştırılıp tesbiti gerekmektedir. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporlarından inşaatın yasal olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Tüm bu sebeplerle, mahkemece yapılacak iş; inşaatın Belediyeden işlem dosyası getirilerek uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inşaat üzerinde keşif ve inceleme yapılarak inşaatın imar mevzuatına uygun olarak yapıp yapılmadığının belirlenmesi; inşaat yasal değilse yasal hale getirilmesi olanaklı ise buna yönelik işlemlerin yükleniciler tarafından yapılabilmesi için uygun süre verilmesi ve inşaatın yasal olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda ise az yukarıda açıklandığı üzere arsa sahipleri yararına ipotek tesisi gerektiği gözetilerek bunun için gereken işlemlerin yapılması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesi; inşaatın yasal olmaması ya da verilen süre içinde yasal hale getirilmemesi yahut ipotek tesisi için öncelikle yapılması gereken işlemlerin yapılmaması durumunda ise davanın reddine karar vermekten ibaret olmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden ve yetersiz bilirkişi raporu hükmüne dayanak alınarak mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir” (<http://www.kazanci.com> son erişim tarihi 20.03.2009).

“Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir iş görme sözleşmesidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise, teslim edilen eserin bedelini(ücret) ödemektir. Eser, yüklenicinin sermayesini, sanat ve becerisini kullanarak gerçekleştirdiği sonuçtur. İş sahibi ismarladığı eserin belli nitelikler taşımasını, amacını karşılamasını arzu eder. Şayet ismarlanan eser iş sahibinin beklentisini karşılamıyorsa sözleşmenin yararlar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eser, fen ve sanat kurallarına uygun ve iş sahibinin amacını karşılar nitelikte imal edilmelidir. Aksi halde eser bozuktur(ayıplıdır) ve yüklenicinin bozukluğa(ayıba) karşı garanti sorumluluğu ortaya çıkar” (Duman, 2008: 78).

Müteahhidin bir inşa eseri meydana getirme ve bunu teslim etme borcu kapsamında bu iki ana borçtan doğan ve bu borçların sözleşmeye uygun olarak ifasını sağlayan başka borçlar da söz konusudur (Aral, 2003; Karataş, 2004; İnal, 2009). Bunlar; müteahhidin eseri şahsen veya kendi yönetimi altında yaptırması(BK m. 356/II), inşa eserinin meydana getirilmesi için gerekli malzeme ve araç, gerecin sağlanması (BK m. 356/III ve m. 357), müteahhidin işe zamanında başlama ve sürdürme borcu, müteahhidin özen ve sadakat borcu ile ayıba karşı tekeffül borcudur.

2.1.1.1 Müteahhidin İnşa Eserini Şahsen Yapma veya Başkasına Yaptırma (Alt Müteahhitlik) Borcu

BK m. 356/II uyarınca “Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur”. Bu hükümlerle BK m. 67’de düzenlenen borçlunun şahsen ifaya mecbur olmadığı hükmüne bir istisna getirilmiştir. (Aral, 2003; Eren, 2001; Karataş, 2004; Öz, 2006; Uygur, 1998). Çünkü, doktrindeki bazı yazarların da belirttikleri gibi, borçlunun şahsen ifası inşaat sözleşmelerinin özelliği gereği pek mümkün olmamaktadır.

Buna karşılık, BİGŞ m.17’e göre ise, müteahhidin işin başında bulunması zorunluluğu ile m.46’da işin kısmen başkasına devrinde İdare’nin yazılı izninin aranması gibi düzenlemeler, bayındırlık işlerinin bir kısmında hala müteahhidin işi kendi yönetimi altında yaptırma borcu olan BK m.356’daki kuralın sıkı bir şekilde uygulandığının göstergesidir (Ergin, 2003).

2.1.1.1.1 Müteahhidin İi Şahsen Yapması veya Kendi Yönetimi Altında Yardımcı Kiŗilere Yaptırması

Müteahhidin iŗi bizzat kendisinin yapması kuralı, kiŗiliđinin önem taŗıdıđı, yani müteahhidin kiŗisel yetenek ve becerilerine dayanılarak iŗ sahibi ile szleŗme akdediŗ hali ile ilgilidir. Bu tür edime “kiŗiye bağlı edim” denir. Müteahhit bu tür edim yükümüne aykırı hareket ederse, yani iŗi Şahsen yerine getirmezse, iŗ sahibi de BK m. 106 hükmüne göre hareket edebilir. (Aral, 2003; Eren, 2001; z, 2006).

Müteahhidin bir tüzel kiŗi olduğu durumlarda ise zaten iŗin bizzat yapımından değil, müteahhidin kendi yönetimindeki yetkili organlar ya da kiŗiler tarafından iŗin ifasından söz edilir (Ergin, 2003).

Müteahhidin iŗi kendi yönetimi altında yaptırma borcunda, yukarıda söz edildiği gibi, müteahhit geçici veya sürekli ŗekilde iŗ szleŗmesi ile bağlı iŗiler, mimarlar, mühendisler, ustalar alıŗtırabilir. Bu durumda BK m. 100 anlamında “ifa yardımcıları”ndan söz edilir²². Burada müteahhit, mimarına yapı projesini çizdirir, mühendislere tesisat projelerini çizdirir ve bunun gibi diğer iŗblmlerini koordine eder. Bu durumda çıkacak herhangi bir borca aykırılıkta, müteahhit BK m. 100 anlamında kusursuz sorumluluğa, baŗka bir deyiŗle sebep sorumluluğuna göre sorumlu olacaktır. Müteahhidin bu tür bir sorumluluktan kurtulması, “yardımcı kiŗi kullanan borçlunun, ifa konusu iŗi yardımcı kiŗi yerine bizzat kendisi yapsa idi gene aynı borç ihlali ve zarar ortaya çıkacak ve o bundan sorumlu tutulmayacak²³” olmasına bağlıdır (z, 2006).

Bir baŗka grŗe göre; BK m. 356 ile müteahhidin eseri kendisi yapmak ya da kendi idaresi altında yaptırma zorunda olduğu karinesi konulmuŗtur. Kendi idaresi altında yapma yalnız kendi müstahdem ve iŗileri ile değil, aynı zamanda alt müteahhitler aracılığı ile de olabilir (Yalçınduran, 2000; Karahasan, 1997).

Müteahhidin iŗi kendi yönetimi altında yaptırma borcu aŗađıdaki hususları içermektedir (Dayınlarlı, 2008: 43-44; Ergin, 2003: 46):

²² Yargıtay 15.HD'nin 20.03.2003 T. 52/1444 esas ve karar sayılı kararında; olay, iŗin yapılması esnasında, davalı müteahhidin elemanı olan kiŗinin iŗ esnasında çaktığı çivinin kabloya isabet etmesi ve onu hasara uğratmasından ibarettir. Dolayısıyla müteahhidin yardımcı kiŗisi vasfındaki iŗisinin eylemlerinden kendisi sorumludur. İŗ sahibi ise ancak olaya hile veya ağır kusuru ile sebebiyet vermiŗse sorumlu olabilir. Olayda, davacı iŗ sahibinin hile ve ağır kusuru bulunmadığı halde davacının da kusurlu kabul edildiği ve zararı bu kusur oranında paylaŗtıran mahkeme kararı açıklanan sebeplerle bozulmuŗtur (Karataŗ, 2004: 87).

²³ Müteahhide malzeme ve araç gereç teslim edenler ile tüzel kiŗi müteahhidin organları yardımcı kiŗi sayılmadıklarından müteahhide vermiŗ oldukları zararlardan dolayı BK m.100'e göre sorumlu tutulmazlar (Ergin, 2003; 47).

- Üstlenilen inşaat süresi içinde meydana getirilmesinin sağlanması amacıyla yeterli sayıda personelin iş mahallinde bulundurulması ve gerekli maddi düzenlemelerin yapılması
- Gerekli araç gereç ve ekipmanın sağlanması
- İşin ifasını yürütecek teknik ve idari kadronun (yardımcı kişilerin) sağlanması ve bu kişilerin gerektiğinde takviye edilmesi
- İşin ifası amacıyla yardımcı kişilere gerekli talimatların verilmesi
- İşin ifası sırasında gerekli güvenlik ve koruma tedbirlerinin alınması.

Büyük işletmelerde müteahhit, kurmuş olduğu örgütlenme ile bu borcunu yerine getirirken yaptığı örgütlenmenin de amaca uygun olmasından sorumludur. İnşaat sözleşmelerinde işi yerinden yürütecek bir yardımcı kişi bulundurulur. Bu yardımcı kişi işlerin yönetim ve koordinasyonundan sorumlu ise “müşavir-mühendis” olarak da tayin edilebilir (Ergin, 2003; 47).

2.1.1.1.2 Müteahhidin İşini Kısmen veya Tamamen Başkasına Yaptırması (Alt Müteahhitlik)

Müteahhidin edimini şahsen veya kendi yönetimi altında üçüncü kişilere yaptırmasına dair kanun hükmü, emredici nitelikte değildir. Bu yüzden taraflarca aksi sözleşme ile kararlaştırılabilmektedir. Zaten BK m. 356/II hükmü ile eserin niteliğine göre müteahhidin kişisel niteliklerinin önemli olmadığı durumlarda, müteahhidin üstlendiği işi başkalarına yaptırabileceği ifade edilmiştir (Yalçınduran, 2000).

Günümüzde, hem genel inşaat sözleşmeleri, hem de bunun bir türü olan anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri bakımından müteahhidin işin tamamını kendisinin yapması mümkün değildir. Bu durum inşaat sözleşmelerinde hem teknik, hem de ekonomik açısından çok zordur; çünkü özellikle anahtar teslimi inşaat projelerinde büyük tesislerin inşaatı gündemdedir ve bu tür inşaatlar çeşitli uzmanlık alanlarına ilişkin tekniklerin de bir arada kullanılmasını gerektirir. Bu durumda müteahhit, işi şahsen ifa etmek yerine, inşaatı gerçekleştirmek için fiilî ve fikrî emek vererek çalışacak kişileri bir araya getirmek ve onların uyumlu ve uygun çalışmalarını denetlemekle görevli olmalıdır. Zira, bu tür inşaat sözleşmelerinin çoğunda müteahhit ya bir tüzel kişi, ya bir ticaret şirketi ya da konsorsiyum veya joint-venture=ortak girişim şeklinde oluşmuş ortaklıklardır. Bu yüzden işin şahsen ifası her halde mümkün gözükmemektedir.

İşin tamamının veya bir kısmının alt müteahhide devredilmesi üç halde mümkündür. Bunlar(Yalçınduran, 2000; Uygur, 1998):

- İstisna(inşaat) sözleşmesinde bu hususun kararlaştırılmış olması,
- Devrin iş sahibinin iznine bırakılması,
- BK m. 356/II hükmü gereğince işin niteliği icabı bir başkası tarafından yapılmasında sakınca olmamasıdır.

Müteahhit tarafından ifa edilecek işin bir başkası tarafından üstlenilmesi durumunda bir alt istisna sözleşmesinden söz edilir. Alt istisna sözleşmesi de niteliği itibariyle bir istisna sözleşmesi olduğu için BK 355-371. madde hükümleri uygulanır. Alt istisna sözleşmesinin konusunu da istisna sözleşmesinin konusu oluşturur. Yani anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından alt müteahhitlerle sözleşme yapan müteahhit bu alt müteahhitlerle yine anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturacak şekilde bir sözleşme yapar. Alt istisna sözleşmesini şöyle açıklayabiliriz: istisna sözleşmesi ile iş sahibi tarafından yetkilendirilen müteahhit, alt istisna sözleşmesi ile işi kısmen veya tamamen bir başkasına yaptırmak ile iş sahibi konumuna gelir ve istisna sözleşmesinin iş sahibi hükümlerine tabi olur. İş alan müteahhit de alt müteahhit olarak Borçlar Kanunu'nun müteahhide ilişkin hükümlerine tabi olur (Yalçınduran, 2000). Asıl müteahhit bu sözleşmeyi iş sahibi adına değil, kendi ad ve hesabına yapar. Alt müteahhit de bu sözleşme ile kendi adına müteahhitten bağımsız hareket eder(Yalçınduran, 2000; Eren, 2001; Seliçi, 1978; Özyörük, 1988).

Müteahhidin işinin tamamını veya bir kısmını yapan alt müteahhitler, asıl müteahhide karşı sorumlu olup, yaptıkları işle ilgili olarak çalıştırdıkları kişilere karşı idare ve denetim yetkisine sahiptirler(Yalçınduran, 2000).

2.1.1.2. Müteahhidin İnşa Eserini Meydana Getirmek İçin Gerekli Araç Gereçleri ve Malzemeyi Sağlama Borcu

Müteahhidin araç gereç ve malzemeye ilişkin borçları BK m. 356 son fıkra ile m.357'de düzenlenmiştir. Ayrıca bu konuda BİĞŞ 18. maddede araç ve gerece ilişkin borçları, 13. maddede ise malzeme hakkında ayrıntılı açıklamalar mevcuttur (Kural ve diğerleri, 1988).

Araç gereç²⁴ ve malzeme sözcükleri uygulamada hep bir arada kullanılsa da anlam bakımından birbirinden ayırt edilmesi gereklidir. “Araç, genel anlamı itibariyle nesnelere veya kişiler arasındaki bağlantıyı sağlayan şey, yani vasıta”dır (Aydemir, 2009: 241). İnşa eseri açısından araç(ve gereç); inşaatın meydana getirilmesi sırasında ondan yararlanan ve inşa eserinin içeriğine dahil olmayan, inşa eseri tamamlandıktan sonra da yıpranmış olsa dahi eserden ayrılabilen ve kim tarafından sağlanmış ise, mülkiyeti de ona ait olan nesnelere veya tesislerdir. Küçük boyutlarda olan ve usta ya da işçilerin kullandığı araçlara ise alet edevat da denilmektedir (Aydemir, 2009).

Malzeme kavramı, eserin meydana getirilmesi için inşa eserinin içeriğine dahil olan ve onunla bütünleşen veya onun bütünleyici parçası olan nesnelere veya tesisler olarak açıklanabilir (Aydemir, 2009; Duman, 2008).

2.1.1.2.1 Araç ve Gereçlerin Sağlanması

BK m. 356 fıkra III'teki düzenlemeye göre, aksine sözleşme veya teamül bulunmuyor ise, imal edilecek inşa eseri için gerekli araç gereç ve malzemeyi müteahhit sağlar. Ancak, müteahhit bu araç gereçleri imal etmek zorunda değildir (Dayınlarlı, 2008; Uygur, 1998; Kural ve diğerleri, 1988). Fakat işin gereği gibi ifası için ne ölçüde el emeğine, ne ölçüde araç ve makinelere başvurulacağını saptamak (aksine sözleşmede hüküm yoksa) müteahhide aittir (Tandoğan, 1987; Uygur, 1998). BK m. 356/III' teki araç gereci müteahhidin sağlayacağı hükmü kesin değil, düzenleyici bir hüküm niteliğindedir. Çünkü madde metninde, “aksine sözleşme veya teâmül bulunmadıkça” ibaresi bulunmaktadır. Buna göre taraflar sözleşme ile araç gereçleri iş sahibinin sağlayacağını kararlaştırabilirler.

Araç ve gereçten kasıt, inşa eseri tamamlandıktan sonra eserden ayrılabilen ve müteahhit tarafından geri alınıp götürülebilen şeylerdir. Bir inşaat için gerekli araç gereçler arasında inşaat makineleri başta gelir. Bunun yanı sıra motorlar, vinçler, beton kalıplar, makine yedek parçaları, iskeleler, barakalar, geçici enerji hatları, işçi ve ustaların kullanacakları alet edevat da araç gereç olarak tanımlanabilir (Karataş, 2004; Tandoğan, 1987; Dayınlarlı, 2008; Öz, 2006; Uygur, 1998). Müteahhit aksine sözleşme olmadığı

²⁴ Aydemir'e göre, doktrin ve uygulamada araç ve gereç sözcükleri birarada ve aynı anlamda kullanılmalarına rağmen, birbirinden farklı sözcüklerdir. Gereç sözcüğü, doktrindeki malzeme sözcüğü ile aynı anlamı taşımaktadır. Ancak, biz doktrindeki genel görüşe göre araç ve gereç kelimelerini aynı başlık altında ve aynı anlamda inceleyecek, malzeme kavramını ise, ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz.

hallerde yalnız bu araç ve gereçleri temin ile değil, onların bakım ve korunmasını, hatta işletme masraflarını karşılamayı da borçlanmaktadır. Bunun yanı sıra, müteahhidin inşa eserini tamamlayıp iş sahibine tesliminden sonra, araç gereçleri inşa eserinin yapıldığı yerden kaldırması gerekmektedir. Örneğin, müteahhit kurulmuş iskeleleri sökmeli, kullanılmayan beton kalıplar ve iş makineleri inşaat sahasından kaldırılmalıdır. Bu işlemler, müteahhidin eseri teslim borcu kapsamına girmektedir (Dayınlarlı, 2008; Tandoğan, 1987; Uygur, 1998).

Sözleşmede aksi hüküm bulunmayan hallerde müteahhide ait olan araç gereç sağlama borcuna ilişkin masrafların, sözleşmedeki bedele eklenmesi mümkün değildir. Ticarî teamüller de bu yöndedir (Duman, 2008; Karataş, 2004; Öz, 2006; Uygur, 1998). Çünkü, bunlar iş sahibini ilgilendirmemektedir. Yargıtay 15. HD'nin 18 Mayıs 2000 tarih 157/2444 karar sayılı kararında²⁵ konuya ilişkin şu hüküm yer almaktadır:

“Sözleşmenin konusu tavan armatürlerinin montajı olup, yüklenici iskele bedelini istemektedir. İskele, eserin bir parçası olmayıp, işte kullanıldıktan sonra yüklenicide kalan bir araçtır. BK m. 356 son fıkraya göre sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, yüklenici imal olunacak şeyin icrası için gereken alet edevatı kendi masrafı ile sağlamaya mecburdur. Sözleşmede bunun aksine bir hüküm bulunmadığına göre yüklenici iskele bedeli isteyemez”.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin de niteliği gereği, sözleşmenin başından beri sorumlu olan müteahhit yine iş sahibinden ne araç gereç temini için ne de inşa eseri tamamlandıktan sonra bunların kaldırılıp götürülmesi için ekstra bir ücret talep edemez. Araç gereç temin masrafları müteahhide ait olduğundan, götürü(sabit) ücret şeklinde kararlaştırılan anahtar teslimi sözleşmenin bedeli içinde önceden araç gereç giderleri hesaplanır. İşin ifasından sonra kaldırılıp götürülmesi ise müteahhidin sorumluluğundadır (Duman, 2008).

Müteahhit tarafından sağlanan araç ve gerecin gerek kalite gerekse miktar bakımından inşaata uygun olması gerekir. Müteahhit, işi daha hızlı bitirmek için makul sınırlar dışında kalacak kadar fazla veya pahalı araç gereç kullanamaz, inşaatın niteliğinden daha yüksek nitelikte inşaat araçları temin etmesi de beklenmez. Aynı şekilde, müteahhidin masraftan kaçınmak için yetersiz ve inşaata uygun olmayan araçlar kullanması da bu

²⁵ YKD, 2000/12, s. 1847 (Aydemir, 2008 : 243'tan naklen).

borcunu ihlal etmesi demektir. Burada karşımıza çıkan sonuç, müteahhit kullandığı yetersiz ve niteliksiz araç gereçlerden dolayı inşaatın yapımında gecikmişse veya ortada ayıplı bir inşaat söz konusu ise, iş sahibine karşı sorumlu olur (Duman; 2008; Öz, 2006).

2.1.1.2.2 Malzemenin Sağlanması

Malzeme, inşa eserinin meydana getirildiği maddedir. Aydemir' e göre, yapının varlığı için gerekli olan ve kullanılmakla onun bir parçası olan tuğla, kiremit, ahşap, taş, kum, çimento, çakıl, kireç, alçı, cam, boya, elektrik kabloları, her türlü madeni, plastik veya beton boru gibi nesnelere ile asansör, kalorifer, doğalgaz, su, elektrik, telefon gibi tesislerle ilgili her türlü tesis ekleri malzemeyi oluşturur. Malzeme sayılan bu tesislerden bir kısmı sökülebilir olsa da yapının tamamlayıcı parçası olmakla mülkiyet yönünden iş sahibine aittir (Aydemir, 2009; Dayınlarlı, 2008; Karahasan, 1997). Malzeme hem hammadde hem de yarı mamül madde olabilmektedir. Kum ve taş hammadde, İnşaatta kullanılan demir, çimento, kireç gibi maddeler ise, yarı mamül maddelerdir. Bazı yazarlar (Tandoğan, 1987; Duman, 2008), arsa ve planların bu anlamda malzeme sayılmayacağı görüşünde olmakla birlikte, BK m. 357/II bunlara da kıyas yoluyla uygulanabilmektedir²⁶. Müteahhit malzemeyi kullanmakla, teslim etmekle yükümlü olduğu halde, onu imal etmekle yükümlü değildir (Duman, 2008; Eren, 2001; Tandoğan, 1987).

BK m. 357'de malzeme sağlama borcu hem müteahhit hem de iş sahibi açısından düzenlenmiştir. Taraflar da bunu sözleşmede serbestçe kararlaştırabilirler. Malzemenin sağlanması yönünden inşaat sözleşmesi, “olağan inşaat sözleşmesi” ve “inşa eseri teslim sözleşmesi” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan inşaat sözleşmesinde malzemeyi sağlama görevi iş sahibine düşerken, eser teslim sözleşmesinde hem malzemeyi sağlayan hem de eseri meydana getiren müteahhittir. Eser teslim sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir inşaat sözleşmesidir (Eren, 2001: 69). Eser teslim sözleşmesine ilişkin hükümler, anahtar teslimi inşaat sözleşmesine de uygulanmaktadır. Bu nedenle burada yalnız eser teslim sözleşmesi bakımından malzeme sağlama borcu ele alınacaktır.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, diğer bütün borçların yanında malzemeyi sağlama borcu da müteahhide düşmekte ve müteahhit bu malzemeler ile inşa eserini meydana getirmektedir. Müteahhit malzeme sağlama borcunu yüklenirken bunun iyi cins olmasını da taahhüt etmektedir(BK m.70). İyi cins malzeme, ayıpsız malzeme, yani

²⁶ Tandoğan, aksi görüşte olup, çalışma araç gereçleri, yapının üzerine inşa edileceği arsa ile iş sahibi ve müteahhide ait planları malzeme kapsamında değerlendirmemektedir (Tandoğan, 1987: 104).

sözleşmede vaad ve zikredilen ya da dürüstlük kuralına göre gerekli vasıfları taşıyan malzeme olmalıdır. Malzeme istenilen kaliteye sahip, yani orta kalitede ise, iyi cins malzeme sayılır. Ayrıca malzeme, inşa eserini tür itibarıyla sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirmeye elverişli ise, gerekli vasıflara sahip malzeme niteliği taşır. İnşa eseri, taraflarca kararlaştırıldığı tarz ve nitelikte meydana geldiği takdirde, söz konusu elverişlilik gerçekleşmiş olur. Taraflar arasında malzemenin kalitesi konusunda herhangi bir uyuşmazlık halinde, iyiniyet kurallarına başvurulur (Duman, 2008; Eren, 2001; Tandoğan, 1987).

Sözleşme ve eklerinde malzemenin cins ve kalitesi belirtilmişse, o malzemenin kullanılması zorunludur. Sözleşmede belirtilen malzemenin sağlanma olanağı yoksa, ona eşdeğer nitelikteki malzemenin de kullanılması mümkündür. (Aydemir, 2009). Fakat burada da orta kalitedeki²⁷ malzeme işin niteliğine göre belirlenmelidir. Örneğin; bir gökdelen veya fabrika inşasında, bunun gerektirdiği kalınlıkta ve sağlamlıkta çelik malzeme kullanılması gerekir (Duman, 2008; Öz, 2006). İş sahibinin bunu kabullen kaçınması iyiniyet kurallarına aykırıdır. Bu durumda iş sahibi varsa ancak bedel farkının indirilmesini isteyebilir. Buna karşılık malzemenin niteliği sözleşmede belirtilmemişse, bunu iyi cins malzeme olarak, yani orta dereceden daha üstün, nitelikli, işin yapısına ve konumuna uygun, herkes tarafından beğenilebilir malzeme olarak algılamak gerekir (Aydemir, 2009; Karataş, 2004).

Müteahhit, sağladığı malzemenin ayıplı olmasından sorumlu olduğu gibi, başkasının bu malzeme üzerinde üstün hak iddia etmesi halinde de zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur. BK m. 357/I'deki "bu hususta satıcı gibi mükelleftir" sözü ile zapta karşı tekeffül borcu ifade edilmekte, BK m. 182 ve onu izleyen maddelerde de, satıcının borçları açıklanmaktadır. Çünkü, inşa eserinde kullanılan malzeme bir bakıma iş sahibine satılmaktadır (Aydemir, 2009; Eren, 2001; Karataş, 2004). Buradaki ayıba karşı tekeffül ile tamamlanmış eserdeki ayıba karşı tekeffülü birbirinden ayırmak gerekir. BK

²⁷ Yargıtay 15. HD 23.02.2006 tarih ve, 5519/1011 esas-karar sayılı kararında : "Somut olayda, yapının güçlendirilmesi ya da yıkılıp yeniden inşa edilmesi gerektiği bilirkişilerce gerekli görülmüştür. Alınan raporlardan beton kalitesinin çok düşük olması nedeniyle hasarın oluştuğu, meydana gelen zararlarda zeminden(arsadan) kaynaklanan bir hatanın bulunmadığı ve varsa bile yüklenici tarafından iş sahibinin uyarılmadığı belirlenmiştir. Yine, yapının yıkılıp yeniden yapılmasının güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu belirtilmekle ilk yüklenici davalı şirket, yıkım ve yeniden yapım giderlerinden sorumludur. Ancak yapıdaki hasar 1999 yılında ortaya çıkmış ve yeniden yapımın gerektiği de 2000 yılında belirlenmiştir. Davacı zararın artmasına neden olmamak için gerekli tedbirleri almak ve davasını da zamanında açmak zorundadır. Kendi ihmalden dolayı artan zarardan davalının sorumlu tutulması doğru olmayacağından meydana gelen zarar 2000 yılının fiyatlarıyla belirlenmelidir"(Duman, 2008: 255).

m.357/I'deki ayıba karşı tekeffül, müteahhidin verdiği malzemedeki ayıplara ilişkindir. BK m.360'da ise meydana getirilen eserdeki ayıplar nedeniyle müteahhidin tekeffülü söz konusudur (Dayınlarlı, 2008; Tandoğan, 1987; Karahasan, 1997).

Müteahhit sağladığı malzemedan dolayı hem ayıba hem de zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumludur. Ayıba karşı tekeffülde satım sözleşmesine ilişkin hükümler değil, istisna sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Buna karşılık, müteahhidin zapta karşı tekeffül sorumluluğuna satım sözleşmesine ilişkin BK'nun 189-193 maddelerindeki zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanmalıdır (Eren, 2001).

Kamu yapılarında, kullanılacak malzeme ihale kanunlarına göre müteahhit tarafından sağlanacağından, inşa eserinde kullanılan malzemedan doğan sorumluluk da müteahhide aittir. Esasen uygulamada müteahhit, kullanacağı her türlü malzemeyi yapı denetim görevlisine göstererek bu malzemenin sözleşmeye konu işe elverişli olup olmadığını kabul ettirmektedir(BİGŞ m.16) (Aydemir, 2009).

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 9. maddesine göre, kamu yapım işlerinde müteahhit, iş ve işyerini sigorta yaptırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kapsamına, işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihrazat²⁸, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar ile tesislerin sigortalanması girmektedir. İşe başlama tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı müteahhidin, ihale dokümanında belirtilen nitelikte sigorta yaptırması gerekmektedir.

2.1.4 Müteahhidin Özen Gösterme ve Sadakat Borcu

2.1.4.1 Genel Olarak

Müteahhidin işi sadakat ve özenle yapma borcunun kanunda tanımı bulunmamaktadır. Bu borç, istisna sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliği taşımasından doğar ve iş görme de genellikle başkası yararına hareket etmeyi gerektirir. Bu sebeple, bu borç inşaat sözleşmesi açısından da müteahhidin iş sahibinin yararına olan şeyleri yapması, zararına olan şeyleri yapmaktan kaçınması olarak tanımlanır (Tandoğan,

²⁸ **İhrazat:** İnşaat bünyesinde kullanılacak malzemenin, müteahhit tarafından şantiyeye getirilerek, usulüne uygun olarak depo edilmesi olarak tanımlanabilir (İnşaat Terimleri Sözlüğü <<http://www.serki.com/index>> son erişim tarihi: 08.03. 2010).

1987; İnal, 2009; Uygur, 1998). Bu borç, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının bir uzantısıdır. Söz konusu borç sözleşmede önceden belirlenmez, sözleşmenin ifası sırasında ihlâl edildikçe ortaya çıkar (Karataş, 2004).

Doktrindeki hakim görüşe göre; sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Özen borcu aynı zamanda sadakat borcunun bir sonucudur (Tandoğan, 1987; Uygur, 1998). Sadakat borcu, en geniş anlamıyla müteahhidin eser inşa etme edimini sözleşmeye göre tamamlaması dışında, iş sahibinin her alanda menfaatlerini gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama yükümlülüklerini içerir. Örneğin, müteahhit inşaat sebebiyle eline geçen iş sahibine ait projeleri, planları iş sahibinin izni olmaksızın başkalarına vermemeli, iş sahibine ait öğrendiği sırları saklamalıdır (Öz, 2006). Özen borcuna ilişkin olarak BK m. 357'den şu çıkarımlara varılabilir: Malzemenin iş sahibi tarafından verildiği durumlarda müteahhit malzemenin veya gösterdiği arsanın kullanılışı hakkında iş sahibine hesap vermek ve malzemenin artanı iş sahibine iade etmek zorundadır (BK m. 357/II). Bir diğer sonuç ise, iş sahibinin gösterdiği arsanın veya sağladığı malzemenin inşa eserinin gereği gibi ya da vaktinde ifasını tehlikeye sokacak ayıplar doğurması durumunda müteahhidin, iş sahibine haber verme yükümlülüğüdür. Hatta bir diğer sonuç olarak da, kanunda öngörülmemiş olsa bile müteahhidin genel bir ihbar yükümlülüğü mevcuttur. Buna göre müteahhit, sadece malzeme veya arsaya ilişkin ayıpları değil, sözleşmenin vaktinde ifa edilmesini tehlikeye sokan diğer bütün durumları da derhal iş sahibine haber vermekle yükümlüdür. Ayrıca, iş sahibinin verdiği talimatlar sonucunda bu tür durumlar ortaya çıkarsa yine, iş sahibini uyarmalıdır (Tandoğan, 1987).

BK m. 356/I'e göre, müteahhit işçinin hizmet sözleşmesinde göstermek zorunda olduğu özeni, eser, dolayısıyla inşaat sözleşmesinde de göstermelidir. Ancak, işçinin özen yükümlülüğü ile müteahhidin özen yükümlülüğünün bir tutulması uygun değildir. Çünkü, müteahhit mesleğinde uzman bir kişidir. Ayrıca müteahhit işin ifası sırasında işçi gibi emir ve talimatlara bağlı çalışmaz. Bu sebeple, müteahhit bağımsız çalıştığı için onun özen yükümlülüğünün işçinin özen yükümlülüğüne göre daha fazla olması gerekir (Eren, 2001). Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin özellikleri de bunu zorunlu kılmaktadır.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin niteliği gereği hem sözleşmenin kurulmasından önce müteahhide düşen sorumluluklar hem de sözleşmenin ifası sırasındaki risklerin ona ait oluşu, müteahhidin özen ve dikkat derecesini maksimumda tutmasını

gerektirmektedir. Çünkü, iş sahibinin sözleşmeye müdahalesinin en az olduğu anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde inşaatın yapımından teslimine kadar müteahhit odaklı, yani tek kişide toplanan bir sorumluluk, onu özen yükümlülükleri konusunda daha titiz olmaya sevk eder.

2.1.4.2 Müteahhidin Başlıca Özen Yükümlülükleri

Müteahhidin özen borcu, inşaat sözleşmesi ile ifasını yüklenmiş olduğu inşaa eserini meydana getirirken, benzer bir inşaa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkati sarfetmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak²⁹ ve kullanmaktan oluşur. Müteahhidin göstermek zorunda olduğu bu özene doktrinde “objektif özen” adı verilir. Objektif özenden maksat, müteahhidin alanında yetenekli ve becerikli bir meslek adamının göstereceği özen ve dikkati göstermesidir³⁰ (Eren, 2001). Özen yükümlülüğünün ölçütü BİGS m.13/III’te de açıkça belirtilmiştir. Müteahhidin tacir sıfatı taşıdığı durumlarda ise, TTK m. 20 uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir (Tandoğan, 1987; Uygur, 1998).

Müteahhidin özen borcu anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin kurulması ile başlayan ve inşaa eserinin iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eden bir borçtur. (Karataş, 2004). Hatta bazı şartlar altında büyük tesislerin inşaatlarında olduğu gibi inşaatın amacına uygun olarak çalıştırılması için inşaatın iş sahibine tesliminden sonra da bazı ek yükümlülükler doğar. İşte bu aşamada da müteahhidin sadakat ve özen borcuna aykırı davranmaması gerekir. Çünkü, müteahhidin edimini ifa edebilmesi için iş sahibinin menfaati doğrultusunda inşaa eserinin teslimi gerekir. İşte o zamana kadar da müteahhidin yükümlülükleri devam eder.

²⁹ Müteahhidin özen yükümlülüğü inşaa eserinin ifası sırasındaki bilinen ve uygulanan teknik kurallara göre belirlenir. Bilim ve uzmanlar tarafından teorik olarak doğruluğu kabul edilmiş ve uzman meslek adamlarının çoğunluğu tarafından denenip uygulanan her kural teknik kuraldır (Eren, 2001: 74-75).

³⁰ Yargıtay 15. HD’nin 04.04.2002 tarih ve 5925/1611 sayılı kararı da bu yöndedir (Karataş, 2004). Söz konusu karara göre, hükme esas alınan raporda batarya ve muslukların sözleşmeyle belirlenen marka olmadığı, dairelerin kalebodur döşemelerinin itinayla yapılmaması sonucu bir kısmında kötü görüntü verdiği, parkelerin 3. ve 4. sınıf olduğu, çevre düzenlemesinin eksik yapıldığı ve bunun gibi birçok eksiklik, ayıp ve nitelik farkı olduğu saptanmıştır. Bu durumda müteahhidin özen borcunun gereği gibi yerine getirilmediği görülmektedir. Çünkü müteahhit, sözleşmede marka olarak belirlendiği halde o malzemeyi kullanmamakla 3. ve 4. sınıf bir malzeme kullanmakla, ortalamanın altında bir iş yapmış tır. Dolayısıyla müteahhidin edimini gereği gibi yerine getirdiğinden bahsedilemez.

Eserin tesliminden sonra özen ve sadakat yükümlülüğünün yerini ayıba karşı tekeffül sorumluluğu almaktadır. Yargıtay da 15. HD'nin 12 Ekim 1998 tarih ve 3228/3801 sayılı kararı ile bunu şu şekilde belirtmektedir : “*Özen borcuna aykırılık nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu, eser teslim edilmiş olsa dahi, sonuç sorumluluğu, başka bir anlatımla, ayıba karşı tekeffül(BK m.360) sorumluluğu olarak ortaya çıkar*” (Karataş, 2004: 99; Tandoğan, 1987: 53).

Müteahhit özen yükümlülüğü gereğince bir işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve finansal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını incelemeli ve ona göre işi üstlenmelidir. Aksi takdirde özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan sorumludur. Bu duruma anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde özellikle dikkat edilmelidir. Örneğin, müteahhit eserin meydana getirilmesi için gerekli ön şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırmalıdır. Projeler, planlar, inşaat ve masraf hesaplarının ve şartnamede esas olarak kabul edilen diğer durumların incelenmesi hayati önem taşır (Tandoğan, 1987). Çünkü, kapsamı gereği büyük maliyetli ve geniş hacimli bina veya tesis inşaatlarını kapsayan bu sözleşmeyi imzalayacak müteahhit hem teknik, hem de finansal açıdan kapasitesini belirlemek zorundadır. Aksi halde hem iş sahibine verdiği zararlardan hem de inşaatın yapılamamasından dolayı meydana gelecek zararlardan sorumlu olacaktır.

Yargıtay 15. HD'nin 20 Mart 2003 tarih, 4406/1449 esas ve karar sayılı kararında (Karataş, 2004: 100) şu şekilde hüküm verilmiştir:

“Eser sözleşmesinde yüklenici, kural olarak işin görülmesi ve tesliminde yüksek özen göstermelidir (BK m.356/1). Yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve işin gerektirdiği ekonomik durumun o iş için yeterli olduğunu iyice değerlendirmek ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak durumundadır. Aksi halde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve yüklenici de bundan sorumlu tutulur”

BK m. 356'daki özen yükümlülüğüne ilişkin hüküm emredici nitelikte değildir. Taraflar isterlerse bu hükmün aksini kararlaştırabilirler (Eren, 2001).

2.1.4.3 Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları

Müteahhit özen yükümlülüğünü ihlâl ederek iş sahibini bir zarara uğratırsa BK m. 96 vd. ile BK m.357/I hükümlerine göre sorumlu olur.

İnşa eserinin yapımı sırasında, müteahhidin özen yükümlüğünü ihlâl edeceği, eseri ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı anlaşılırsa BK m. 358 uyarınca iş sahibine bazı haklar tanınmıştır (Aral, 2003; Uygur, 1998). Bu durumda iş sahibi müteahhide uygun bir süre verebilir veya hakime başvurmak suretiyle bu süreyi tayin ettirebilir. Bu süre tayin edilirken müteahhide, işi gereği gibi yapmadığı takdirde, masrafları ve hasarı kendisine ait olmak suretiyle ayıpların giderilmesi veya işin devamının üçüncü bir kişiye devredileceği ihtar edilir. Bu ihtar sonucunda müteahhit yine işi ifa etmekten kaçınırsa, doğan masraflardan sorumlu olur ve BK m. 358/II' ye göre iş sahibi, işin ifasını başkasına yaptırılabilir. Ancak, işin başkasına yaptırılabilmesinin bazı şartları vardır. Bunlar; inşa eserinin yapılması sırasında işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağı kesin olarak tahmin edilmesi ve müteahhidin kusurunun bulunması, iş sahibi tarafından önce müteahhide işi düzeltilmesi için bir süre verilerek ve bu süre içinde düzeltilmezse, işin başkasına yaptırılacağı ihtarında bulunulmuş olmasıdır. BİGŞ m. 14 son fıkrası ile m.41/VI fıkrası da bu durumu ayrıntılı olarak düzenlemektedir(Tandoğan, 1987).

Bir diğer durum ise, iş sahibinin işi başkasına yaptırma zorunluluğunun olmadığı, müteahhitten direkt zararının tazminini para ile isteyebileceğidir (Tandoğan, 1987).

BK m. 358/II'de iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, işin başkasına yaptırılmasının uygun olmadığı, özellikle işin başkasına yaptırıldığı halde bile inşaatın(eserin) ayıpsız olarak yapılmasının imkansız olduğu veya üçüncü kişinin eseri zamanında bitiremeyeceği hallerde, BK m.358/I'in kıyasen uygulanabilmesi ve kanımızca iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi mümkün olmalıdır(Aral, 2003).

Tandoğan'a göre de, borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönmeye ilişkin BK m. 106/108 kıyas yoluyla diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde ve dolayısıyla BK m. 358/II anlamında da uygulanabilmelidir. Böylece müteahhit verilen sürede gerekli düzeltmeleri yapmazsa iş sahibi doğrudan sözleşmeden dönebilmelidir (Tandoğan, 1987; Uygur, 1998). BİGŞ m. 47/I ve II hükümleri de bu görüş doğrultusundadır.

2.1.2 Müteahhidin İe Zamanında Balama ve Sürdürme Borcu

2.1.2.1 Genel Olarak

“Ani edimli” veya “sonuç sözleşmeleri” olarak bilinen eser sözleşmelerinde borcun ifası eserin teslim edilmesine bağlıdır. İe ne zaman balanacağı, tamamlanan eserin ne zaman teslim edileceği, taraflarca belirlenir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerini olağan eser sözleşmelerinden ayıran önemli bir nokta da ite burada karşımıza çıkar. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, eserin inasından teslimine kadar müteahhit birincil derecede sorumlu olduğu için eserin ne kadar sürede tamamlanabileceği konusunda da yetkili kişi odur. Bu yüzden i sahibine belirli bir vade günü vermek zorundadır. Plan ve projeler, inaata balamak için gerekli izinler ve diğer bütün detaylar inşa eserini belirlenen günde teslim etmek için ayarlanmalıdır.

BK m. 358’in I. fıkrasında bu duruma ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre: “Müteahhit ie zamanında balamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak ii tehir eder yahut i sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhr bütün tahminlere nazaran müteahhidin ii muayyen zamanda bitirmesine imkan veremeyecek derecede olursa, i sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir”.

Bu madde ile anlatılmak istenen, müteahhidin için yapılıp tesliminden önce, yani henüz i görme, eseri yapma sürecinde iken temerrüde drlmesidir. Bu suretle, için icabından ileride temerrüde düşeceği anlaşılan müteahhide karşı i sahibinin, vadeden önce borçlu temerrdndeki hakları ileri sürebilmesidir (z, 2006).

Uygulamada bazen tarafların yalnız inşa eserinin teslim gününü belirledikleri, ie balama tarihini belirlemedikleri görülmektedir. Müteahhidin ie balama tarihinin gösterilmemiş olması, ona ie balamak için dilediği sürenin tanındığı anlamına gelmez. Bu gibi durumlarda, müteahhit ie hemen³¹ balamalı, çalışmaları aralıksız sürdürmeli ve meydana getireceği eseri de süresinde teslim etmelidir.

³¹ Müteahhidin ie hemen başlamasından kasıt, ona objektif makul bir sürenin tanınması olarak yorumlanmalıdır.

2.1.2.2 İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcuna Aykırılık Oluşturan Haller

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin işe zamanında başlama ve sürdürme borcuna aykırılık oluşturan haller BK m.358/I' e üçe ayrılmaktadır. Bunlar:

- işe zamanında başlamakta gecikme
- sözleşme hükümlerine aykırı olarak iş görme faaliyetlerinin gecikmesi
- eserin tamamlanmasının kararlaştırılan tarihe yetişmeyeceğinin anlaşılması.

İş sahibinin, müteahhidin işe başlamakta gecikmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi belli şartlara bağlıdır. Buna göre, işe başlama tarihinin sözleşmede açıkça belirtildiği hallerde, bu tarihten sonra hala işe başlanmamışsa iş sahibi BK m. 358/I'e göre sözleşmeden dönebilmektedir. Eğer işe başlama tarihi sözleşmede belirtilmemişse, iş sahibi müteahhidin derhal işe başlamasını isteyebilir. Müteahhit hemen işe başlamazsa, iş sahibi yine sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir (Ergezen, 2007).

Sözleşme hükümlerine aykırı olarak iş görme faaliyetlerinin gecikmesi hallerinde ise, müteahhit işe zamanında başlamıştır; fakat, buna rağmen sözleşmede belirtilen kurallara göre ya da işin niteliğine göre olması gereken tempodan yavaş ilerlemektedir. İşte bu gibi durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için sadece işin benzer işlere göre yavaş sürmesi değil, somut olayın özelliklerine göre söz konusu işin daha hızlı yapılmasının mümkün olması gerekir (Ergezen, 2007).

Eserin tamamlanmasının belirlenen tarihe yetişmeyeceğinin anlaşılması üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, iş sahibinin kusuru dışında gerçekleşmelidir. Buna göre, işin yapılmasındaki gecikme müteahhidin işi zamanında bitiremeyecek derecede olursa iş sahibi BK m. 358/I'e dayanarak teslim tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönebilmektedir (Ergezen, 2007).

İster iş faaliyetlerinin yavaş sürdürülmesi, isterse işin ertelenmesi halinde, BK m.358'de iş sahibine tanınan ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, taraflarca teslim tarihinin önceden kararlaştırılmış olması gerekir. Çünkü, teslim tarihi kararlaştırılmayan işlerde gerek işin yavaşlatılması, gerekse işin ertelenmesinin inşa eserinin teslim tarihine olan etkisini belirlemek çok güçtür. Teslim tarihi belli olan sözleşmelerde, iş sahibi için önemli olan eserin kararlaştırılan tarihte teslimidir. İş yavaşlatılmış veya yapılan iş ertelenmiş olsa bile kalan sürede inşa eseri

meydana getirilip teslim edilebilecekse, iş sahibi BK m.358'e göre sözleşmeden dönemez. Bu durumda iş sahibi eserin verilen süreye, yani vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması ile sözleşmeden dönebilir (Ergezen, 2007; Karataş, 2004; Öz, 2006). Ancak özellikle, büyük tesis inşaatlarının yapıldığı anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde taraflar, işe başlama tarihi ile işin hangi tarihte hangi aşamaya gelmesi gerektiğini önceden düzenledikleri bir iş programı ile kararlaştırabilmektedir. Bu yüzden, müteahhidin bu işi bu programa uygun yürütmesi gerekir (Karataş, 2004). Aksi halde iş sahibi müteahhide karşı BK m. 358'den doğan haklarını kullanabilecektir.

2.1.2.3 Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve Sürdürme Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları

Müteahhidin işe zamanında başlama ve sürdürme borcuna aykırı davranması sonucunda, BK m. 358/I ile iş sahibine, eserin kendisine tesliminden önce sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Ancak, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesini ortaya çıkaran durumlarla, müteahhidin sözleşmeye aykırı tutumu arasında illiyet bağının bulunması gerekir (Ergezen, 2007).

Müteahhidin işe zamanında veya hiç başlamaması, işi yavaş yürüterek ya da ertelerek ifa borcunu ihmal etmesi halinde iş sahibi dilerse BK m.358/I'e dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir, dilerse borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanarak sözleşmeden dönebilir. BK m. 106-107'de düzenlenen temerrüt hükümleri; vadeyi beklemeksizin müteahhide uygun bir süre(mehil) verilerek, daha sonra ifa ve gecikme tazminatı istemek, ifadan vazgeçip yalnız olumlu zararının tazminini istemek ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini istemek şeklinde seçimlik haklar tanınmaktadır (Öz, 2006; Ergezen, 2007).

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, esas itibariyle BK m.108'de öngörülen genel hükümlere göre sonuç doğurur ve bu dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Böylece iş sahibi ücret ödemeyi reddeder ve daha önceden ödediği ücretin iadesini talep eder. Buna karşılık eserin daha önceden yerine getirilmiş kısmını da müteahhide teslim eder (Aral, 2003).

Son zamanlarda Türk/İsviçre doktrinde savunulan yeni dönme(dönüşüm) teorisine göre, iş sahibinin ifadan önce sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile sözleşmenin

ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği ileri sürülmektedir. Böylece, tarafların henüz ifa etmedikleri edimler ortadan kalkmakta, daha önce ifa edilen edimlerin ise iadesi söz konusu olmaktadır (Eren, 2008 a: 1076). Yeni dönme teorisi, müteahhidin inşa eserini teslim borcu kapsamında aşağıdaki bölümde ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

2.1.3 Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcu

2.1.3.1 Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinin konusu maddi eserlerdir. Bu tür sözleşmelerde müteahhit, asli edimi oluşturan inşa eseri meydana getirme borcunu ifa etmekle, bu borcunu tam anlamıyla yerine getirmiş sayılmaz. Müteahhit, ayrıca bir maddi eser olan inşa eserini iş sahibine teslim etmelidir. BK m. 355’de müteahhidin eseri teslim borcu açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, hem işin mahiyetinden hem de BK’ nun 358/I, 360/I ve 364/I maddelerinde eserin tesliminden söz edilmesi nedeniyle müteahhidin teslim borcu vardır (Aral, 2003; Eren, 2001; İnal, 2009; Yavuz, 2008).

Müteahhidin eseri teslim borcunun karşılığı, iş sahibinin eseri kabzetme, yani fiilen teslim alma borcudur. Ancak “teslim alma borcu” nu “kabul” ile karıştırmamak gerekir. Kabul bir irade beyanıdır. Diğer yandan teslim ve tesellüm etme, inşa eseri tamamlanmışsa söz konusu olur. Henüz tamamlanmamış veya kısmen tamamlanmış bir şeyi müteahhit eser olarak teslim edemez, iş sahibi de böyle bir şeyi teslim almaktan kaçınabilir(Aral, 2003; Eren, 2001).

Teslim, müteahhidin sözleşmeye uygun olarak tamamladığı eseri, iş sahibine vermesi ile meydana gelir. Teslim ve tesellüm ile müteahhidin hakimiyet alanındaki eser iş sahibinin hakimiyet alanına geçer. Yani, iş sahibinin esere doğrudan zilyet olması ile müteahhidin teslim borcu sona erer. Ancak, taşınmaz eserlerde fiilen zilyetlik söz konusu olamamaktadır. Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinin konusunu tanıtmaz inşaatları oluşturduğu için, burada teslimden önce Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre taşınmazın tapuda tescili gerekir (Eren, 2001; Tandoğan, 1987).

İş sahibine ait bir arsa üzerinde gerçekleştirilen yapı işlerinde teslim borcu, maddi şeyin tesliminden çok eserin müteahhit tarafından tamamlandığının açıkça veya örtülü bir şekilde bildirilmesi ile yerine getirilir. Teslim borcunun bildirme ile yerine getirildiği

hallerde, iş sahibinin inşa eseri üzerinde fiilî hakimiyeti sağlanmalı veya bunu engelleyecek durumlar ortadan kaldırılmalıdır (İnal, 2009). Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde de müteahhidin anahtar iş sahibine teslim etmesi ve inşa edilen yapı bir tesis ise, tesisin çalışır durumda olması, hatta sözleşmenin içeriğine göre gerekli diğer tüm ayarlamaların yapılmış olduğunu bildirmesi gerekir. Teslim borcu yalnız eserin tamamlandığının bildirilmesi ile değil, ancak bu şekilde müteahhidin üzerine aldığı bütün işlerin tamamlanması ile ifa edilmiş sayılır (Tandoğan, 1987). Nitekim Yargıtay 15. HD'nin 28 Şubat 2005 tarih, 2004/4417 esas ve 2005/1075 karar sayılı kararında³²; Düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve daire karşılığı inşaat yapma sözleşmesi anahtar teslimi olarak kararlaştırılmıştır. Müteahhit, bu sözleşmeye bağlı eksik iş bedelini talep etmektedir. Söz konusu kararda, sözleşmenin anahtar teslimi olarak kararlaştırılmış olması nedeniyle, müteahhidin teslim borcunu yerine getirebilmesi için, iskân ruhsatını(oturma iznini) alması gerektirdiği belirtilmekte ve bu durum HUMK m. 287 uyarınca delil sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Olayda, inşaat henüz tamamlanmamış, birtakım eksiklikler mevcuttur. Bu eksikliklerle iskân ruhsatının alınması mümkün değildir. Müteahhit, bu sebeple eseri teslim ettiğini kanıtlayamamıştır. Dolayısıyla müteahhit, inşa eserini teslim borcunu yerine getirememekte, borcunu ifa edemediği için de eksik iş bedelini talep hakkı ortadan kalkmaktadır.

Müteahhidin hangi işlerden sorumlu olduğu ve buna ilişkin düzenlemeler taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, hazır sözleşme formları olan FIDIC standart sözleşmelerinde (Turuncu, Sarı ve Gri Kitap) açıkça belirtilmiştir³³. FIDIC standart sözleşmelerinden Gri Kitap'ta, müteahhidin iş sahibi ile kararlaştırılan bir zamanda, eserin tesliminden önce tamamlanma testlerinin yapılması için bir araya gelmeleri öngörülmüştür. Müteahhit, bu testlerin verimliliğini etkileyecek her türlü belgeleri ve ekipmanları da sağlamak zorundadır³⁴ (FIDIC Gri Kitap, 1999). İş sahibi, müteahhide kararlaştırılan yer ve zamanda tamamlama testlerine katılıp katılmayacağına dair yirmi dört saatten geç olmamak üzere bilgi verir. Eğer iş sahibi bu testlere katılmazsa aksi sözleşme ile kararlaştırılmadığı sürece, müteahhit testlere başlayabilir ve bu testler sanki iş sahibinin huzurunda yapılmış gibi kabul edilir. Ayrıca müteahhit bu testlerin sonunda hazırladığı raporları iş sahibine göndermelidir. İş sahibi testlere katılmadı ise bu raporların doğruluğunu kabul etmek

³² <http://www.kazanci.com> (son erişim 20.03.2009).

³³ FIDIC Gri Kitap madde 9 Deneme Testleri (Tests On Completion).

³⁴ FIDIC Gri Kitap madde 7.4 (sub-clause).

durumundadır³⁵(FIDIC Gri Kitap, 1999). Bu testler, fonksiyonel testleri kapsamakta ve testlerin sonunda deneme çalışmaları yapılarak artık işlerde sonraki aşamaya geçilip geçilemeyeceği, işin tamamının ya da tamamlanan kısmının sözleşmeye uygun ve güvenli olup olmadığı belirlenmektedir³⁶. Ancak, deneme testleri tamamlanmadan iş sahibinin teslim alma hakkı³⁷ doğmaz. Ürün tesliminin garanti edildiği durumlarda ise, deneme testleri sırasında elde edilen ürünlerin iş sahibine ait olacağı kabul edilir (FIDIC Gri Kitap, 1999).

Deneme testlerinin tamamlanmasından sonra inşa eseri tamamlanmış sayılacağından, iş sahibine teslimi gerçekleşir(Kural ve diğerleri, 1988). Taraflarca ya da sözleşmede inşaatın bölümler halinde teslim edileceği kararlaştırılmışsa, aynı yöntem uygulanır ve iş sahibi müteahhide bu bölümler için “teslim alma belgesi (taking over certificate)” verir (FIDIC Gri Kitap madde 10.2; Türegün, 2001). Bu belgede inşaatın hangi bölümlerinin ne zaman sözleşmeye uygun olarak tamamlandığına dair kayıtlar konulur. İnşaat teslimine hazır değilse, iş sahibi, kendisine yapılan teslim alma teklifini reddeder ve müteahhit tarafından yapılması gerekenlerin hangi yönlerden sözleşmeye uygun olarak yapılmadığını sebepleri ile açıklar³⁸ (FIDIC, Gri Kitap).

Eserin tamamlanmış olması ile ayıpsız olması arasındaki fark göz önünde tutulmalıdır. Çünkü, bir eser ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir ve eserin ayıplı olması onun teslimini engellemez (Tandoğan, 1987). Eserin ayıplı olması halleri, mahiyeti gereği ayrı bir başlık altında incelenecektir.

İnşa eserinin teslimi ile önceden müteahhidin üzerinde olan yarar ve hasar iş sahibine geçer. İş sahibinin eseri muayene ve ihbar yükü(külfeti) doğar. Müteahhidin ise ücret alacağı muaccel olur (Eren, 2001).

2.1.3.2 İnşa Eserinin Teslim Zamanı ve Yeri

Taraflar inşaat sözleşmelerinde inşa eserinin tesliminin hangi şartlar altında ve ne zaman yapılmış sayılacağına ilişkin kayıtları belirlerler. Örneğin, taraflar bu tarihi 30 Ocak 2010 gibi belirli bir takvim günü olarak veya bir süre tayin ederek (üst temel ruhsatının

³⁵ FIDIC Gri Kitap madde 7.4 (sub-clause).

³⁶ FIDIC Gri Kitap madde 9.1 (sub-clause).

³⁷ FIDIC Gri Kitap madde 10.

³⁸ FIDIC Gri Kitap madde 10.1 (sub-clause).

alınmasından sonra 18 ay içinde gibi) en geç bu sürenin³⁹ dolması halinde eserin teslimini kararlaştırabilirler. Bu gibi hallerde, BK m. 101/II’ de belirtildiği üzere “borcun ifa edileceği gün mütefikan tayin edilmiş” tir. Sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi, ne iş sahibi ne de müteahhit tarafından tek taraflı olarak uzatılamaz veya kısaltılamaz (Aral, 2003; Tandoğan, 1987). Uygulamada, müteahhidin nihai ediminin eserin teslimi olduğu inşaat işlerinde, iş sahibi ile müteahhit veya onun temsilcileri arasında imzalanan kesin kabul tutanağı, eserin teslimine işaret eder. Teslim ile iş sahibi kabul beyanında da bulunmakta ve inşa eserini sözleşmeye uygun bulduğu ve ayıp iddiasında bulunmayacağı konusunda iradesini açıklamaktadır (Ergin, 2002; Tandoğan, 1987; Seliçi, 1978).

Tarafların eseri teslim zamanını yaptıkları sözleşmede açıkça belirttikleri görülmektedir. Ancak, böyle bir günün belirlenmediği durumlarda, sözleşmedeki bu boşluk, işin niteliğine ve tarafların iradelerine göre doldurulmalıdır. Fakat burada eserin niteliği ve kapsamı; yeterli iş gücü ve malzemeyi kullanan, teknik esasları bilen bir kişinin normal bir çalışma temposu içinde ne kadar bir zaman dilimi içinde bu işi yapabileceği gibi hallerin da dikkate alınması gerekir. BK m. 74’deki kuralın aksine teslim için vadenin belirlenmediği durumlarda, sözleşmenin kurulmasından sonra hemen teslim mümkün olmamaktadır. Özellikle anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri, mahiyeti itibariyle hem çok zaman alan hem de kapsamlı işler gerektiren yapılara ilişkin olduğu için genellikle işin teslim tarihi belirli bir program dahilinde belirlenmektedir⁴⁰. Müteahhidin kontrolü dışında olağanüstü gelişen olaylar sonucu inşaatta gecikmelerin olması halinde ise, bu süre makul süreye dahil edilmez. Çünkü, bu gibi hallerde müteahhidin kusurlu olduğundan söz edilemez. Bu gibi hallerde müteahhide ek süre verilir ve ifa süresi, bu ek sürenin nihayetinde sona erer. Bu ek sürenin de geçirilmesi halinde inşa eseri hâlâ

³⁹ KİSK m. 7 ile sözleşmede; sözleşme bedeli, sözleşmenin türü ve süresinin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

⁴⁰ FIDIC Gri Kitap madde 8.3’te müteahhidin işlerini belli bir program dahilinde yürüteceği belirtildikten sonra ve işe başlama tarihinden itibaren yirmi sekiz gün sonra iş sahibine inşaatın programı hakkında bir zaman çizelgesi(programı) sunması öngörülmektedir. Bu programda sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece;

- a) Ana işlerin(inşaatın) her bir aşamasının tahmin edilen zamanlaması dahil, müteahhidin işleri hangi sırada yapacağını gösteren iradesi,
- b) 5.2. alt madde hükmüne göre gözden geçirme zamanları,
- c) Sözleşmede belirtilen testlerin incelenmesinin sıralaması ve zamanlaması,
- d) Aşağıdakileri içeren destekleyici raporlar:
 - Müteahhidin her bir ana işin yürütülmesinde uygulamayı düşündüğü yöntemlerin genel bir tanımlaması,
 - Müteahhidin her bir ana iş için gereken ekipman türü ve yaklaşık personel sayısı.

tamamlanmamışsa, müteahhit ihtarla gerek kalmaksızın eseri teslimde temerrüde düşer (Yavuz, 2008; Ergin, 2002).

Taraflar arasında, teslimin nerede yapılacağı da kararlaştırılabilir. Taraflar bu konuyu sözleşmede kararlaştırmamışlarsa, eserin özelliğine göre işe bakılarak teslim yeri hakkında bir sonuca varılır. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden yararlanılır. Ancak, inşa eseri belirli bir şeye ilişkin olması nedeniyle "aranacak borç" söz konusudur. BK m. 73'e göre, aranacak borçlarda söz konusu mal taşınmaz ise teslim, taşınmazın bulunduğu yerde yapılır(Yavuz, 2008).

2.1.3.3 Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve Sonuçları

Borçlar Kanunu'nda temerrüdün tanımı yapılmamıştır. Temerrüt, borçlunun borçlanılan edimi, borca aykırı olarak geç ifa etmesine denir(Eren, 2008 a: 1046). İnşaat sözleşmesinde, eseri sözleşmeye uygun olarak tamamlayıp zamanında iş sahibine teslim etme imkanı bulunan müteahhit, bu edimini yerine getirmemesi halinde, temerrüt hükümlerine göre sorumlu olur. Müteahhidin borca aykırı davranışının bir sonucu olarak ortaya çıkan temerrüt halinde taraflardan biri, yani borçlu, ya alacaklının ihtarı ile veya vadenin gelmesi ile ya da ihtarı gerektirmeyen kendi tavrı nedeniyle mütemerrit olmaktadır (Dayınlarlı, 2008). Müteahhidin temerrüdüne ilişkin belli şartlar gerekir. Bunlar kısaca aşağıda incelenecektir.

2.1.3.3.1 Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Şartları

Borçlunun, temerrüde düşmesi için gerekli şartlar şunlardır: Borcun muaccel olması, borcun henüz ifa edilmemiş olması, borcun ifasının hâlâ mümkün olması ve alacaklının borçluya temerrüt ihtarında bulunması.

i. Borcun muaccel ve dava edilebilir olması

Muacceliyet zamanını taraflar kendi aralarında kararlaştırabildikleri gibi, bu durum kanun hükmüyle de belirlenebilir. İstisna sözleşmesi bakımından BK m.364/I hükmüne göre müteahhidin eseri teslim etmesi ile ücret alacağı muaccel hale gelmiş olur. BK m. 358'e göre, kanunla iş sahibine, müteahhidin eseri tesliminden önce temerrüde düşürülmesi imkanı verilmiştir(Dayınlarlı, 2008).

ii. Borcun ifasının mümkün olması

Borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihtar tarihinde ifanın mümkün olması gerekir. Fakat borçlu temerrüde düştükten sonra ifa imkansızlığı doğarsa, o zaman temerrüt hükümleri uygulanmaya devam edilir (Dayınlarlı, 2008; Eren, 2008 a).

iii. Borçlunun ifada bulunmaması

Borçlunun temerrüde düşmesi için borcun yerine getirilmemiş olması gerekir. Burada ifanın yerine getirildiğini ispat borçluya düşer (Dayınlarlı, 2008).

iv. Alacaklının İhtarı

Borçlar Kanunu m. 101/I'e göre, temerrüdün gerçekleşebilmesi için yalnız borcun muaccel olması yetmez, alacaklının borçluya ihtar çekmesi gerekmektedir. İhtar, alacaklının borçludan borcunu ifa etmesini istediği, tek taraflı varması gereken bir irade beyanıdır. Alacaklı, ihtar ile borçludan borcun ifası talebinin yanında, borcunu vaktinde yerine getirmediği takdirde, temerrüdün sonuçlarından sorumlu olacağı konusunda uyarmalıdır (Eren, 2008 a).

İhtar şekle tabi değildir, ancak ispat bakımından taahhütlü mektup veya noter aracılığıyla tebliğ etmek faydalıdır. İhtara örnek olarak şunlar gösterilebilir: Borçluyu ifaya davet eden bir mektup, belli bir süre içinde ödeme yapılmadığı takdirde faiz yürütüleceği ve adli takibe geçileceğini beyan eden bir fatura ibrazı, posta tahsilatı, ödeme emri, BK m. 106'ya göre verilen uygun sürenin ihtarı (Dayınlarlı, 2008; Eren, 2008 a).

BK m. 101/II' de, ihtar yapılmaksızın borçluyu temerrüde düşüren iki durum düzenlenmiştir. Bunlardan birincisinde, tarafların anlaşması ile ifa günü belirtilmiş ise ihtara gerek yoktur. Bu halde, taraflarca "belirli vadeli bir işlem" söz konusudur. Tarafların birlikte tespit ettikleri belirli bir günde borçlanılan edim ifa edilmezse, temerrüt ihtara gerek kalmaksızın gerçekleşir. İkinci durumda ise, kendisine verilen bir hak ve usulüne göre yapılan bir ihbarla taraflardan birinin ifa gününü tespit etmesi halinde, ihtara gerek olmadığıdır (Dayınlarlı, 2008; Eren, 2008 a).

BK m. 107/I'in kıyasen uygulanması ile bu iki duruma bir üçüncüsü daha eklenmektedir. Bu durum, başlangıçta ifanın yerine getirilemeyeceği anlaşılırsa ihtara gerek kalmadığı durumlardır (Dayınlarlı, 2008). Temerrüde ilişkin hakların kullanılabilmesi için borçluya uygun bir süre verilmesine gerek olmayan haller ise, BK m. 107/I'de üçe ayrılır ve şunlardır:

- Borçlunun davranışından ek süre verilmesinin faydasız kalacağına anlaşılması: Bu durum, borçlunun tutum ve davranışlarından, borcunu yerine getirmeyeceğinin kesin ve açık bir şekilde anlaşılmasıdır(Eren, 2008 a).
- Edimin, alacaklı yönünden faydasız hale gelmesi: Edimin temerrütten sonra ifa edilmesinin alacaklıya hiçbir yarar sağlamaması halinde borçluya ifa için ek süre tanımaya gerek yoktur (Eren, 2008 a).
- Kesin vadeli bir işlemin olması: Taraflar, kesin vadeli işlem ile borçlanılan edimin belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde ifa edilmesini kesin olarak kararlaştırmışlarsa, belirlenen sürenin geçmesiyle borçlu kendiliğinde mütemerrit olur. Burada alacaklının temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için, borçluya ayrıca ek süre verilmesine gerek yoktur (Eren, 2008 a).

Türk ve İsviçre Hukukunda, borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şart değildir. Fakat, temerrüdün alacaklıya tazminat hakkını sağlaması ve temerrüt sebebiyle hasarın borçluya geçmesi gibi temerrüdün bazı sonuçlarının gerçekleşebilmesi için kusur şarttır (Dayınlarlı, 2008).

2.1.3.3.2 Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Sonuçları

Anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri karşılıklı borçlar içeren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler açısından kanun koyucu, Borçlar Kanunu'nun temerrüde ilişkin hükümlerinden 106. maddesinde farklı bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile teslim borcunda temerrüde düşen müteahhit karşısında, iş sahibine üç seçimlik hak tanınmıştır. İş sahibi bunlardan birini seçme hakkına sahiptir. Bu haklar şunlardır: (Dayınlarlı, 2008; Eren, 2008)

- **İş sahibinin, eserin aynen ifasını talep etmesi ve buna ek olarak gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini istemesi** : Gecikme tazminatının kapsamına, iş sahibinin fiilî zararı ile yoksun kalınan kâr girmektedir. Ayrıca müteahhidin gecikme tazminatını ödemesi için kusurlu olması gerekmez.
- **İş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini derhal müteahhide bildirip, eserin teslim edilmemesi nedeniyle uğradığı müspet zararın tazminini istemesi**: Müspet zarar, iş sahibinin, müteahhidin edimini ifa etmemesi yüzünden uğradığı zarardır. Müspet zarardan maksat, sözleşme zamanında ifa edilmiş

olsaydı, iş sahibinin malvarlığında göstereceği durum ile mevcut durum arasındaki farktır.

- **İş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini derhal müteahhide bildirip, sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep etmesi:** Sözleşmeden dönme ile amaçlanan, sözleşme yapılmamış olsaydı, alacaklı hangi ekonomik durumda bulunacak idiyse, o durumun sağlanmasıdır (Eren, 2008: 1075).

Kanun koyucu, iş sahibinin BK m. 106'daki seçimlik haklarını kullanabilmesi için bir ön koşul koymuştur. O da, müteahhide işi tamamlayıp teslim etmesi için uygun bir süre verilmesidir. Bu durum, müteahhide tanınan bir nevi son şanstır. Bu süre bir hukukî işlem değil, bir hukukî işlem benzeridir. Bu süre belirlenirken dürüstlük kuralı esas alınmalıdır. Bu sürenin verilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir. Verilen bu süre içerisinde borçlunun temerrüdü devam ettiği gibi gecikme tazminatı da ödemek zorundadır. Müteahhit, aynı zamanda inşa eseri üzerinde meydana gelebilecek kazalardan da sorumludur. Ne zaman ki, müteahhit bu süre içinde edimini yerine getirir, o zaman hem temerrütten, hem de teslim borcundan kurtulmuş olur (Dayınlarlı, 2008; Eren, 2008 a; Yavuz, 2008).

Bununla birlikte, borçluya süre verilmesine gerek olmayan haller de söz konusudur. Bu haller yukarıda açıkladığımız BK m. 107'de düzenlenen üç özel durumdur.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri kesin vadeli sözleşmelerdir. Kapsamlı, detaylı ve düzenli bir çalışma programını gerektiren bu tür tesislerin inşaatlarında genellikle eserin teslim tarihi daha önceden belirlenmiştir. Bu yüzden, iş sahibinin gecikmiş bir edimi kabul etmeyeceği anlaşılmaktadır. Sözleşmede iş sahibinin bu yönde iradesini gösteren “tesis en geç 30 Ocak 2012'de işletilmeye başlanacaktır” gibi ifadelerin olduğu durumlarda artık müteahhide eseri teslim için ek süre vermeye gerek yoktur. Ancak, iş sahibi, eserin geç teslim edilmesini kabul eder veya kesin vadeye rağmen borçluya ihtarda bulunursa, bunu iş sahibinin kesin vadeden vazgeçtiği yönünde yorumlamak gerekir (Dayınlarlı, 2008; Eren, 2008 a).

İş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi ve müspet zararını istemesi üzerine, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmekte ama içeriği değişmektedir. Buna göre, sözleşmenin içerdiği asli edim yükümü yerine, tazminat ödeme yükümü geçmektedir. İş sahibinin müspet zararının kapsamına, ifa beklentisi ile yapılan harcamalar, seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar, dava giderleri, temerrüt

nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminat, cezai şart ve yoksun kalınan kâr girer. Bunun yanında, ifa edilmeyen edimin değerinin de müspet zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekir(Eren, 2008 a). Doktrinde müspet zarar ve bunun hesaplanması ile ilgili iki teori vardır. Bunlar, “mübadele teorisi” ve “fark teorisidir”. Mübadele teorisine göre, temerrüde düşen borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa etmek zorundadır. Fark teorisine göre ise, alacaklı edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Bunun yerine, borçludan istediği tazminat alacağından, borçlandığı edimin değerinin mahsup edilmesi sonucu kalan kısmı ister. Doktrinde ve uygulamada fark teorisinin hakim olduğu görülmektedir(Eren, 2008 a). Biz de fark teorisinin uygulanmasının daha isabetli olduğu görüşündeyiz.

İş sahibinin seçimlik haklarının sonuncusu ise, aynen ifa ve gecikme tazimatından vazgeçtiğini bildirmesi ile sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini istemesidir. Buna göre, eseri teslim borcunda temerrüde düşen müteahhide uygun bir süre verilmekte ve bu süre içinde de eserin teslim edilmemesi veya sürenin yetersiz kalacağına anlaşılması durumunda iş sahibine, derhal ifadan vazgeçme ve sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. BK m. 108 ile tanınan sözleşmeden dönme hakkı hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır. Doktrinde dönmenin niteliğine ilişkin iki görüş vardır. Bunlar; “klasik dönme” görüşü ve “yeni dönme(dönüşüm)” görüşüdür. Klasik dönme görüşüne göre, dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır ve geriye etkili sonuç doğurur. Dönme ile, sözleşmenin kurulmasından önceki durum ortaya çıkar. Dönme, aynı zamanda tek taraflı varması gereken bir irade beyanıdır(Eren, 2008 a).

Yeni dönme(dönüşüm) görüşüne göre ise, dönme ile sözleşme ortadan kalkmaz, sadece sözleşmenin içeriği değişir. Böylece, tarafların daha önce ifa ettikleri edimlerin iadesi yönünden bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkar. Bu sebeple, yeni dönme görüşüne göre dönme, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. İş sahibinin dönme hakkını kullanması ile tarafların henüz ifa etmedikleri borçları ortadan kalkar. Bunun yerine, daha önce ifa edilen borçların iadesi(geri verilmesi,tasfiyesi) yükümlüğü doğar. Ancak, geri verme borcunun dayandığı görüşler de doktrinde farklılık göstermektedir. Bu konuda başlıca dört görüş vardır. Bunlar; sebepsiz zenginleşme, aynı istihkak ile kanunî ve akdî borç görüşleridir. Bazı yazarların ve Federal Mahkeme'nin de son kararları ile benimsediği görüşe göre, edimlerin iadesi akdî bir borca dayanmaktadır. Bu sebeple, BK m. 125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına bağlıdır. Dönme beyanıyla, sözleşmenin ilk edimlerinin yerine, alınanların

geri verilmesi edimlerinin geçmesi, onu bir anlamda geçmişe etkili hale getirirse de bunun dışında sözleşme ileriye etkili sonuçlar doğurmaktadır (Eren, 2008 a).

Müteahhit, eseri teslimde gecikmesinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat edemezse, BK m. 108/II' ye göre iş sahibinin menfi zararlarını da tazmin etmek zorundadır (Dayınlarlı, 2008). Menfi zarardan anlaşılması gereken, “bir sözleşmenin yapılması için katlanılan zarar, yani sözleşme yapılmaya idi gerçekleşmeyecek olan zarar”dır. (Kostakoğlu, 2008: 400). Ancak, BK m. 108/II'ye göre menfi zarar, alacaklının, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi yüzünden uğradığı zarar olarak anlaşılmalıdır (Eren, 2008 a). Nitekim bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17 Ocak 1990 tarih, 13-392 esas ve 1 karar sayılı kararında, “...menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hükmü ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. Bu husus, BK 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır. Burada alacaklının, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur” şeklinde ifade edilmektedir (Kostakoğlu, 2008: 400).

Menfi zarar, alacaklının uğramış olduğu fiili zarar ile yoksun kaldığı kârı, yani kaçırılan fırsatı kapsar. Federal Mahkeme ve Yargıtay da bu görüştedir⁴¹. Bu anlamda menfi zarar, sözleşmenin yapılması ile ilgili giderler, özellikle noter harçları ve ücreti ile pul ve posta giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşı edimin kabulü için yapılan masraflar, sözleşmeye göre ifa edilen bir edim dolayısıyla uğranılan zarar, sözleşmedeki edimin ifa edileceğine inanılarak akit tarihi itibarıyla yapılan başka bir teklif veya rayiç fiyatlarla başka bir sözleşme fırsatının kaçırılmış olması dolayısıyla uğranılan zarardır (Eren, 2008 a)

Tarafların sözleşmede kesin bir vade kararlaştırmaları halinde, buna uyulmaması halinde ödenmek üzere “cezaî şart” öngörmeleri mümkündür. Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde de uygulanabilen bu kavramla taraflar sözleşmeye, teslim tarihinin önemi nedeniyle kararlaştırılan tarihte teslimi zorlayan bazı şartlar koyarlar. Cezaî şart anlaşması ile müteahhit, edimini belirlenen tarihte ifa etmediği takdirde, iş sahibine belirli bir para

⁴¹ Yargıtay 15. HD 14.10.2002 tarih ve 2002/3327 esas, 2002-4594 karar sayılı kararı ile Yargıtay 15. HD. 27.04. 2006 tarih ve 2005/2929 esas, 2006/2493 karar sayılı kararında menfi zararın kapsamına kaçırılan fırsatın dahil olduğu yönünde hüküm vermiştir. Yargıtay'ın 27.04. 2006 tarihli söz konusu kararında, bu anlamda kaçırılan fırsat dolayısıyla menfi zarar : “.uyuşmazlık konusu eserin imali için davalının yaptığı teklife en yakın teklifte bulunulmuş başka bir yüklenici varsa o yüklenicinin teklif ettiği fiyat, teklif eden yüklenici yoksa anılan tarih itibarıyla rayiç bedeliyle davacı iş sahibinin sözleşmenin feshini takip eden makul süre içerisinde aynı sözleşme koşullarıyla sözleşme konusu işi başka bir yükleniciye yaptırması halinde ödemesi gereken bedel farkı” olarak belirtilmektedir (Kostakoğlu, 2008: 470-473).

ödemeyi veya başka bir edimde bulunmayı taahhüt eder (Aral, 2003). Cezaî şarta ilişkin kanunî düzenlemeler BK'nun 158- 161. maddeleri arasındadır. Bu hükümlere göre, aksine bir anlaşma yapılmadıkça, müteahhidi temerrüde düşürmek için gerekli ihtar yapılmamış olsa bile, teslim gününün geçirilmesiyle önceden taraflarca belirlenmiş olan ceza işlemeye başlar. Eserin tesliminde gecikme olduğu durumda, iş sahibinin bu gecikmeden dolayı zarara uğrayıp uğramamasına bakılmaksızın cezanın BK m. 159/I uyarınca ödenmesi gerekir⁴². Müteahhit ancak gecikmenin kendisine yüklenebilecek bir durum olmadığını ispatladığı zaman BK m. 161/II uyarınca cezaî şartı ödemekten kurtulabilir. Aksine bir anlaşma yoksa, müteahhit tarafından gecikmiş olarak teslim edilen eseri iş sahibi hiçbir çekince koymaksızın kabul etmişse, BK m. 158/II gereğince artık cezaî şart isteme hakkı düşer. İş sahibinin cezaî şart talebi yönündeki iradesini açıkça saklı tutması bu yönden önemlidir (Dayınlarlı, 2008). Ancak bu kural emredici nitelikte olmayıp, taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırabilirler. Uygulamada bu beyan, en geç tamamlanmış eserin teslimi anına kadar yapılmalıdır. Önceden belli bir teslim gününün kararlaştırıldığı durumlarda da, iş sahibinin bu hakkını saklı tutması için belirlenen gün, eserin tesliminin son günüdür (Aral, 2003; Dayınlarlı, 2008).

2.1.4 Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Müteahhidin aslî edimi “ayıpsız” bir inşa eseri meydana getirmek ve bunu iş sahibine teslim etmektir. Aksi halde, Borçlar Kanunu müteahhide, satım sözleşmesinde olduğu gibi istisna sözleşmesinde de ayıba karşı tekeffül borcunu yüklemektedir. Ayıba karşı tekeffül borcu, müteahhidin meydana getireceği inşa eserinde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Ayıba karşı tekeffül borcu, müteahhidin eseri teslim borcunun tamamlayıcısıdır. Bu husus BK m. 359-363'te düzenlenir (Eren, 2001, Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

⁴² Yargıtay 15. HD'nin 04.07.2008 T., 2007/3434 esas ve 2008/4508 karar sayılı kararı şöyledir: Söz konusu olayda, davacı iş sahibi ile davalı müteahhit arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmiştir. Müteahhit, bağımsız bölümleri süresi içinde iş sahibine teslim edememiştir ve bu nedenle iş sahibi sözleşmenin feshini ve sözleşmeden kararlaştırılan ceza hükmü uyarınca bağımsız bölümlerin kendisine teslim edilmesini talep etmektedir. Zira, sözleşmeye konulan bir madde ile cezaî şart, sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu gibi arsa sahiplerine devredeceği şeklinde kararlaştırılmıştır. Ancak yüksek mahkemece,(YİBK kararları ile de sabit olan) davacıların cezaî şart talepleri sözleşmeye dayansa bile kararlaştırılan cezanın borçlunun iktisaden mahvına sebep olacağı derecede ağır yüksek olduğu hallerde adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen ya da kısmen iptal edileceği hükmüne varılmıştır (<http://www.kazanci.com> son erişim tarihi 10.03.2010).

2.1.4.1 Genel Olarak Ayıp Kavramı

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin sözleşmeyi ihlal etmesi, ya hiç ifa etmeme veya eksik ifa ya da ayıplı(kötü) ifa ile ortaya çıkar. Özellikle anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından, sözleşmenin uzun bir yapım sürecinden sonra ayıplı olması halinde büyük zorluklar doğar. Çünkü, bu tür ayıplar ancak inşa eseri tamamlandıktan sonra iş sahibince farkedilebilmektedir (Ferriell/Navin, 2004; Uçar, 2003).

Ayıp, eserin sözleşmeyle vaad edilen veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen nitelikleri taşımamasıdır. Yani ayıp, inşa eserinde sözleşme veya dürüstlük kuralına göre olması gereken nitelikle, fiilen mevcut nitelik arasındaki farktır (Aral, 2003: 365; Eren, 2001; 79; Uçar, 2003: 35)

Ayıplı ifa, inşa eserinin tahsis edilen kullanımına uygunluğunu bozmakta veya değerini azaltan eksiklikler ortaya çıkarmaktadır (Dayınlarlı, 2008). Müteahhidin meydana getirdiği ve iş sahibine teslim ettiği eserin, belirttiği nitelikleri veya sözleşmede öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli nitelikleri taşıması gerekir. İnşa eseri bu nitelikleri taşıyorsa, müteahhit ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu olur (Eren, 2001).

Eserdeki ayıp farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar: açık veya gizli ayıp; fiilî veya hukukî ayıp, önemli veya daha az önemli ayıp, aslî veya ikincil ayıp gibi çeşitli ayıplara tabi tutulur(Dayınlarlı, 2008; Duman, 2008:)

Eserin teslimi sırasında ve usulüne göre muayenesinde görülebilen ayıplar açık ayıp, görülemeyenler ise gizli ayıptır (Dayınlarlı, 2008).

İş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak sözleşmeyle kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralınca taşıması gereken fiziksel niteliklerin eserde bulunmaması maddi ayıbı oluşturur(Uçar, 2003: 133). Hukukî ayıplar ise, eserin özgülendiği amaca uygun olarak kullanılmasını engelleyen ayıplardır (Dayınlarlı, 2008).

Önemli ayıplar, eseri iş sahibi için kullanılamaz veya kabule zorlanamaz ayıplardır. Buna karşılık, eseri kullanılamaz kılmayan, iş sahibince eserin kabulünün reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla ortadan kaldırılacak ayıplar, daha az önemli ayıplardır (Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Aslî ayıplar ise, teslim sırasında bulunan ayıplar iken, ikincil ayıplar teslim sırasında bulunan bir ayıbın teslimden sonra neden olduğu ayıplardır(Tandoğan, 1987).

2.1.4.2 Ayıba Karşı Tekeffülün Şartları

İş sahibinin, müteahhide karşı ayıp nedeniyle tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için gerekli şartlar iki şekilde inceleyebilir. Bunlar: maddi şartlarla şekli şartlardır.

2.1.4.2.1 Ayıba Karşı Tekeffülün Maddi Şartları

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli maddi şartlar şunlardır: Tamamlanarak teslim edilmiş inşa eseri ayıplı olmalıdır, bu ayıp iş sahibine yükletilememelidir, iş sahibi ayıplı eseri kabul etmemelidir ve ayıptan doğan hak zamanaşımına uğramamış olmalıdır.

2.1.4.2.1.1 Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır

Ayıplı olarak inşa edilmiş eser tamamlanmış ve müteahhide teslim edilmiş olmalıdır(BK m.359/I). Zira, müteahhidin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan sorumluluğu ancak tamamlanmış bir inşa eserinin varlığı ile mümkündür. Tamamlanmamış eserde ise, ayıp değil, eksik ifa söz konusudur ve buna ilişkin hükümlere başvurulmalıdır (Tandoğan, 1987).

Aynı şekilde, müteahhidin kararlaştırılandan tamamen farklı bir inşa eserini teslim etmesi durumunda da ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu takdirde, borcun ifa edilememesinden dolayı sorumluluk mevcuttur (Tandoğan, 1987).

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun ne zaman doğduğunu belirleyebilmek için önce inşaat sözleşmeleri bakımından inşa eserinin “teslim”i ile “kabul”ü kavramlarını incelemek gerekir. Doktrinde bu kavramlara ilişkin iki görüş vardır. Bunlardan ilki, teslim ve kabul kavramlarının eş anlamlı olduğuna ilişkindir.

İkinci ve hakim olan görüşe göre bu iki kavram farklı anlamlar taşımaktadır. Buna göre teslim, müteahhidin bütün kısımlarıyla sözleşmeye göre tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesidir. Buna göre, müteahhidin inşa eserinin bitirildiğini iş sahibine bildirmesi ve iş sahibinin de eserin tamamlanmış olduğunu kabul etmesi ile müteahhit açısından inşa eseri teslim edilmiş, iş sahibi bakımından da eser teslim alınmış olur. Buna karşılık, inşa eserinin kabulü, teslim edilen eserin muayenesinin ardından, onun sözleşmeye uygun olduğunun ve ayıp iddiasında bulunulmayacağını iş sahibi tarafından bildirilmesi ile gerçekleşir(Öz, 1989; Seliçi, 1978; Uçar, 2003).

Biz de bu ikinci görüşe katılıyoruz. Zira, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından teslim ve kabul kavramları önem taşımaktadır. Nitekim, anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde, ürün elde edilmesinin de garanti edildiği hallerde inşa eserinin teslimi, iskân ruhsatının alınması ve tesisin sorunsuz çalıştığına ilişkin gerekli denetimlerin yapılmasından sonra gerçekleşmektedir. Burada müteahhit, inşa eserinin yapımı tamamlanmadıktan sonra da, sözleşme ile belirlenen bir süre için yapının denetlenmesini ve bakımını yüklenmektedir. Müteahhidin yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş olması yüzünden inşa eseri bozulmuşsa burada ayıba karşı tekeffül değil, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi söz konusudur. Zira, henüz müteahhidin teslim borcu doğmamakta ve ayıba karşı tekeffülden dolayı da sorumlu tutulamamaktadır. Bu tür ek yükümlülükler anahtar teslimi sözleşmelerde genellikle inşa eserinin iş sahibi tarafından geçici kabulü ile kesin kabulü arasındaki zamanda⁴³ gerçekleştirilmektedir (Kural ve diğerleri, 1988). Buna göre, müteahhidin eseri teslim borcunu yerine getirdiği anda ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu da başlamaktadır (Duman, 2008; Ergin, 2003).

Başka bir deyişle, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu bakımından teslim ve teslim alma, iş sahibinin ayıp dolayısıyla kendisine tanınan hakların kullanımının, kabul ise, müteahhidin tekeffül sorumluluğunun düşmesinin ve iş sahibinin bu haklarını kaybetmesinin ön şartını oluşturmaktadır (Uçar, 2003).

2.1.4.2.1.2 Eser ayıplı olmalıdır

Borçlar Kanunu m. 360/I' e göre ayıp kavramı şu şekilde ifade edilmektedir : *“Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa”* ayıp söz konusu olmaktadır.

Ayıbın doktrinindeki tanımı ise, sözleşme ile vaad edilen niteliklerin veya dürüstlük kuralı gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin eserde bulunmamasıdır (Yavuz, 2008; Aral, 2003; Eren, 2001). Ayıplı olan her eserde sözleşmeye göre bulunması gereken bir nitelik eksiktir ve bu yüzden sözleşmeye aykırı bir durumu oluşturur ki bu da sözleşmenin gereği gibi ifa edilememesi sonucunu doğurur. Bu durumda eserin ayıplı olup olmadığı sözleşmede aranılan niteliklerle, inşa eserinin fiilen taşıdığı vasıfların karşılaştırılmasıyla tespit edilir. Bu karşılaştırma yapılırken, iş sahibinin sözleşmenin

⁴³ Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçen bu süreye teminat süresi denir. Bu süre sözleşmede veya sözleşme eklerinde belirtilir (Kural ve diğerleri, 1988: 1063).

içeriğine ve iyi niyet kurallarına göre nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır(Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Sözleşmede tarafların üzerinde anlaşıtı nitelikler, inşa eserinin yeri, biçimi, imal tarzı, kapasitesi, kullanılacak yapı metotları ya da betonun taşıma gücü gibi genel nitelikler olabilir. Yapılarda, bu nitelikler sözleşme metninde gösterilebileceği gibi sözleşmenin ekinde yer alan plan ve şartnamelerde de açıkça gösterilebilir. Buna göre, müteahhidin bu plan ve şartnamelerden ayrılması inşa eserini ayıplı kılar. Çünkü, tarafların bu tür nitelikler üzerindeki anlaşmaları sözleşmenin içeriğinin bir parçasını oluşturur ve akdî nitelik taşır. Müteahhidin ayrıca bu niteliklerden dolayı sorumluluk yüklendiğini beyan etmesine gerek yoktur. Ancak taraflar, müteahhidin bu kanunî sorumluluğunun dışında bir sorumluluğu sözleşme ile kabul edebilirler(Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Sözleşmede üzerinde anlaşılan bir niteliğin eksikliği halinde, inşa eseri bu eksikliğe rağmen teknik bakımdan kusursuz(tam) olsa bile, ayıp söz konusudur. Hatta eser, kararlaştırılan niteliği taşımadığı için daha kullanışlı veya objektif bakımdan daha değerli olsa bile yine ayıp ortadan kalkmaz(Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

İnşa eserinde bulunması gerekli lüzumlu niteliklerden amaç, dürüstlük kuralına göre bulunması gerekli niteliklerdir. Bu niteliklerin eksik olması halinde yine ayıp söz konusu olur. Taraflar sözleşme ile başka türlü kararlaştırmış olmadıkça, müteahhit, kullanıma elverişli normal yapıdaki bir eserin değer ve kalitesini taşıyan bir eseri meydana getirip, iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Müteahhit, imal edilecek eserin hangi özellikleri taşıması gerektiğini inşaat sözleşmesini yorumlayarak tespit edecektir. Buna göre, müteahhit, sözleşmenin amacını göz önünde bulundurarak iyiniyet kurallarına göre iş sahibinin eseri kullanım amacına ve onun menfaatlerine uygun, normal nitelikte bir eseri imal etmekle yükümlüdür. İnşaat sözleşmelerinde, iş sahibi inşa eserinin kalite ve yapımının, tekniğin bilinen kurallarına uygun olmasını beklemektedir. Dolayısıyla, müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmaması için, eseri imal ederken fen ve sanat kurallarının gereklerine, işin yapılması sırasındaki tekniğin bilinen kurallarına, sözleşme ile eklerine uymak zorundadır. Aksi takdirde, normal nitelikte bir inşa eserinin meydana getirildiğinden söz edilemez (Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Örneğin, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi ile yapılan bir baraj inşaatında, kurulacak tesis elektrik üretmek amacıyla inşa ediliyorsa, müteahhidin bu amacı gerçekleştirmeye elverişli bir inşa eseri meydana getirmesi gerekir. Anahtar teslimi inşaat

sözleşmesinde, inşa eserinin yapımına ilişkin bütün sorumluluğun müteahhide ait olması nedeniyle, müteahhit, inşa eserinin sözleşmeden beklenen elverişliliği sağlaması için her türlü şartı sağlamak zorundadır. Aksi halde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumlu olur.

2.1.4.2.1.3 Ayıp iş sahibine yükletilmemelidir

BK m. 361'e göre, müteahhidin açık uyarılarına rağmen, iş sahibi, eserin yapımı hakkında verdiği talimat veya diğer yollarla ayıba kendi kusuru ile sebep olmuşsa, ayıp nedeniyle iş sahibine tanınan haklar düşer. Talimattan maksat, iş sahibinin istisna sözleşmesi çerçevesinde müteahhide karşı yönelttiği her türlü bağlayıcı emir ve direktiftir. Bu talimatlar yazılı veya sözlü olabilir, iş sahibi bunları bizzat veya yetkili temsilcisi aracılığıyla da verebilir(Eren, 2001; Tandoğan, 1987).

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için ayıbın iş sahibine yükletilmemesi gerekir. Bu durum, BK m. 361' de hükme bağlanmıştır. Burada belirtilen kusur, iş sahibinin “şahsî kusuru”, “ortak kusuru” dur. Örneğin, işin uzmanı olmayan bir müteahhide uygulaması için verilen plan ve projelerde müteahhidin uyarısına rağmen ısrar eden iş sahibinin ayıplı inşa edilen eserden dolayı müteahhidi sorumlu tutması iyiniyet kurallarına aykırıdır(Eren, 2001; Karataş, 2004).

Kanunda ayıbın, iş sahibinin inşa eserinin yapımı hakkında verdiği “emirlerden” veya herhangi bir sebeple “iş sahibine isnadı kabil” nedenlerden meydana gelmesinden söz edilmektedir. İş sahibinin herhangi bir yolla verdiği tavsiyeler, müteahhidi bağlayan bir talimat sayılmaz, bu nedenle de müteahhidin bu tavsiyelerden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz(Karataş, 2004).

Müteahhidin, sorumluluktan kurtulabilmesi için, iş sahibinin verdiği talimatlara karşı aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmesi⁴⁴; buna rağmen iş sahibinin talimatında ısrar etmesi gerekir. Müteahhidin uyarma borcunu tam olarak yerine

⁴⁴ Bu durum BİGŞ m.11/IX'da şu şekilde düzenlenmiştir: “işlerin devamı sırasında müteahhit, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun teknik ve sanat kurallarına uygun olmadığı kanısına varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 13. Madde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlem yapılır”. BİGŞ m. 13/IV ve V ise, “Bununla birlikte müteahhit, kendisine verilen projelerin ve/veya teknik belgelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya teknik ve sanat kurallarına uymadığını ileri sürerse bu husustaki karşı görüşlerini teslim edilişi veya talimat alışı tarihinden başlayarak onbeş gün içinde(nitelik özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, müteahhidin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir) hem kontrol teşkilatına, hem de idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu süre aşılmıca müteahhidin itiraz hakkı kalmaz. Müteahhidin iddia ve itirazlara rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde müteahhit, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur”.

getirebilmesi için, iş sahibinin verdiği talimatın yanlış olduğunu ve bunu geri almadığı takdirde doğabilecek sonuçlardan sorumluluk kabul etmeyeceğini açıkça bildirmesi gerekir. Müteahhidin uyarı borcunun yanında, iş sahibinin talimat veya şahsi kusuru ile ayıp arasında da uygun illiyet bağı bulunmalıdır (Eren, 2001; Tandoğan, 1987).

2.1.4.2.1.4 İş sahibi eseri kabul etmemiş olmalıdır

BK m. 362/I'e göre, eserin iş sahibi tarafından açık veya zımnen kabulü ile müteahhit ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kurtulmuş olur. İşin kabulü, iş sahibi tarafından yapılan tek taraflı bir irade açıklamasıdır. İş sahibinin, müteahhidin, yaptığı inşa eserinin sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiği, dolayısıyla da ayıp iddiasında bulunulmayacağına ilişkin kabulüdür. İş sahibi bu beyanından tek taraflı olarak geri dönemez (Tandoğan, 1987). Teslim ve kabul kavramlarına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız burada da geçerlidir.

BK m. 362/I' in ikinci cümlesine göre, iş sahibinin inşa eserini kabulü ile ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarının ve tazminat hakkının düşmesi, ancak açık ayıplar yönünden söz konusu olabilir. Gizli ayıplarla müteahhit tarafından kasten saklanan ayıplar yönünden iş sahibinin inşa eserini kabul etmesi müteahhidin sorumluluğunu kaldırmaz (Aral, 2003; Tandoğan, 1987; Yavuz, 2008). Gizli ayıplar, teslimden sonra, inşa eseri kullanılırken ortaya çıkarsa, iş sahibi ayıbı öğrenir öğrenmez durumu derhal müteahhide bildirmelidir. Aksi halde, iş sahibi tekeffülden doğan zamanaşımı süreleri içerisinde müteahhide ayıp bildiriminde bulunmazsa inşa eserini kabul etmiş sayılır ve tekeffülden doğan haklarını kaybeder (BK m. 362/III) (Uçar, 2003).

İnşa eserinin iş sahibine tesliminden sonra bozulması veya bazı niteliklerini kaybetmesi daha önceki bir ayıpla bağlantılı ise, bu durumda mevcut ayıbın teslimden sonra neden olduğu ikincil ayıplar söz konusudur. Bu şekilde ortaya çıkan ikincil ayıplar ile müteahhidin kasten sakladığı ayıplar için müteahhidin sorumluluğu teslimden sonra da devam etmektedir (Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

2.1.4.2.1.5 Ayıba karşı tekeffülden doğan hak zamanaşımına uğramamış olmalıdır

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süreleri BK 363, 126/IV ve 207. maddelerde düzenlenmiştir. Burada iki türlü süre öngörülmüştür. Bunlar: olağan ve olağanüstü sürelerdir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin konusunu taşınmaz

eserler oluşturduğu için taşınmazlarda öngörülen olağan süre beş yıldır. Hileli ve ayıplı malzeme kullanılması halinde zamanaşımı süresi ise BK 125. maddeye göre on yıldır. Müteahhidin kasten gizlediği ayıplar ile ikincil ayıplar için de, iş sahibinin ayıba karşı tekeffüle ilişkin hakları on yılda zamanaşımına uğrar (Aral, 2003; Eren, 2001).

2.1.4.2.2 Ayıba Karşı Tekeffülün Şekli Şartları

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi ve iş sahibinin bu hakkını zamanında kullanması gerekir. Kanunda öngörülen şartlar, iş sahibine yükletilen külfetler olup, bunlar BK m. 359/I' de hükme bağlanmıştır. Bunlar, iş sahibinin eseri muayene külfeti ile ayıba ihbar külfetidir. Bu külfetler, iş sahibinin gerçek anlamda bir borcunu oluşturmaz, bunların yerine getirilmesi sadece iş sahibinin tekeffüle dayanan haklarının doğum şartıdır⁴⁵(Eren, 2001; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

2.1.4.2.2.1 İş sahibinin eseri muayene külfeti

BK m. 359/I'e göre iş sahibi eseri teslim alınca “işlerin alışılmış akışına göre imkan bulur bulmaz” onu muayene etmeli ve ayıp varsa bunları müteahhide bildirmelidir. İş sahibinin eseri muayene külfetinin doğabilmesi için, teslimin sözleşmede kararlaştırılan şartlarda gerçekleşmiş olması gerekir (Tandoğan, 1987; Uçar, 2003). Muayenenin amacı, inşa eserindeki mevcut niteliklerin sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak eserde bulunması gereken niteliklere uygun olup olmadıklarının ortaya çıkarılmasıdır (Uçar, 2003). İstisna sözleşmesindeki muayene ve ayıpları bildirmeye ilişkin hükümler emredici nitelikte hükümler değildirler. Bu sebeple taraflar anlaşma ile muayene tarzı ya da ihbar süresinde değişiklik yapabilirler (Uçar, 2003).

İş sahibinin muayene külfetini yerine getirebilmesi, her şeyden önce muayenenin usulüne uygun olarak yapılmasına bağlıdır. Bu da ancak muayenenin zamanında yapılması ile olur. İş sahibi inşa eserini teslim aldıktan hemen sonra muayeneye başlamak zorunda olduğu gibi, bunu zamanında bitirmelidir. Muayene süresi, eserin çeşidine ve kullanılış amacına göre özenli bir araştırma için makul olarak gereken zamana göre belirlenir. Muayene süresinin tespitinde, özellikle de iş sahibi yeterli deneyime sahip olmadığında, mümkün olduğu kadar geniş davranılması gerekir. Muayenenin teknik sebeplerle ve iş

⁴⁵ Doktrinde aksi görüşler de mevcuttur. Aksi görüşte olan Gauch'a göre, “muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmesini ayıba karşı tekeffülden doğan hakların doğum şartı olarak saymamakta, aksine, bu külfetlerin yerine getirilmemesini sözü geçen hakların düşmesi nedeni olarak nitelendirmektedir” (Tandoğan, 1987:168, 200a no.lu dipnottan naklen).

sahibinin kişiliğinden bağımsız nedenlerle uzaması söz konusuysa, iş sahibine ek süre verilmelidir. Çünkü, muayene ancak objektif olarak mümkün ve makul şekilde beklenebilecek zamanda yapılabilir. Tacirler arasında o ticaret dalına ilişkin bir teamül varsa, muayene süresi bu teamüle dayanılarak belirlenir (Aral, 2003; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Sözleşmede açıkça yazılı olmadığı veya buna ilişkin bir teamül bulunmadığı sürece, iş sahibinin eseri muayene etmesi için bir uzmana, bir bilirkişiye başvurma zorunluluğu yoktur. Ancak, iş sahibi isterse masrafları kendisine ait olmak üzere bir uzman veya bilirkişi(resmi veya özel) tarafından muayenenin bir rapor halinde bildirilmesini talep edebilir(BK m. 359/II) (Aral, 2003; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

İnşa eserini muayene edecek olan iş sahibi, eseri ortalama bir kişinin göstereceği dikkatle ve sözleşmeye uygun olup olmadığı ve ayıp bulunup bulunmadığı yönünden makul bir değerlendirme yapacak şekilde incelemelidir (Tandoğan, 1987). Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından müteahhit tarafından kullanıma hazır olarak iş sahibine teslim edilen bir tesisin işin kapsamı gereği özellikle uzman kişiler tarafından çalışıp çalışmadığının kontrol edilmesi ve sözleşmedeki amacı sağlamaya elverişli olduğunun test edilmesi gerekir. Ancak ondan sonra varsa, ayıplar müteahhide bildirilmelidir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde, işin kapsamı gereği inşaata ait çeşitli işler farklı müteahhitlere yaptırılır. Bu sebeple, iş sahibinin eseri muayene ve ihbar külfeti alt müteahhitlere yaptırılan bu işlerin her biri için ayrı ayrı değil, bütün işlerin tamamlanıp müteahhidin inşa eserini teslim etmesiyle doğar (Tandoğan, 1987).

2.1.4.2.2.2 İş sahibinin ayıbı ihbar külfeti

İş sahibi, muayene ile ortaya çıkan ayıplar ister açık, isterse gizli ayıp olsun her türlü ayıbı müteahhide veya yetkili temsilcisine zamanında haber vermelidir. İş sahibi, ihbarında dayandığı her ayıbı ayrı ayrı göstermelidir. İş sahibi, bu ayıpların cinsini ve kapsamını da anlaşılır bir biçimde müteahhide bildirmelidir. Ayıp ihbarının, muayenenin tamamlanmasından hemen sonra yapılması yeterlidir. Ancak, muayeneden önce veya muayenenin başlangıcında açıkça belli olan ayıpların ihbarı için muayenenin tamamlanması beklenilmeden de yapılabilir. Ayıp ihbarı bir irade açıklamasıdır ve herhangi bir şekle bağlı değildir, sözlü de yazılı da olabilir. Ancak, bildirim postayla

yapılması halinde sadece postaya verilmesi yeterli olup, bunun müteahhide veya yetkili temsilcisine ulaşmama riski müteahhide aittir (Aral, 2003; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Taraflar sözleşmede, muayene ve ihbar süresine ilişkin önceden bir düzenleme yapabilirler. Ancak bu şekilde tespit edilen sürelerin işlerin olağan akışına ters olmayacak nitelikte olması gerekir(Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

2.1.4.3 İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları

2.1.4.3.1 Genel Olarak

BK m. 360'da ayıba karşı tekeffül borcundan dolayı iş sahibinin kullanabileceği üç türlü hak düzenlenmiştir. Bu haklar; sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapılması ve eserin düzeltilmesi haklarıdır. Bunlar kanunda sınırlı sayıda sayılmış oldukları için genişletilemezler. Bu haklar, nitelikleri itibariyle seçimlik haklardır. Kanun bu hakların yanında iş sahibine ayrıca ayıptan doğan zararın tazminini isteme hakkı da tanımıştır (Eren, 2001; Uçar, 2003).

İş sahibi, ayıba ilişkin maddi ve şekli şartlar gerçekleştiğinde BK m.360'daki bu seçimlik haklardan birini kullanacağına ilişkin bir irade beyanında bulunmalıdır. Bu haklar, nitelikleri itibariyle yenilik doğuran (inşai) haklardır. İş sahibi bu hakları, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanmalıdır. Bu irade beyanı açık veya örtülü(zımnî) olabilir. Haklar, seçimlik hak niteliğinde oldukları için, kullanılmıca geri alınamaz. Hangi hak kullanılmışsa, şartları varsa o geçerli olur. Seçimlik haklar, inşai haklar oldukları için bir defa kullanılmakla son bulur. Bu haklardan dönülemez. Her hak gibi kötüye kullanılamaz. Seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkı ile ücretten indirim isteme hakkı üçüncü kişiye devredilemezken, eserin düzeltilmesi hakkı devredilebilir (Eren, 2001; Uçar, 2003).

Aşağıda seçimlik hakların çeşitleri ayrıntılarıyla incelenecektir.

2.1.4.3.2 İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 360/I'e göre müteahhidin yaptığı inşa eseri, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabule zorlanamayacak derecede ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olursa, iş sahibi eseri kabulden kaçınıp, sözleşmeden dönebilir. Ayrıca, iş sahibi müteahhidin kusuru varsa, tazminat da isteyebilir.

İş sahibinin eseri kabulden kaçınması dönme anlamını taşımaz; çünkü eseri kabulden sonra da iş sahibi dönme hakkını kullanabilir (Eren, 2001).

Dönme hakkının kullanılabilmesi için, ayıba karşı tekeffülün genel şartlarının yanında BK m. 360/I'de belirtilen, inşa eserinin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı olması özel şartının da gerçekleşmesi gerekir. Burada anlatılmak istenen ayıp, önemli(ağır) ayıptır ve ayıp yüzünden eser tümüyle ve kesinlikle kullanılamaz olmalıdır. Ayıbın eseri tamamen değersiz kıldığı durumlarda da iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Dönme hakkının kullanılmasıyla, diğer seçimlik haklar yani, ücret indirimini veya eserin düzeltilmesi istenemez. Buna karşılık, inşa eserindeki ayıp, bu derece önemli değilse iş sahibi sözleşmeden dönemez, diğer seçimlik haklarını kullanabilir (Eren, 2001; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Teslim edilen inşa eserinin, iş sahibinin kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı bir eser olup olmadığı, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre belirlenmesi ile tespit edilir. Belirtildiği gibi sözleşmeden dönmeye daha ziyade eserindeki ayıbın düzeltilmesinin imkansız olduğu durumlarda başvurulabilmektedir. İnşa eserinde bulunan önemsiz ve kolaylıkla giderilebilen ayıpların bulunması halinde sözleşmeden dönülmesi hakkaniyete aykırılık teşkil eder(Uçar, 2003). Bunun yanında, inşa eserinin iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olması halinde de BK m. 360/III'e göre iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı sınırlandırılmaktadır. Çünkü, bu halde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile gerçekleşen tasfiye hükümleri gereğince inşa eserinin kaldırılması gerekir. Ancak, inşa eserinin kaldırılması müteahhit için aşırı zarara yol açabilmektedir. Nitekim, inşaat işlerinde inşaat, arazinin mütemmim cüzünü oluşturur. Bu şekilde mütemmim cüz haline gelen bir inşaatın geri verilmesi büyük zorluklar doğurmaktadır (Uçar, 2003). Bu sebeple, inşaat sözleşmelerinin uygulanmasında, dolayısıyla anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmesine ender olarak rastlanmaktadır.

İş sahibi eseri kabulden kaçındığını müteahhide tek taraflı bir irade beyanıyla iletir. Klasik görüşe göre, bu irade beyanının konusunu oluşturan dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran, dolayısıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. İş sahibi böylece sözleşmeden döndüğünü açık veya örtülü bir şekilde müteahhide bildirir. Dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kalkan sözleşmeye ilişkin, tarafların daha önce yerine

getirdikleri edimleri geri verme yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu görüşe göre, dönme sözleşmeyi hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırır. Buna klasik dönme görüşü denilmektedir. Buna göre, tarafların geri verme yükümlülükleri sebepsiz zenginleşme veya aynî istihkak hükümlerine göre belirlenip talep edilir. (Eren, 2008; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003).

Buna karşılık, yeni dönme görüşüne göre; sözleşmeden dönme değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Dönme ile sözleşmenin geçerliliği korunmakta; ancak, sözleşme bir tasfiye ilişkisi haline gelmektedir. Dönme ile henüz ifa edilmemiş borçlar ortadan kalkmakta, daha önceden yerine getirilen borçlar ise yine sözleşmeye dayanan borçlar olarak iade borçları haline gelmektedir. Böylece, ifa edilen edimlerin geri istenmesi yine aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifasının istenmesi haline döner. Bu halde, zamanaşımı süresi BK m. 125'e göre on yıldır (Eren, 2008; Tandoğan, 1987; Uçar, 2003). Kanımızca bu görüşün benimsenmesi daha isabetlidir.

2.1.4.3.3 İş Sahibinin Ücretten İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

İş sahibi bu seçimlik hakkını, inşa eserindeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın önemli(ağır) olmaması halinde kullanabilir. Burada, ücretten indirim eserdeki ayıp oranında yapılır (BK m. 360/II) (Eren, 2001).

İş sahibinin ücretten indirim hakkını kullanabilmesi için ayıplı eserin değerinin ayıpsız olsaydı taşıyacağı değerden objektif olarak daha düşük olması gerekir. Burada inşa eserinin iş sahibi için taşıdığı değer, piyasa değeri ya da satış değeri olarak değerlendirilir. İkinci bir durum ise, ücretten indirim hakkının kullanılabilmesi için ayıplı olan inşa eserinin tamamen değersiz olmaması, az çok bir değer taşıması gerekir (Tandoğan, 1987).

İş sahibi, ücretten indirim yapılmasını isteme hakkını yine tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile yapar ve bu hak değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Dönme beyanını olduğu gibi, ücret indirim isteme beyanını da iş sahibi tek taraflı olarak geri alamaz (Tandoğan, 1987).

Yapılacak indirim, eserin sözleşmeye göre kararlaştırılan tam bedeli üzerinden yapılır ve aynen satım sözleşmesinde olduğu gibi, nispi yöntemle⁴⁶ hesaplanır(Tandoğan, 1987) Daha önceden de belirttiğimiz gibi, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde ücret götürü olarak belirlenir. Bu nedenle, müteahhide verilen ücretten iş sahibi ayıp oranında indirim

⁴⁶ Nispi metoda göre; ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki oran kararlaştırılan veya kanuna göre tayin olunan ücrete uygulanarak, ödenecek indirilmiş ücret bulunur (Tandoğan, 1987).

talep ettiğinde, müteahhit elinde bulundurduğu fazla ücreti faizleriyle birlikte iş sahibine vermek zorundadır.

2.1.4.3.4 İş Sahibinin Ayıbın Düzeltilmesini İsteme Hakkı

Ayıbın düzeltilmesini isteme hakkı, ayıplı ifa halinde iş sahibine tanınan seçimlik haklarından biridir. Ayıbın düzeltilmesi, “*eserin ayıplı olması nedeniyle kısmen başarısızlığa uğrayan ifa girişiminden sonra, eseri sözleşmeye uygun(ayıpsız) hale getirmek için gerekenin yapılması*” olarak tanımlanmaktadır (Şenocak, 2002: 36). Ayıbın düzeltilmesi genellikle ayıplı eserin ya da onun parçalarının bir kısmının onarılması ile olur (Şenocak, 2002).

Bu hakkın kullanılması için, öncelikle ayıbın maddi ve şekli şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun yanında, BK m. 360/II’ de belirtilen ve ayıbın düzeltilmesinin müteahhit için aşırı masraf yapılmasını gerektirmemesine ilişkin özel bir şart daha vardır. BK m. 360’da bu konuda bir düzenleme olmamasına rağmen, doktrinde, ayıbın düzeltilmesinin objektif olarak imkansız olmaması da söz konusu hakkın kullanımının bir şartı olarak belirtilmektedir (Şenocak, 2002; Tandoğan, 1987). Ayıbın düzeltilmesinin tamamen imkansız olmasına uygulamada pek rastlanmaz. Daha çok inşa eserinin kısmî imkansızlık halleri görülür ve bu hallerde ayıbın giderilmesi kısmen mümkündür. Bu tür hallerde, ayıbın düzeltilemeyen kalan kısmı için iş sahibi ücretten indirim yapılmasını isteyebilir (Şenocak, 2002).

BK m. 360/II’de, ayıbın düzeltilmesini isteme hakkı, bu düzeltmenin aşırı masrafa sebebiyet vermemesi şartına bağlı tutulmaktadır. Düzeltmenin aşırı masrafa yol açması, somut olayın özelliklerine göre uygun olmayan bir masrafı gerektirmesidir. Bu konuda herhangi bir anlaşmazlık durumunda, hakim TMK m. 4 çerçevesinde takdir hakkını kullanarak aşırılığı belirler. Ancak, müteahhidin ekonomik güçsüzlüğü ayıbın düzeltilmesinin istenmesine engel teşkil etmemektedir (Şenocak, 2002).

Bazen, bir inşaat projesinin tamamlanması için yapılması gereken masraf, tamamlandığında inşaatın değerinden daha yüksek olabilmektedir. Bazen de, ayıplı inşa eserinde ayıbın giderilmesi daha fazla maliyeti gerektirebilir. Örneğin, bir fabrika inşaatında, inşaatın su borularının yanlış yerleştirilmesi sonucu fabrikanın belli bir bölümünün yıkılıp bu boruların düzeltilmesi ve o bölümün yeniden inşa edilmesi gerekebilir. İnşaat tamamlandıktan sonra bu tür ayıplarla karşılaşırsa ve iş sahibin de

ayıbın giderilmesine karar verdiğyse, onun zararının tam anlamıyla karşılanmama riski ortaya çıkabilir. Çünkü, bu tür düzeltmelerin maliyeti çok yüksek olduğu için müteahhit düzeltme masraflarından kaçınmak amacıyla ayıpları gizlemeye çalışabilir. Bazen de bazı ufak ayıpların yine çok büyük masraflara yol açması nedeniyle müteahhit finansal açıdan zor duruma düşebilir (Ferriell/Navin, 2004).

İşte bu tür durumlarda, iş sahibinin düzeltme hakkını kullanabilmesi için, düzeltme masraflarının müteahhit yönünden sözleşmeden dönme veya ücretten indirimle oranla daha ağır ve büyük olmaması gerekir. Ancak, müteahhit inşa eserinde bazı niteliklerin bulunacağını vaad etmişse ve inşa eserinde bulunan ayıplar inşa eserinin kullanım amacına tamamen elverişsizse, iş sahibi masrafın büyüklüğüne bakmaksızın inşa eserinin düzeltilmesini isteyebilir (Eren, 2001). Aynı şekilde, ayıplı eserin, iş sahibinin veya üçüncü kişilerin yaşam ve sağlığını tehdit edici bir nitelik taşıdığı durumlarda miktarı ne olursa olsun masrafların aşırı olduğundan söz edilemez. Hatta, böyle bir durumda düzeltme masrafları, ayıplı eser yerine yenisinin yapılmasının malolacağı masraflara denk gelse bile, masrafların iş sahibinin yararıyla orantısız olduğundan bahsedilemez (Şenocak, 2002). Zira, hakim iş sahibinin menfaatleri ile ayıpların düzeltilmesinin getireceği masrafları karşılaştırırken, iş sahibinin yalnız ekonomik menfaatlerini değil, ekonomik olmayan menfaatlerini de dikkate alacaktır. Federal Mahkeme'nin de görüşü bu yöndedir⁴⁷.

Jacobs&Youngs, Inc. v. Kent davası⁴⁸, ayıptan dolayı inşa eserinde doğan fiyat farkına iyi bir örnek oluşturmaktadır. Söz konusu olayda, müteahhit, "C" marka boru kullanarak bir ev inşa etmiştir. Ancak taraflar sözleşmede "R" marka borunun kullanılacağını kararlaştırmışlardır. Dolayısıyla, müteahhit sözleşmeye aykırı hareket etmiştir. Fakat "C" marka boru "R" marka boru ile aynı performansa ve dayanıklılığa sahiptir. Bu iki tip boru arasındaki tek fark, üretici firma etiketlerindeki isim farklılığı olup, bunun dışında borular her açıdan eşdeğerdir. Mahkeme, kararında, iş sahibinin "R" marka boru ile inşa edildiğinde evin değeri ile "C" marka boru ile inşa edilmiş değeri arasındaki farkın müteahhide ödenmesi ile sözleşmede kararlaştırılmış edimin yerine getirileceği görüşündedir. Ancak, mahkemenin de belirttiği gibi, bu fark "sıfır"dır. Sözleşmenin amacı, sağlam ve dayanıklı bir konut yapmaktır. Bu amaç, boruların markalarının farklılığına rağmen sağlanmıştır. Bu boruların yenilenmesi inşaatın yıkılmasına sebep olacak, bu da

⁴⁷ JdT 1986 III, p. 77-78 (Dayınlarlı, 2001 b: 236-237).

⁴⁸ Kararın tam metni için: *Jacobs&Young, Inc. v. George Edward Kent*, Court of Appeals of New York 230 NY 239, 129 N.E 889 (Kastley ve diğerleri, 2006: 625 vd).

hem fiziksel hem de ekonomik açıdan bir israfa yol açacaktır. Kararda bu gerekçe ile müteahhidin sözleşmeden doğan edimini yerine getirdiğine karar verilmiştir (Ferriell/Navin, 2004).

Ayıbın düzeltilmesi borcunun kapsamı, müteahhidin masrafları kendisine ait olmak üzere, inşa eserinin sözleşmeye uygun ve ayıpsız bir hale getirilmesi için ne gerekiyorsa onun yapılmasıdır. Müteahhit ayıpları düzeltirken yalnız emeğe ilişkin masraflara katlanmaz, malzemeye ilişkin masrafları da kendisi karşılar (Şenocak, 2002; Tandoğan, 1987) Buna karşılık iş sahibi, inşa eserindeki ayıbın düzeltilmesi süresince uğradığı kâr yoksunluğunun tazminini ancak müteahhidin kusurlu olması durumunda ve ayıp sonucu zararın tazmini çerçevesinde isteyebilir (Tandoğan, 1987).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde inşaatın konusu, ayıba katlanılamayacak büyük sınaî tesis ve yapılar olduğu için, iş sahibi genellikle oluşacak ayıpların düzeltilmesini ister. Çünkü, ileride bu ayıpların yol açacağı daha büyük zararlara maruz kalmak istemez (Ferriell/Navin, 2004). İş sahibinin, seçimlik hakkını BK m. 360/II'de öngörülen ayıbın düzeltilmesini isteme yönünde kullandığında, müteahhidin iş sahibine teslim ettiği inşa eserindeki ayıbı düzeltme borcu doğar. Bu borç, esas itibarıyla müteahhidin istisna sözleşmesinden doğan ifa borcu ile aynı içeriktedir, ancak müteahhidin burada borcu, yapılmış ve teslim edilmiş olan inşa eserinin düzeltilmesi ile sınırlıdır (Şenocak, 2002). Müteahhidin, inşa eserindeki ayıbın düzeltilmesini gerçekleştirememesi üzerine, iş sahibi borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurabilmektedir (Eren, 2001). Bunun yanında hem doktrinde hem de Federal Mahkemenin⁴⁹ uygulamasından genel kabul gören görüşe göre, iş sahibi BK m. 360'da yer alan ve ayıplı ifa dolayısıyla kendisine tanınan seçimlik haklardan birini de kullanabilir. Yine Federal Mahkeme kararlarına göre, iş sahibinin sahip olduğu bir diğer seçimlik hak, BK m. 358/II'nin kıyasen uygulanması ile iş sahibinin ayıbın düzeltilmesini üçüncü bir kişiye bırakılmasını isteme hakkıdır (Şenocak, 2002).

2.1.4.3.5 İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

İş sahibi BK m. 360'daki üç seçimlik hakkının yanında müteahhidin kusurlu olması ve iş sahibinin de bunu ispat etmesi halinde tazminat da isteyebilir (Eren, 2001). İş sahibine tanınan tazminat isteme hakkı, seçimlik bir hak olmayıp, diğer seçimlik haklarla birlikte

⁴⁹ ATF 1983 II 109 (Dayınlarlı, 2001 b: 218-220).

kullanılan kümülatif bir haktır. Doktrinde, iş sahibinin tazminat isteme hakkını tek başına da kullanabileceği kabul edilmektedir (Şenocak, 2002; Tandoğan, 1987; Yavuz, 2008). Ancak, iş sahibinin tazminat talebinde bulunabilmesi için, her durumda ayıbı zamanında ihbar etmiş olması gerekir (Eren, 2001). Ayıp sonucu oluşan zarar, sözleşmeden dönmeye, ücret indirimine veya ayıbın düzeltilmesine rağmen giderilemeyen ve ayıbın sebep olduğu zarardır. Bu zarar fiili zarar olabileceği gibi yoksun kalınan kâr, yani kaçırılan fırsat şeklinde de olabilir (Tandoğan, 1987; Yavuz, 2008).

İş sahibinin tazminat hakkının şartları, iş sahibinin seçimlik haklarıyla aynı şartlara tâbidir. Bunun yanında, eser ayıplı olmalı, iş sahibi zarara uğramalı, ayıpla zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve müteahhit kusurlu olmalıdır (Eren, 2001).

2.1.5 Müteahhidin Diğer Borçları

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, müteahhit ile iş sahibi arasında oluşan ve sözleşme ile belirlenen sürelerde sorumluluğun müteahhide yüklendiği, yüksek riskli bir sözleşme olduğundan, müteahhidin borçları yalnız Borçlar Kanunu'nda tanımlanan borçlarla sınırlı kalmamaktadır. Zaten müteahhidin sözleşmeden, başka borçlarının doğması da anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin niteliğinden ileri gelmekte ve onu olağan eser sözleşmelerinden ayırmaktadır.

Müteahhidin, tasarımdan projenin gerçekleştirilip tamamlanmasına kadar her türlü sorumluluğu almış olması, sözleşme ile kendisine yüklenmişse, inşaat için gerekli izinlerin ve lisansların da alınmasını gerektirir. Ayrıca, projeyi tasarlarken inşaatın gerçekleştiği yerin yerel kanunî düzenlemeleri ve bunların projeye etkisi de mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır (Huse, 2002).

Anahtar teslimi ya da bazen ürün teslimi olarak ısmarlanan inşaatlar çok fazla teknik bilgi ve müteahhidin sorumluluğuna giren ilave işleri de beraberinde getirir. Bu ek sorumluluklar da sözleşmenin ana noktalarını göstermektedir. Müteahhidin inşaatı iş sahibinin amaç ve iradesine göre sözleşmeye uygun olarak yapması, onun görev tanımlarının çok dikkatli ve açıkça belirlenmesini gerekir. Bu suretle, hangi işlerin müteahhidin sorumluluğuna girdiği konusunda uyuşmazlıklar önlenabilir (Huse, 2002).

Müteahhidin FIDIC Gri Kitap ile de belirlenen bu ek borçlarından ilki, işlerin her bir bölümündeki doğru ayarlamalar ve bu ayarlamalarda oluşan herhangi bir yanlış

düzeltilmektedir. Buna ek olarak, müteahhidin işlerin belli bir sıraya konulmasına ilişkin sorumlulukları vardır⁵⁰ (Huse, 2002)

Bir diğer borcu ise, iş sahibinde bulunsa bile müteahhidin, inşaat alanına ait her türlü alt-yapıya ilişkin durum bilgilerinin doğruluğunu tetkik etmekle sorumludur. Bu hüküm Gri Kitap ile getirilmiş yeni bir hükümdür⁵¹ (Huse, 2002).

Bu borçlardan başka, müteahhidin sözleşme ile kararlaştırılmış deneme testlerini yapması gerekir. Bu konu müteahhidin inşa eserini teslim borcunda ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁵². Taraflarca ya da sözleşme ile bu deneme testlerinin inşa eserinin tamamlanıp tesliminden sonra da yapılması kararlaştırılabilir. Fakat her halde bu sorumluluk müteahhide aittir⁵³ (Huse, 2002).

Araç gereç ve malzeme sağlama borcunun uzantısı olarak müteahhitten inşaat alanındaki iş gücüne ilişkin düzenlemelerin yapılması beklenir⁵⁴. Bu kapsamda personel temini ve araç gereç tedariki dışında, bu alanda çalışacak işçilerin becerili ve tecrübeli olmaları gerekir. Ayrıca işçilerin, iş güvenliği ve sağlığı denetlenmelidir. Ancak, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin büyük tesislerin inşaatlarını gerektirdiği durumlarda inşaatın tamamlanmasından sonra tesisi çalıştıracak personelin de sağlanması gerekir (Huse, 2002). Müteahhit, iş sahibinin daha sonra tesisi işletmek için kullanacağı personeli tedarik etmekle kalmaz, genellikle sözleşmeye konulacak bir hüküm gereğince onların eğitimini de sağlamakla yükümlüdür. Bu eğitimler, tesisin çalışması sırasında doğrudan seminer şeklinde bir eğitim olabileceği gibi, aynı tür tesislere(bazen yabancı ülkelerdeki tesislere) teknik gezi düzenlenmesi şeklinde de olabilir (Dayınlarlı, 1998; Boon/Goffin, 1987). Bu eğitimler inşaatın geçici kabulü ile kesin kabul arasında geçen aşamada verilir (Dayınlarlı: 1998).

Bu eğitimlerin önemi, ileride tesis için gerekli elektrik, mekanik ve ekipman ihtiyaçlarının eğitilmiş kişilerce giderilmesi açısından kendini gösterir. Müteahhit inşaatın gerekli alt-yapı çalışmalarını, şantiyenin ve de tesisin elektrik ve su hizmetlerini de görmelidir (Huse, 2002). Böylece gerekli teknoloji transferinin yapılması hem müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getirmesini hem de iş sahibinin tesisten maksimum yarar elde etmesini sağlar (Boon/Goffin, 1987).

⁵⁰ FIDIC Gri Kitap, Müteahhidin İşe Başlaması madde 4.2 (sub-clause)

⁵¹ FIDIC Gri Kitap İnşaat Sahasına İlişkin Bilgiler madde 4.10 (sub-clause)

⁵² Bölüm II, 2.1 Müteahhidin Borçları, 2.1.3 Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcu.

⁵³ FIDIC Gri Kitap madde 12.

⁵⁴ FIDIC Gri Kitap madde 17.2.

Müteahhidin ayrıca patent ve know-how hakları ile inşaatın tamamlanması için gerekli teknoloji lisanslarını da göz önünde bulundurması gerekir (Huse, 2002).

Ancak, FIDIC'in yukarıda anlatılan düzenlemelerinin, yani Gri Kitap'taki hükümlerinin, iş sahibi ve müteahhidin her birinin asıl amaçlarını karşılamadığı yönünde eleştiriler vardır. Özellikle müteahhitler tarafından getirilen eleştiriler, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde Gri Kitap'taki hükümlerin uygulanmasından doğmaktadır. Bu eleştiriler, aşağıda genel hatlarıyla incelenecektir⁵⁵. Bunlar:

- işlerin kapsamının yetersiz tanımı: Müteahhidin götürü ücretli bir sözleşme teklifi sunması, ancak sözleşmeden kaynaklanan işlerin çok iyi tanımlanmış olması halinde mümkündür. Bu işlerin tanımlanması da ancak yeterli bir öntasarım, anlaşılabilir teknik şartnameler ve açık bir performans kriterinin saptanması ile olur. Dolayısıyla, iş sahibinin teklifi çok iyi anlaması gerekir ki, bu da ancak iş sahibi ile müteahhit arasında geçecek detaylı ve uzun müzakerelerden sonra gerçekleşebilir. Maalesef, bu durum ihale safhasında bütün teklif verenler ile gerçekleştirilebilecek bir durum değildir. Ayrıca, iş sahibi müteahhide sağladığı belgelerden de sorumlu olmadığı için, müteahhidin daha ihale aşamasında bütün bu belgelerin doğruluğunu araştırması ve ona göre bir proje tasarlamaya çalışması da pratikte onu zorlamaktadır
- tasarım ve inşaat sürecindeki kesilmeler: İş sahibi sadece inşaatın anahtar teslimi olarak yapımını önerir ve bunu potansiyel müteahhidinin yeteneklerine, kaynaklarına güvenerek yapabilir. Müteahhit için ise, sabit bedelli, kesin vadeli bir sözleşme ilişkisi içine girmek, ancak sorumluluklarının da belirli olduğu durumlarda mümkündür. İş sahibinin tek taraflı isteklerini sonradan projenin tasarımı ve inşaatı sürecine yansıtması gerekir. İş sahibi sözleşmeye sınırlı bir biçimde müdahale etmeli, hatta mümkünse müteahhidin işlerine hiç müdahale etmemelidir. Çünkü, bu durum müteahhitler için endişe taşıyan en önemli konulardan biridir. Ayrıca bu halde karşımıza müteahhidin performans kriterini sağlamaktan sorumlu mu olacağı ve daha sonra müteahhidin iş sahibince

⁵⁵ EIC Contractor's Guide to FIDIC "Silver Book", 2003 <www.eiccontractors.de> (Son erişim tarihi 24 Mart 2010).

kendisine bir talimat verdiğinde bu talimat performans kriterinin sağlanmasını tam tersi yönde etkileyeceği halde bu talimatı red mi edeceği sorunu çıkmaktadır. Bu konunun FIDIC Gri Kitap'ın giriş bölümünde belirtilmesi gereklidir.

- taraflar arasında risklerin ve sorumlulukların orantısız dağılımı: EIC, müteahhitlerin anahtar teslimi sözleşmelerde daha çok risk altında olduklarını kabul ettiği halde, FIDIC Gri Kitap'ta müteahhitlerin öngörülemeyen hallerden doğan riskleri bile kabul etmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Bu yüzden FIDIC'te müteahhidin sorumluluklarının dayanakları ve bunların sınırının çok iyi çizilmesi gerekir. Bu suretle, müteahhitler de sorumlulukları kapsamındaki bu riskleri yönetebilsinler, sözleşme bedeline yansıtabilirler.

Diğer yandan, müteahhidin, sigortalanamayan bütün risklerle, kontrolü dışında gelişen riskleri ve iş sahibinin, hatta üçüncü kişilerin fiillerinden doğan riskleri iş sahibine haber vermesi gerekir. Buna karşılık, en büyük risk iş sahibinin müteahhide verdiği belge ve bilgilerin doğruluğundan, onaylanmasından ve yeterliliğinden müteahhidin sorumlu olmasıdır.

2.2 İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

2.2.1 Genel Olarak

Hem istisna sözleşmesi hem de inşaat sözleşmesi iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerdir. Müteahhidin inşa eseri meydana getirip teslim etme borcuna karşılık iş sahibinin kanundan doğan başlıca borcu ücret ödeme borcudur. Çünkü, sözleşme gereğince müteahhidin üstlendiği inşaat edimleri para ile ölçülebilen bir değere sahiptir. “İnşa eseri ücreti” veya “inşa eseri bedeli” olarak adlandırılan bu borcun iş sahibi tarafından ödenmesi gerekir. Bu ücretin Türk parası veya yabancı para olarak karşılaştırılması mümkündür(BK m.83) (Kaplan, 2001).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde taraflar, iş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu ücreti, “götürü(sabit) ücret” esasına göre karşılaştırırlar. Buna ilişkin hükümler BK' nun 364 ve 365. maddelerinde düzenlenmektedir.

İş sahibinin borçları yalnız ücret ödeme borcundan ibaret değildir. Bir diğer önemli borcu da inşaat bölümlerinin bitiminden sonra gerçekleştirilecek kapasite testlerinin ve üretim kontrollerinin yapımına katılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Böylece, tesisin tamamlanan bölümlerinin iş sahibi tarafından kabul edilmesi yükümlülüğü doğar (Ergin, 2003). İş sahibinin diğer borçları arasında daha önce ayrıntılı olarak incelendiği üzere, (taahhüt etmişse) inşaat malzemesini sağlamak,(eğer malzeme sağlamışsa) sağladığı malzemenin kendisince bilinen ve müteahhidin gözüne çarpmayacak tehlikeli veya işi etkileyecek diğer vasıflarından müteahhidi bilgilendirmek, binanın tesliminden sonra onun ayıplı olup olmadığını muayene edip, ayıp varsa ihbar etmek ya da idareden gerekli inşaat izinleri ve ruhsatlarını almak gibi yan borçları ve borç niteliğinde olmayan külfetleri de bulunmaktadır (Kaplan, 2001; Baygın, 1999).

2.2.2 Ücret Ödeme Borcu

2.2.2.1 Genel Olarak Eser Ücretinin Türleri

İş sahibinin aslî borcunu oluşturan ücret ödeme borcuna ilişkin hükümler BK 364 ve 365. maddelerde düzenlenmiştir. İnşa eseri karşılığında ödenecek ücretin miktarı, sözleşmede kararlaştırılmış olabileceği gibi, kararlaştırılmamış da olabilir. Borçlar Kanunu' nda belirtildiği gibi, ücret sözleşmede kararlaştırıldığı durumlara göre üçe ayrılır. Bunlar: Götürü ücret(BK m. 365/I), yaklaşık (keşif bedeli üzerinden) ücret (BK m. 367) ve götürü ücret-birim fiyat kombinasyonlu ücrettir (Kaplan, 2001).

İnşa eserinin ücreti sözleşme ile kararlaştırılmadığı hallerde, bu ücret inşaatın değerine ve müteahhidin masrafına göre belirlenir. Bu şekilde belirlenen ücrete “yapılan işin değerine göre tespit edilen ücret” denir (Kaplan, 2001).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesini diğer inşaat sözleşmelerinden ayıran bir husus da ücret konusunda karşımıza çıkmaktadır. İstisna sözleşmesinin kurulması için tarafların eser ücretinin miktarı üzerinde anlaşmış olmaları şart değildir. Eser ücretinin sözleşmenin kurulması esnasında ne belirli ne de belirlenebilir olmasına gerek yoktur. Ancak, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, taraflar inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi karşılığında iş sahibinin ödeyeceği ücret miktarını önceden belirlerler. Bu zorunluluk anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde götürü(sabit) ücret esasının benimsenmesinden kaynaklanmaktadır.

2.2.2.2 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinde Geçerli Olan Götürü Ücret ve Türleri

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi götürü ücret esasına dayanır. Bu sebeple, bu tür sözleşmelerde ücretin miktarı önceden kararlaştırılmakta, sözleşme metninde gösterilmektedir. İnşa eserinin bu şekilde sabit olarak belirlenen ücreti, “götürü ücret” adı ile BK m. 365’de düzenlenmektedir.

Götürü bedel genellikle işin bir bölümünün veya tamamının esas alınmasıyla belirlenir (Aydemir, 2009). Ancak, sadece azamî bir fiyatın belirlenmesi de götürü ücret sayılmaz (Baygın, 1999). İnşa eserinin bedeli, tarafların karşılıklı pazarlığı sonucunda ortaya çıkan bedelin götürü olarak belirlenmesi ile kesinleşir. Buna “kesene” de denir. Bu şekilde götürü bedelin kararlaştırılması halinde işin bedeli kesinlik kazandığı için iş sahibinin sözleşmenin dışında kalan hiçbir harcamaya katlanması beklenmez (Aydemir, 2009).

Müteahhide yapılan ödeme genellikle taksitler halinde(vadeli olarak) yapılır. Ödemeler ya belirli bir ödeme takvimine göre ya da belirli tamamlanma aşamalarına göre yapılır. Bazı hallerde götürü ücret ancak iş sahibi tarafından inşa eserinin tamamlanmasından sonra ödenir. Bu tür haller, sözleşmede işin tamamlanmasının ödeme için ön şart olarak belirlendiği hallerdir (Huse, 2002).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde geçerli olan ve bizim de aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alacağımız götürü ücret, kendi içinde birbiriyle benzerlik ve farklılıkları bulunan üç türe ayrılmaktadır:

- Toptan götürü(sabit) ücret
- Global götürü ücret
- Her şey dahil evvelce kararlaştırılan birim fiyatlara göre belirlenen ücret(birim fiyatlı ücret)

2.2.2.2.1 Toptan Götürü (Sabit –Anahtar Teslimi) Ücret (Lump-Sum Price)

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde genellikle, diğer yöntemlere göre daha kolay yönetilen ve ücretin belirlenmesi için gerekli yöntemlerin daha ucuz olduğu toptan götürü ücret esası benimsenmektedir (Huse, 2002). Taraflar bu şekilde inşa eserinin sözleşmeye uygun olarak zamanında ve ayıpsız teslimi karşılığında müteahhide ödenecek ücret miktarını önceden belirlemiş olurlar. Uygulamada bu tür ücret miktarının kararlaştırıldığı

inşaatlara “anahtar teslimi inşaatlar” da denmektedir (Aydemir, 2009; Kaplan, 2001; Baygın, 1999).

Götürü ücret, inşa eseri için ödenecek azamî(en yüksek) ve asgarî(en düşük) ücrettir. Tarafların kararlaştırdıkları bu ücret, sözleşmeye bağlılık(ahde vefa) ilkesi gereğince onlar için bağlayıcıdır. Müteahhidin inşaatı eksiksiz ve ayıpsız olarak zamanında teslim borcunu yerine getirmesi ile iş sahibinin de ücret ödeme borcu ortaya çıkar (Kaplan, 2001). Ancak, iş sahibi önceden sözleşmenin bütünü için götürü olarak kararlaştırılan ücret miktarı ne ise onu ödemekle yükümlüdür. Müteahhidin yapımından sonraki masrafları göz ardı edilir (Huse, 2002). İş sahibinin sözleşmedeki bu miktarın fazlası veya daha azını ödemesi söz konusu değildir (Kaplan, 2001). BK m. 365/I hükmüne göre, “*Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla sây ve masrafi mucip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez*”.

Götürü ücretin sabit oluşu, inşaatın fiilî maliyet masrafları ve yapılan işlerin miktarlarından bağımsız olmasından kaynaklanır (Kaplan, 2001; Baygın, 1999). Müteahhit, ücret sabit olduğu için, işçi ücretlerindeki veya malzemelerdeki fiyat artışı gibi önemli riskleri de göz önüne almalıdır. Çünkü, müteahhidin yaptığı masrafların gerçek tutarı ile sözleşmede kendisine ödeneceği belirlenen sabit ücret arasındaki fark onun kâr veya zararını oluşturmaktadır (Huse, 2002). Müteahhidin yaptığı fazla veya az masrafların oluşmasında nelerin etkili olduğunun araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü, ne müteahhidin götürü fiyat teklifi yaparken tahmini bir maliyet masrafı belirlediğinin veya aksine kesin maliyet analizlerine dayandığının, ne de maliyet faktörlerinin değişip değişmemesinin götürü ücrete etkisi olmaz (Kaplan, 2001; Baygın, 1999). Hatta iş sahibinin, müteahhide inşaat alanı hakkında verdiği bilgilere dayanarak maliyeti tahmin ediyor olması bile ücretin değiştirilmesini etkilemez (Huse, 2002). Özellikle büyük çaplı işlerde karşımıza çıkan bu tür sözleşme tiplerinde, inşaatın uzun yıllar sürmesi nedeniyle müteahhidin bundan yüksek kazançlar ve dolgun bir ücret beklemesi söz konusu değildir (Kaplan, 2001).

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, sözleşme ile kararlaştırılan bu götürü ücret miktarı sözleşmeye bağlılık (ahde vefa- pacta sund servanda) ilkesi gereğince her iki taraf için de bağlayıcıdır. İş sahibi sadece kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlüdür. Bu miktarın ne fazlasını ne de eksikliğini öder (Baygın, 1999).

Ancak, götürü ücretin katı, yani “değiştirilemez sabit bedel niteliği” mutlak değildir (Huse, 2002; Kaplan, 2001). Borçlar Kanunu istisnaî olarak müteahhide belirli durumlarda ücretin arttırılmasını veya sözleşmenin sona erdirilmesini isteme hakkını tanımaktadır. Öncelikle, BK m. 365/II’de “*evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller, işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyley*”. Nitekim, Yargıtay 15. HD’nin 5 Aralık 1996 tarih, 1996/3817 esas ve 1996/6462 karar sayılı kararında⁵⁶ davalı kooperatife ait 92 adet dubleks villanın sözleşmede belirtilen işlerinin götürü bedel esasına dayanarak davacı müteahhide verildiği bir sözleşmede, söz konusu konutlardan 29 ve 30 numaralı konutlarda inşaata engel olacak hatalar çıkmış ve kooperatif işin durdurulmasını talep etmiştir. Müteahhit ise, işin devamı için bu hataların düzeltilmesini; ancak, bu hataların maliyeti arttıran teknikler gerektirdiğini ileri sürmüştür. Sözleşmede müteahhide ödenecek bedel götürü olarak belirlenmiştir ve normalde bu bedelden fazlasını talep edemeyeceği açıktır; ancak, önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça nazara alınmayan haller nedeniyle işin yapılmasının son derece zorlaşması halinde müteahhide, ücretin arttırılması ya da sözleşmenin feshini isteme hakkı tanındığı ilgili kararda açıkça belirtilmektedir.

Bir diğer durumda ise, iş sahibinin kusurlu davranışı veya alacaklı temerrüdüne düşmesi ya da sonradan ortaya çıkan fazla masraflara yol açmış olması nedeniyle müteahhit ücretin arttırılmasını talep edebilecektir (Baygın, 1999; Huse, 2002). Genellikle bu hallerde ihtilaf, ilave iş değişikliğinin varlığı ya da inşaat işinin sözleşmede kararlaştırılan götürü ücretin kapsamı dahiline girip girmediği konusundadır. Burada, iddia sahibi müteahhit olduğundan onun ilave iş veya iş değişikliğinin varlığını ispat etmesi gerekir. Şüphe edilmesi halinde, borçlu lehine yorum ilkesi gereğince müteahhit lehine yorum yapılmalıdır. Bu tür ihtilafları önlemek için taraflar götürü ücret kapsamına giren inşaat işlerini eksiksiz olarak plan, proje ve diğer belgelerde açıkça ve detaylı olarak göstermelidir. Bunun yanında, sözleşme ile ilave iş veya iş değişikliklerinin neler olabileceği ve bu tür durumlarda müteahhidin mi, yoksa iş sahibinin mi bizzat talepte bulunacağı ve bedelin nasıl belirleneceği açıkça kararlaştırılmalıdır (Kaplan, 2001; Baygın, 1999).

⁵⁶ <http://www.kazanci.com> (son erişim tarihi 20.03.2009).

Üçüncü olarak, taraflar sözleşmede işçilik ücretlerinde veya malzeme fiyatlarındaki artış veya düşüş gibi pahalılık durumlarında götürü bedelin artırılması veya azaltılması hakkını saklı tutmuş olabilirler (Huse, 2002). Bu durum, götürü ücreti global ücrete dönüştürür (Kaplan, 2001; Baygın, 1999).

İş sahibi, götürü ücretin belirli iş bölümlerine ya da aktivitelere göre parçalanarak müteahhitten ödeme miktarlarının belirlenmesini isteyebilir. İhale sürecinde iş sahibine verilen bu tür bilgiler, onun müteahhidin ücret alacağına dayanağını daha iyi anlamasını sağlar. Bu tür bölümlere ayırma (eğer sözleşmede belirlenmişse) yani ücretin parçalanması sözleşmenin uyarlanmasını ya da değiştirilmesini de kolaylaştırır. Aynı zamanda bu durum değişikliklerin ücretlendirilmesinde de kullanılabilir (Huse, 2002).

2.2.2.2.2 Global Götürü Ücret (Global Price)

Global ücret sabit ücretin özel bir türünü teşkil etmektedir. Bu ücret türü ile taraflar her türlü pahalılaşıma veya fiyat artışına karşı çekincelerini ortaya koymakta, sözleşmenin kesin fiyat özelliğini bir anlamda ortadan kaldırmaktadırlar. Burada ücretin her türlü pahalılaşması durumunda, bu durum ister enflasyon ister malzeme fiyatları ya da işçi ücretlerindeki artış sebebiyle ortaya çıksın, tarafların sözleşme ile haklarını saklı tuttukları görülür ve sözleşme ile belirlenmiş olan ücret yeni duruma uydurulur. Global ücretin bu anlamda götürü(-sabit) ücretten farkı, global ücrette pahalılaşmadan doğan fiyat farkının ayrıca ödeniyor olması iken götürü ücrette bu fiyat farkının ödenmemesidir. Fakat, global ücrette fiyat artışından doğan fiyat farkı ödenecek kalemlerin ayrıntılı olarak belirlenmesi gerekir. Aksi halde, taraflar arasında ihtilaf doğabilir ve çözümü güç olabilir (Baygın, 1999; Ergin, 2003; Kaplan, 2001).

2.2.2.2.3 Her Şey Dahil Birim Fiyatlara Göre Belirlenen Ücret (Birim Fiyatlı Ücret) (Unit Price)

Taraflar, sabit-götürü ücret veya global ücret dışında bir başka ücret türü olan birim fiyatlı ücreti de sözleşmelerine taşıyabilirler. Bu ücret türü ile inşaatın bedeli önceden belirlenmiş birim fiyatlara göre tespit edilir. Bu şekilde belirlenmiş olan ücret de yine “götürü(sabit) ücret”in bir uygulamasıdır (Kaplan, 2001).

Birim fiyatlı ücrette sonradan fiyatlar üzerinde bir değişiklik yapılmadığı için ücret götürü olarak belirlenmektedir. Birim fiyatlı ücret uygulamada kamu kuruluşlarınca inşa edilen büyük yapı ve bayındırlık işlerinde görülür ve bu tür işler birim fiyatlara göre

belirlenirken, bu birim fiyatların toplam ücreti belli oranda(örneğin %30a kadar) aşan işler için de uygulanacağı kabul edilmektedir (Kaplan, 2001).

Bir inşaatta birim fiyat usulü ile karşılaştırılan ücret şu şekilde tespit edilir. Öncelikle; birim fiyatlar tespit edilir. Birim fiyatlar, sözleşmeye göre müteahhidin üstleneceği inşaattaki birçok iş kalemi için her yıl tespit ve ilan edilen rayiçler kullanılarak geliştirilmiş fiyat analizleri sonucu bulunur. Bu şekilde belirlenen birim fiyat cetvelleri, inşaat işlerinin poz numaraları ile birlikte bir liste halinde hazırlanır ve sözleşmenin eki olarak sözleşmeye dahil edilip taraflarca imzalanır. Böylece müteahhidin yaptığı inşaat kalemlerinin miktarları (yani metre, metrekare, ton, kg, adet ve parça cinsinden hesaplanan birim miktarları) sözleşme ile karşılaştırılmış birim fiyatlarla çarpılarak her kalem iş için müteahhide ödenecek ücret bulunur. Son olarak bulunan her bir iş kalemlerinin ücretleri toplanır ve böylece inşaatın tamamı için müteahhide ödenecek ücret elde edilmiş olur (Kaplan, 2001). Nitekim, Yargıtay 15. HD'nin 18 Mart 1991 tarih, 991/1272 esas ve karar sayılı kararında da davacı alt-müteahhidin yapacağı işin ücreti m² .si 1500 TL olarak karşılaştırılmıştır. Bu şekilde belirlenen ücretin de götürü olduğu belirtilmektedir. Yani burada tek katlı 100m² inşaat alanlı bir binanın anahtar teslimi 150.000 TL'ye yapılması karşılaştırılacağı gibi, sözleşmede aynı inşaatın (100m² lik inşaatın) anahtar teslimi m²/500 TL fiyatla yapılması karşılaştırılmışsa, yine götürü bedel söz konusudur (Kostakoğlu, 2008).

Birim fiyat, sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılan birim fiyat analizleri dikkate alınarak taraflarca müştereken imzalanmış birim fiyat cetvellerinde(listelerinde) tespit edilebileceği gibi, sonradan ortaya çıkan ilave iş ve iş değişiklikleri nedeniyle yine taraflarca mevcut birim fiyat analizleri dikkate alınarak ya da birim fiyat analizlerinin olmadığı durumlarda pazarlık usulü ile tespit edilip düzenlenen ve imzalanan birim fiyat tespit tutanakları ile belirlenir (Kaplan, 2001: 133). Bu şekilde belirlenmiş birim fiyatların varlığını ispat ise müteahhide düşer. Bu birim fiyat listeleri ya da tutanakları HUMK m. 287/II anlamında münhasır delil sözleşmesi niteliğindedir ve aksi iş sahibi tarafından yazılı başka bir liste veya tutanakla ispat edilmedikçe, bağlayıcıdır. Yargıtay'ın da yerleşmiş içtihatları bu yöndedir⁵⁷.

Müteahhidin daha sonra, birim fiyat tutanaklarının detaylı incelenmediği gibi iddialarla bunların değiştirilmesini talep etmesi mümkün değildir. Federal Mahkemenin de

⁵⁷ Yargıtay 15. HD' nin 08.06.1989 tarih, 1988/3530 esas ve 1989/2725 karar sayılı kararı (Kostakoğlu, 2008: 1022).

bu konuda kararları mevcuttur; ancak istisnaî olarak Mahkemenin bir kararında⁵⁸ müteahhidin birim fiyatları hesaplarken belli verilere dayanması ve bu verilerin daha sonradan yanlışlığı ortaya çıktığında, müteahhidin BK m. 24'ün dördüncü bendindeki “temel hatası” na ve onun özel bir uygulamasını gösteren BK’ nun 365/II’ ye başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Bu kararın aksine, iş sahibinin BK m. 365/II’ye başvurması ise aynı maddenin III. fıkrası hükmü nedeniyle mümkün değildir (Kaplan, 2001).

Birim fiyatlar belirlenirken bu fiyatla çarpılarak yapılan iş kalemlerinin miktarının ispatı müteahhide aittir. Müteahhidin yaptığı iş miktarının belirlenmesinde iki yol göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, birim fiyatla çarpılan müteahhidin iş miktarının fiilen ölçülerek veya tartılarak ya da sayılarak bulunmasıdır. İkincisi ise, bu iş miktarının projeye veya sözleşmeye uygun şekilde teorik olarak hesaplanmasıdır (Kaplan, 2001).

Birinci yolda, yapılacak fiili ölçümleme müteahhit, yapı sahibi veya temsilcisi kontrol mühendisi tarafından işin devamı sırasında günlük veya işin o bölümünün veya tamamının sonunda yapılır ve yevmiye defteri niteliğinde olan yeşil defter ve ataşman defterlerine kaydedilir veya kantar fişi ya da mesafe tutanağı tabir edilen bir belgede tespit edilir. Taraflarca imzalanan bu defter ve belgeler kesin delil sözleşmesi niteliğindedir ve tarafları bağlar (Kaplan, 2001) Taraflardan birinin ölçümlemeye gelmemesi durumunda tek taraflı yapılan ölçümlerinde bu fiili karine geçerlidir. Diğer tarafın bu karineyi çürütmesi için karşı delil(yazılı ve imzalı) ibraz etmesi gerekir (Kaplan, 2001). Fiili ölçüm sonuçlarının müteahhit veya iş sahibince BK. m.24/I-IV hükmüne dayanılarak iptalinin istenmesi mümkün değildir; çünkü, temel hatasının şartları mevcut değildir. Ancak, her iki tarafça bilinen adi hesap (rakam yazılışındaki gibi) hatalar düzeltilebilir (Kaplan, 2001).

İkinci bir yol olan plan ve projeye uygun teorik bir birim miktarının ölçü olarak alınması daha yaygın olarak kullanılmakta ve özellikle büyük çaplı inşaatlarda daha pratik sonuçlar vermektedir. İnşa planına uygun teorik birim miktarlarının hesaplanmasında, plan ve projelerdeki kayıtlı ölçülerle inşaat başlamadan önce yapı yerinden alınan ölçüler esas alınmaktadır. İnşaata başladıktan sonra ve devamı aşamasındaki ölçü değişiklikleri ise taraflarca ortaklaşa olarak belirlenip, bunlar da ilgili birim miktarının tespitinde göz önüne alınmaktadır (Kaplan, 2001).

⁵⁸ JdT 1979, s.604-605 (Kaplan, 2001: 134).

Taraflar sözleşme ile birim fiyatları tespit ederken fiili ölçümlere mi, yoksa teorik ölçümlere mi dayanacaklarını açık veya zımnî biçimde belirleyebilirler. Diğer yandan, müteahhit, özenli çalışma ve inşaatın sözleşmeye uygun ifası için gerekli işten fazla miktarda iş yapmışsa, bunlar için kural olarak bedel talep edemez; çünkü, anlaşılacağı gibi fazladan yapılan iş plan ve proje dışıdır ve teorik miktarın belirlenmesinde dikkate alınmaz. Aynı durum fiili ölçüm esasında da geçerlidir (Kaplan, 2001).

2.2.2.3 Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinde Geçerli Olan Götürü Ücrette Önceden Öngörülemeyen Haller Nedeniyle Ücretin Artırılması veya Sözleşmenin Feshi

2.2.2.3.1 Genel Olarak

İnşaatın müteahhit tarafından sabit götürü ücretle üstlenilmesi halinde, müteahhidin BK m. 365/I'e göre inşaatın tamamını sözleşmede öngörülen sabit bedelle bitirmesi gerekir (Kaplan, 2001). BK m. 365/I' de ifade edilen götürü ücretten amaç, müteahhidin inşaat işini kararlaştırılan fiyata yapılma zorunluluğudur. Ayrıca, inşaatın yapımında müteahhidin inşaat bedelinde artırım istemesi de mümkün değildir. Bu durum daha önceden de belirtildiği gibi, sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) ilkesine dayanmaktadır (Baygın, 1999). Ancak, BK m. 365/II hükmü ile götürü ücretin değişmezliği kuralına bir istisna getirilmiştir. BK m.365/II hükmüne göre "*Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınamayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse, hakim haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrur eden bedeli tezyit eder veya mukaveleyi fesheder*". Çünkü, diğer sözleşme türlerinde de olduğu gibi, süre ve ifa yönünden ileriye yönelik hükümler doğuran istisna sözleşmelerinde (dolayısıyla da inşaat sözleşmelerinde) sözleşmenin kuruluşu ile ifası gereken zaman arasında hal ve şartlardaki değişiklikler sözleşmeyi ve tarafları etkileyebilmektedir. Bu tür değişiklikler sözleşmeyi taraflar için çekilmez, hatta tahammül edilemez hale getirebilir, giderek de ifa imkansızlıklarına yol açabilir. BK m. 365/II işte bu tür durumlarda uygulama alanı bulur (Baygın, 1999).

2.2.2.3.2 Borçlar Kanunu m. 365/II'nin Uygulanması İçin Gerekli Şartlar

BK 365/II' nin uygulanabilmesi için madde hükmünde belli şartlar gerekir. Bu şartlar şunlardır:

2.2.2.3.2.1 Önceden Tahmin Edilemeyen veya Tahmin Edildiği Halde Taraflarca Dikkate Alınmayan (Gerçekleşmeyeceği Varsayılan) Hallerin Ortaya Çıkması

BK m. 365/II' nin uygulanabilmesi için ilk şart, sözleşmenin kurulması anında taraflarca tahmin edilemeyen veya tahmin edilmekle birlikte göz önünde tutulmayan, yani gerçekleşmeyeceği düşünülen olağanüstü hallerin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmasıdır. Borçlar Kanunu'nda mücbir sebebin tanımı yapılmamıştır, ancak BK m. 365/II' de “evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller” den söz edilmektedir (Acar, 2008; Erman, 1979). Mevzuat Kanun⁵⁹'da ise “önceden tahmin olunamayan veya tarafların akde temel olarak kabul ettikleri koşullar dışında bıraktıkları olağanüstü haller” den bahsedilmektedir (Baygın, 1999).

Bu açıklamalara göre BK m. 365/II kapsamına giren durumları anlamak için öncelikle mücbir sebep, umulmayan hal ve olağanüstü olay kavramlarını incelemek gerekir. Mücbir sebep ahde vefa(pacta sunt servanda) prensibinin bir istisnasını oluşturur(Acar, 2008). Mücbir sebep⁶⁰, borçlu veya sorumlu kişinin işletmesi ya da faaliyet alanı dışında kalan ve bir borcun veya genel bir davranış normunun ihlaline mutlak olarak karşı konulamayacak şekilde yol açan, öngörülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Umulmayan hal ise, sorumlu ya da borçlunun kaçınamayacağı şekilde genel bir davranış normunu veya bir borcu ihlal etmesine sebep olan olaydır. Umulmayan halde borçlunun kendisinden beklenen tedbirleri olsa dahi kaçınamayacağı bir olay söz konusu iken, mücbir sebepte borçlu tedbir olsa dahi kimsenin kaçınamayacağı bir olay meydana gelmektedir (Baygın, 1999). Her mücbir sebep bir olağanüstü haldir, her olağanüstü hal bir mücbir sebep değildir (Erman, 1979:73; Tandoğan, 1987: 239; Baygın, 1999: 66). BK m. 365/II'de düzenlenen “olağanüstü haller” kavramına ise hem mücbir sebep hem de mücbir sebep dışında kalan bazı umulmayan haller girmektedir. Bir olayın olağanüstü hal sayılabilmesi için belirli niteliklere sahip olması gerekir. Bu nitelikler şunlardır (Erman, 1979; Baygın, 1999)

⁵⁹ OR. Art. 373/2.

⁶⁰ Fransız Medeni Kanunu'nda “Force Majeure” olarak geçer, İngiliz mahkemelerinde , “Act of God” veya “Vis Major” olarak adlandırılır. Alman hukukunda mücbir sebep, “Ummöglichkeit” olarak ifade edilir. Uluslararası ticarete ise “force majeure” kavramı kullanılır ve bütün bu kavramların yerine geçer (Acar, 2008: 9).

- olay genel nitelikte ve gerçek olmalıdır: Tek veya birkaç borçluyu kapsayan olaylar olağanüstü değildir ve bu olayların müstakbel olmaması gerekir.
- olay sürekli olmalıdır: Örneğin, yıllar süren bir baraj inşaatında karşılaşılan birkaç aylık bir güçlük olağanüstü olay olarak sayılamaz.
- olağanüstü olayın oluşumuna taraflar yabancı kalmış olmalıdır.
- olay öngörülemez nitelikte olmalıdır: Ancak, öngörülemezlikten kasıt kimsenin tahmin edemeyeceği, hiç meydana gelmemiş olaylar değildir. Öngörülemezlik kavramı objektif olarak değerlendirilmelidir ve bu unsurun varlığını belirlerken sözleşmenin süresine, yapıldığı zamana ve inşaatın icra edileceği yere dikkat edilmelidir. Örneğin; sözleşmenin savaş gibi durumların öncesi mi, sonrası mı yapıldığı, ya da inşaatın riskli deprem bölgelerine mi inşa edilip edilmediğine dikkat edilmelidir. Diğer yandan öngörülemezlik sadece olayın kendisi için değil, olayın etkileri açısından da söz konusu olur. Örneğin; önceden öngörülebilir bir fiyat artışının (enflasyon artışının) büyük bir hız kazanması ile malzeme fiyatlarında meydana gelen fiyat artışları %100'leri bulduğunda olağanüstü halin varlığını kabul etmek gerekir (Baygın, 1999: 70-71). Bunun dışında taraflar bazı durumlarda olayları öngörebildikleri halde, bunun gerçekleşeceğini ihtimal dışı saymışlar ve hesaplarını karşılıklı olarak ona göre yapmışlardır. Bu tür durumlarda “sübjektif öngörülemezlik” ten söz edilir. Bu durum, sözleşmenin esaslı unsurlarında, temelinde hataya benzetilebilir(BK m. 24/b.4). Burada BK m. 365/II’ deki öngörülebilir ve fakat gerçekleşmeyeceği varsayılan durumlar söz konusudur. Buna karşılık, tarafların ortak bir anlaşma ile kabul ettikleri olasılıkların dışında bıraktıkları haller de olağanüstü haller olarak sayılmalıdır. Bu durumda, yukarıda sayılan hallerin olağanüstü olay sayılabilmesi için gerekli şartların varlığına bakılmaz (Baygın, 1999).

Objektif nitelikteki olağanüstü haller, doğal olaylardan kaynaklanabileceği gibi sosyal ve ekonomik sebeplerden de kaynaklanabilir. Örneğin(Baygın, 1999; Erman, 1979):

- Havaaların beklenmeyecek şekilde bozulması, şiddetli bir kış geçirilmesi, geniş bir kuraklık gibi doğal olaylar,
- Savaş, seferberlik, ihtilal veya grev gibi sosyal olaylar,
- Ekonomik krizler, yüksek oranda yeni vergilerin konması, devalüasyon gibi ekonomik sebeplerle işçi ve malzeme ücretlerindeki beklenmeyen artışlar,

işçilerin sosyal sigorta primleri ve gündeliklerindeki artışlar da olağanüstü olaylar arasındadır.

FIDIC açısından mücbir sebep kavramına nelerin dahil olduğu Turuncu Kitap⁶¹,tan farklı olarak Gri Kitap⁶²,ta da tanımlanmıştır (FIDIC Design-Build and Turnkey, 1995: 41-42). Sarı ve Gri Kitap'ın mücbir sebep tanımları ise, içerik bakımından birbirinin aynıdır. Ancak, söz konusu farklılık mücbir sebebin Turuncu Kitap'ta bir tarafın ifasını “imkansız veya hukuka aykırı hale getiren...olay” olarak tanımlanması ile neleri kapsadığının sınırını belirlemek güçleşmektedir (Ergin, 2003). Bu durum Gri Kitap'ta daha makul ve açık bir şekilde tanımlanmaktadır

2.2.2.3.2 Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Haller İnşaatın Tespit Edilen Götürü Bedelle Tamamlanmasına Engel Olmalı veya Bunu Aşırı Derecede Güçleştirmelidir

⁶¹ FIDIC Turuncu Kitap madde 19 Mücbir Sebep:

Bu maddeye göre, “mücbir sebep”, iş sahibi ve müteahhidin kontrollerinin ötesinde olan, bir tarafın ediminin ifasını imkansız veya hukuka aykırı hale getiren, aşağıdaki halleri içermekle birlikte, bunlarla sınırlı olmayan olaylardır:

- a) Umulmayan hal,
- b) Savaş, çatışma(savaş ilan edilsin veya edilmesin), istila, dış düşmanların fiileri, seferberlik, müsadere veya ambargo,
- c) İsyân, ihtilal, ayaklanma veya askeri müdahale ya da gasp veya iç savaş,
- d) Herhangi bir nükleer yakıtın yol açtığı radyo aktif kirlilik veya nükleer yakıtın yanması, radyoaktif toksik patlama, tehlikeli özellik taşıyan diğer herhangi patlayıcı nükleer montaj veya bu montajın nükleer parçaları sonucu oluşan nükleer atıkların yol açtığı kirlilik,
- e) Müteahhidin veya onun alt müteahhitlerinin çalışanlarına açıkça yasaklanmamışsa, ayaklanma, kargaşa ya da karışıklık (FIDIC Design-Build, 1995: 41-42).

⁶² FIDIC Gri Kitap madde 19 Mücbir Sebep:

Bu maddeye göre “mücbir sebep”;

- a) Bir tarafın kontrolünün ötesinde olan,
- b) Sözleşme yapılmasından önce tarafların gerçekleşmesine engel olamadıkları
- c) Tarafların gerçekleşmesinden kaçınamayacağı veya gerçekleştikten sonra üstesinden gelemeyeceği,
- d) Esasen taraflardan birine atfı kabil olmayan, istisnaî bir olay veya durumdur.

Mücbir sebep, yukarıdaki (a) ve (d) koşullarını sağlamak şartıyla aşağıda belirtilmiş istisnaî olay ve durumları kapsayabilir, ancak bunlarla sınırlı değildir.

- i. Savaş hali, çatışma(savaş ilan edilsin ya da edilmesin), istila, dış düşmanların fiilleri, seferberlik, müsadere veya ambargo,
- ii. İsyân, ihtilal, ayaklanma veya askeri müdahale ya da gasp veya iç savaş,
- iii. Ayaklanma, kargaşa, karışıklık, müteahhidin personeli dışındaki kişilerin ve müteahhit ve alt müteahhidin diğer çalışanları tarafından yapılan grev ya da lokavt,
- iv. Müteahhidin mühimmat, patlayıcılar, radyasyon veya radyoaktiviteyi kullanması dışında mühimmat, patlayıcı madde, iyonize edilmiş radyasyon veya radyoaktivite kirliliği ve,
- v. Deprem, kasırga, tayfun veya volkanik hareket gibi doğal afetler(FIDIC Gri Kitap, 1999: 50-51).

İnşaatın müteahhit tarafından götürü bedelle yapılmasını engelleyen veya aşırı derece güçleştiren olaylar, inşaat masrafını yükselten ve müteahhidin ifa yükünü çekilmez hale getiren olağanüstü ve objektif nitelikteki hallerdir (Kaplan, 2001). Buradaki “işin yapılmasına engel olur” ifadesinin “işin belirlenen götürü ücretle yapılmasına engel olur” olarak anlaşılması gerekir (Erman, 1979; Tandoğan, 1987; Baygın, 1999). Sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olan, ancak müteahhit açısından sözleşmenin ifası sırasında etkisini gösteren, inşaat yerinin jeolojik yapısındaki güçlükler, su baskını, heyelan, yasal değişiklikler, BK m. 365/II’ nin uygulama alanı içinde gösterilebilir.

İnşaatı engelleme veya masrafları aşırı derece arttırma kavramları, olayın durumuna göre hakim tarafından hak ve nesafet kurallarına göre belirlenir. Hakim bu durumu belirlerken, akıl ve mantık sahibi dürüst davranan taraflar, sözleşmenin kuruluşu sırasında masrafları aşırı derecede arttıran bu durumu tahmin etselerdi nasıl davranacaklarına göre ya bedelin arttırılmasına ya da sözleşmenin feshine karar vermelidir (Kaplan, 2001). Ancak, bu durum, BK m. 117/II hükmüyle karıştırılmamalıdır. BK m.117/II’de borcun yerine getirilmesine engel olan ve alacaklıya isnadı mümkün olmayan mutlak bir imkansızlık söz konusudur. Böyle bir durumda borçlunun borcu ortadan kalkacak ve alacaklıdan da borcunu yerine getirmesini talep edemeyecektir. BK m. 365/II ise daha farklı olarak, işin yapılmasının teknik olarak zorlaşmasından daha çok masrafların artması nedeniyle ifa imkansızlığından ziyade ifa güçlüğüne meydana gelmesine ilişkindir (Ergin, 2003; Tandoğan, 1987). Masrafları arttıran durumlara daha önce belirtildiği gibi işçilik ve malzeme fiyatlarında aşırı fiyat artışları, uzun süren grevler, boykot ve lokavtlar örnek olarak gösterilebilir (Kaplan, 2001). Bu durum müteahhide “sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması” nı (clausula rebus sic stantibus) isteme gibi önemli bir imkan tanımaktadır. Buna göre hakim, bu tür durumlarda TMK m. 4 uyarınca takdir hakkını kullanarak daha önce sözleşmede kararlaştırılan götürü bedeli arttırabileceği gibi, hal ve şartlar işi çok zorlaştırırsa sözleşmenin feshine de karar verebilecektir (Ergin, 2003).

BK m. 365/II hükmünün amacı, sözleşme ilişkisinin başında taraflar arasında kurulan ekonomik dengenin öngörülemeyen veya taraflarca yapılan tahminlere göre gerçekleşeceğini beklemedikleri olağanüstü haller nedeniyle bozulduğu ve bu nedenle de ifanın taraflardan biri için oldukça güçleşmesi(fakat imkansızlaşmaması) nedeniyle zor durumda kalan taraf lehine hukuki yardım sağlanmasıdır. Bu hüküm ile kanun koyucu, BK m. 117’deki mutlak imkansızlıktaki gibi müteahhidin borcunun kendiliğinden sona

ermesini değil, bozulan sözleşme adaletinin yeniden sağlanmasını amaçlamaktadır (Baygın, 1999).

Biz de böyle bir amacın benimsenmesini uygun buluyoruz; çünkü, BK m. 365/II “*beklenilmeyen haller*” sonucunda sözleşmenin ifası aşırı derecede güçleşirse uygulanacaktır. Sözleşmenin ifasının imkansızlaştığı diğer hallerde genel hüküm olan BK m.117 uygulama alanı bulur (Baygın, 1999; Ergin, 2003). BK m. 365/II müteahhidin ekonomik başarısını garantilemek için konulmamıştır. Bu sebeple, inşaatı güçleştiren veya müteahhidin ifa yükünü aşırı derecede artıran durumların tespitinde, müteahhidin üstlendiği tüm edimleri ile onun için sözleşmede öngörülmüş olan bedel arasındaki aşırı dengesizlik-(fahiş derece)-çekilemezlik ölçü olarak kabul edilmelidir. Müteahhidin kâr ve zararı göz önünde tutulmayacağı gibi bedel ile masraflar arasındaki aşırı dengesizliğin, müteahhidin yıkımına sebebiyet verecek derecede olması şartı da aranmamalıdır (Kaplan, 2001). Zaten hakim, olağanüstü halin varlığını tespit ederken müteahhidin sosyal ve ekonomik durumunu da dikkate alır; çünkü, müteahhidin maruz kaldığı güçlük ile buna katlanma durumu sözleşme dengesinin kurulması için önemlidir. Müteahhidin kâr marjının genişliği, onun zorluklara katlanma derecesini de genişletecektir. Bu bakımdan, sözleşmeyi aynen uygulamanın müteahhit yönünden doğuracağı zorluk ile sözleşmenin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılmasının iş sahibi için doğuracağı zorluk arasında aşırı oransızlık olup olmadığı karşılıklı olarak tartılmalıdır. Müteahhit için doğacak zarar aşırı derecede büyük ve diğer koşullar da bulunuyor ise, BK m. 365/II hükmünün uygulanabileceği kabul edilmelidir (Baygın, 1999; Ergin, 2003; Tandoğan, 1987).

2.2.2.3.2.3 Olağanüstü Halin Meydana Gelmesine Müteahhidin Kusurunun Neden Olmaması

Kendi kusuru ile ifa güçlüğüne sebep olan müteahhidin BK m. 365/II’den yararlanması ve ücretin arttırılması ya da sözleşmenin feshini istemesi mümkün değildir. Böyle bir kusurun varlığında, kanun müteahhidi korumamakta, dolayısıyla müteahhit kendi kusuruna katlanmaktadır. Buradaki kusur geniş anlamda algılanmalı, temerrüt, her türlü ihmal ve tedbirsizlik buna dahil edilmelidir. Müteahhit tacir ise, kusurun tespitinde TTK

m. 20/II'deki "basiretli bir iş adamı gibi hareket etme" ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır⁶³(Baygın, 1999; Ergin, 2003).

Sözleşmenin ifasındaki güçlük, ticari işletmenin kötü yönetiminden, müteahhidin borçlarından biri olan gerekli araç, gereç ve malzemeyi zamanında temin etmemesinden, işin organizasyonunda yapılan tedbirsiz ve özensiz hareketlerden, daha avantajlı diğer sözleşmelerin icra edilmesi nedeniyle ifa hazırlıklarının ihmal edilmesinden, alt müteahhidin kusurlu davranışından, müteahhidin iş görme faaliyetini zamanında tamamlamaması gibi durumlardan kaynaklanıyorsa müteahhidin kusurundan söz edilir(Baygın, 1999; Kaplan, 2001; Erman, 1979).

2.2.2.3.2.4 Müteahhidin Olağanüstü Hali İş Sahibine İhbar Etmiş Olması

Müteahhidin BK m. 365/II'den yararlanabilmesi için, sonradan masraflarda ve ücretlerde artışa neden olan veya inşaatın yapımını güçleştiren olağanüstü durumları iş sahibine ihbar etmesi gerekmektedir. Bu ihbarı zamanında yapmadıysa BK m. 365/II'ye dayanması TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına ayırılık oluşturur, bu nedenle de kabul edilmez. Bu sonuca, müteahhidin sadakat borcu kapsamında yer alan BK m. 357/III hükmüne bakarak da ulaşabiliriz. BK m. 357/III'e göre; "*İş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazam icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa, müteahhit iş sahibini bundan haberdar etmeye mecburdur; aksi takdirde, bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir*". Bu hüküm ile "imalatın noktası noktasına muntazam icrasını tehlikeye koyacak" durumdan maksat inşaatın icrasını güçleştiren durumlardır ve bu durumlarda müteahhidin BK m. 365/II'ye dayanabilmesi için iş sahibine olan ihbar külfetini derhal yerine getirmesi gerekir (Erman, 1979; Baygın, 1999; Kaplan, 2001; Tandoğan, 1987). Maddeden de anlaşıldığı gibi, müteahhidin bu tür bir bildirim hukuki anlamda bir borç doğurmaz, yalnızca BK m. 365/II'den yararlanabilmesi için yerine getirilmesi gereken bir külfet niteliğindedir. Müteahhidin bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi iş sahibine karşı bir borç oluşturmaz, yalnızca hak kaybına yol açar (Baygın, 1999; Erman, 1979).

⁶³ Bkz. Yargıtay 15. HD. 10.10.1980 T. 170/2137 esas ve karar sayılı kararı (Kostakoğlu, 2008: 971).

Müteahhit bu ihbarı ile iş sahibine, ifayı zorlaştıran olaylar hakkında kesin ve açık bilgi vermektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, müteahhit bu ihbarla iş sahibine bir uzlaşma da teklif etmelidir (Baygın, 1999). Bu şekilde iş sahibinden ücretin arttırılmasını, sürenin uzatılmasını isteyebilir. Çünkü, bu ihbar ile iş sahibinin inşaatın o zamana kadar yapılan kısmının ücretini ödemek ve müteahhidin uğradığı zararı tazmin ederek sözleşmeyi feshetmesi söz konusu olabilir. Böylece iş sahibi henüz kullanılmamış malzeme giderleri ve işçilik ücretlerinden de kurtulmuş olacaktır. İş sahibinin sözleşmeyi feshetmesini istemeyen, yalnızca ücret artırımını isteyen bir müteahhidin, bu ihbar külfeti sırasında uzlaşmaya gitmesi, sözleşmenin feshini engellemeye yardımcı olacaktır.

2.2.2.3.2.5 Taraflarca Sözleşmeye Her Türü Değişen Hal ve Şarta Rağmen Müteahhidin Fesih ve Bedelin Arttırılması Yoluna Başvuramayacağına Dair Kayıt Koyulmamış Olması

BK m. 365/II hükmü emredici nitelikte değil, *tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır*. Taraflar sözleşmede her türlü olağanüstü hallerin gerçekleşmesine rağmen, kararlaştırılan götürü bedelin değişmeyeceğini veya belli şartların bundan istisna tutulacağını sözleşmeye konulacak bir kayıt veya anlaşma ile belirleyebilirler. Ancak, sözleşmedeki bu tür kayıtların BK m. 19/I ve TMK m. 23/II'deki sınırlamalara uygun olması gerekir (Kaplan, 2001; Baygın, 1999). Sözleşmeye konulan bu tür olumsuz kayıtlara örnek olarak şunlar verilebilir: “borçlunun her türlü şart altında” veya “her durumda” veya “sonradan değişen hal ve şartlar dikkate alınmaksızın” edimini olduğu gibi ifa edeceğinin taahhüt edilmesi gibi ya da olağanüstü haller nedeniyle malzeme fiyatlarında aşırı bir artış meydana gelse bile müteahhidin bir arttırma talebinde bulunmayacağı genel olarak şart koşulabilir. Uygulamada daha çok, “müteahhit herhangi bir sebeple fiyat farkı talebinde bulunamaz”, “ bu fiyat sabit olup müteahhit iş sahibinden başka bir nam altında da olsa herhangi bir fiyat artışı talep edemez” veya “müteahhit ihale tarihinden sonra vergi ve resimler konması, malzeme fiyatlarının yükselmesi, nakliye ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplere istinad ederek fazla para verilmesi veya müddet uzatılması gibi taleplerde bulunamayacaktır” şeklinde kayıtlar konulduğu görülür (Baygın, 1999).

Bir görüşe göre; sözleşmeye konulan kayıtlar, ileride meydana gelmesi muhtemel olağanüstü olayları açıkça belli başlı birkaç olay ile sınırlıyorsa geçerli olmalıdır. Buna

karşılık bu kayıtlar, meydana gelecek *her türlü olağanüstü olayın* rizikolarını müteahhide yüklüyorsa o zaman böyle bir kayıt geçersiz kabul edilmelidir(Baygın, 1999: 95). Çünkü, müteahhidi hangi halde olursa olsun meydana gelecek bütün olağanüstü olayların rizikoları ile karşı karşıya bırakmak, BK m. 20'nin sözleşme ahlâkı ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak, müteahhit olağanüstü hallerin doğurduğu zorluklar ortaya çıktıktan sonra BK m. 365/I'e dayanma hakkını kullanmayabilir, bu hakkından feragat edebilir(Baygın, 1999).

Bir diğer görüşe göre ise, bugün hem İsviçre hem de Türk doktrini ve uygulamasında benimsenen, müteahhidin TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanan BK m. 365/II'deki ücretin arttırılmasını isteme hakkından önceden vazgeçmiş olması halinde bile, sonradan ortaya çıkan ağır hallerde yine ücretin arttırılması istemini ileri sürebilmesidir (Baygın, 1999). Çünkü, müteahhidin BK m. 365/II'deki haklardan önceden feragati geçerli olsa bile, böyle bir feragate rağmen daha ağır hallerin ortaya çıkması durumunda TMK m. 23/II'deki kişisel ve ekonomik hürriyetin ahlâk ve adaba aykırı olarak sınırlanamayacağı hükmüne dayanılarak bu gibi feragatler geçersiz sayılmalıdır. Somut olayda iş sahibinin böyle bir feragat kaydına dayanması, (karşı tarafta uyandırılan bir güvene aykırılık teşkil etmesi veya bu hakkı kullanmanın kendisine sağlayacağı menfaat ile müteahhide vereceği zarar arasında çok fahiş bir nispetsizlik bulunması gibi) dürüstlük kuralına(objektif hüsünüyete) açıkça aykırı düşüyorsa, onun feragat kaydına dayanması mümkün olmayacak, hakim BK m. 365/II'yi uygulayabilecektir(Erman, 1979; Baygın, 1999).

Buna karşılık, müteahhit feragate ilişkin kayıttan doğabilecek riskleri hesaplamış veya bunu karşılamak için bir sigorta yaptırmışsa, bu kaydın iş sahibi tarafından ileri sürülmesine itiraz edemeyecektir; çünkü, müteahhit risklere karşı önlemini almıştır (Baygın, 1999; Ergin, 2003).

FIDIC Standart Sözleşmelerinden Gri Kitap m. 4.12⁶⁴ hükmü bakımından değerlendirildiğinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, öngörülemeyen hal nedeniyle sözleşme bedelinin değiştirilemeyeceği görülür. Ancak kanımızca bu durum sözleşmede zaten yüksek riskleri taşıyan müteahhidin risklerin dağılımı açısından kendisine yüklenen

⁶⁴ FIDIC Gri Kitap madde 4.12 Öngörülemeyen Zorluklar:
Sözleşmede aksi belirtilmedikçe;

- a) Müteahhit, işleri etkileyecek riskler, beklenmedik olaylar ve diğer koşullar hakkında gerekli tüm bilgiyi elde etmiş sayılır,
- b) Müteahhit, sözleşmeyi imzalayarak, işlerin başarı ile tamamlanmasının tüm zorluk ve maliyetlerini öngörmüş olmanın sorumluluğunu üstlenmiştir, ve
- c) Sözleşme bedeli herhangi bir öngörülemeyen güçlük veya masraf dikkate alınarak değiştirilemez.

ek bir sorumluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Buna paralel olarak müteahhidin sorumluluğu dahilinde tutulan ve öngörülemeyen hal nedeniyle doğabilecek riskleri sözleşme bedelini belirlerken göz önünde bulundurma ve sözleşme bedeline ekleme hakkı doğması gerekir

2.2.2.3.2.6 Müteahhidin İnşaat Edimlerini Henüz İfa Etmemiş Olması

Müteahhidin, değişen hal ve şartlardan dolayı sözleşmede değişiklik talep edebilmesi için edimi ifa etmemiş olması gerekir. Çünkü, edimini ifa eden müteahhidin değişen hal ve şartlara rağmen borcun ifasının kendisinden beklenemeyeceğini ileri sürmesi hayatın olağan akışına ters düşer. Ancak, değişen şartların müteahhidin ediminin ifasını ciddi şekilde ağırlaştırması halinde, ileride haksız duruma düşmemek amacıyla müteahhit çekince koyarak borcunu ifa edebilir. Bu şekilde çekinceyle yapılan ifa, sözleşmenin feshi veya yeni durumlara uyarlanması talebinin reddini gerektirmez (Baygın, 1999).

2.2.3. İş Sahibinin Diğer Borçları

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin özelliği gereği iş sahibinin borçları yalnızca ücret ödeme borcundan ibaret değildir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi genellikle bir sınaî tesis inşaatına ilişkin olduğu için, iş sahibinin başkaca borçları da mevcuttur; çünkü inşaatın tamamlanmasından sonra kendisi aktif olarak tesisi işletmektedir. Bunun için hem inşaatın yapılmasından önce hem de inşaat tamamlandıktan sonra yerine getirmesi gereken diğer borçlarına örnek olarak şunlar gösterilir:

- İnşaatın yapılması için gerekli izinleri almak⁶⁵,

⁶⁵ Yapı ruhsatının alınması yükümlülüğünün iş sahibine ait olduğuna ilişkin Yargıtay HGK 20.03.2003 T., 2002/15-168 esas 2002/200 karar sayılı kararında şu şekilde hüküm vermiştir: Söz konusu davada, iş sahibi sözleşmeye aykırılık iddiasını ileri sürerek, müteahhitten tazminat istemektedir. Mahkeme, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı için, inşaat ruhsatının alınması yükümlülüğünün iş sahibine ait olduğunu belirtmektedir. Davacı iş sahibi, yapı ruhsatını almadığından, suç teşkil eden kaçak inşaatın yapımı için müteahhidin edimini yerine getirmesini bekleyemez. Davacı iş sahibinin açtığı dava bu gerekçe ile reddedilmiştir. Müteahhit ise karşı davasında, işçilik ücretinin ödenmediği iddiası ile bu bedelin tazminini talep etmektedir. Ancak, mahkeme, yapının İmar Kanunu'na aykırı olarak ruhsatsız olması sebebiyle yıkılması gerekçesiyle, müteahhidin bu yıkılacak yapıya ilişkin bedeli tahsil edemeyeceği yönünde karar vermiştir. Yargıtay 15. HD ise, 31.05.2001 tarihli kararında, “ kaçak inşaatın ruhsata bağlanıp yasal hale getirilmesi halinde yüklenicinin iş bedelini talep hakkı saklı kalmak üzere, birleşen davanın da bu aşamada reddine karar vermek gerekirken,

- Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile inşaatın yapılacağı yeri müteahhide teslim etmek, tesise ulaşım için tali yolları belirlemek, yurtdışından getirilecek personel varsa onların izinlerini almak, kendi personeli için de iş kazalarına karşı sigorta yaptırmak,
- İnşa edilen tesiste kullanılmak üzere gerekli suyun, enerjinin veya gazın tesise getirilmesi için idare ya da özel kişilerden izinleri almak ve sözleşmeleri yapmak,
- Gerektiği halde müteahhit ile işbirliği içinde, inşaatta kullanılmak üzere ithal edilen ekipman ve malzemelerin gümrükten çekilmesi için idari makamlardan ve gümrüklerden gerekli izinlerin alınmasını sağlamak,
- Anahtar teslimi inşaat bir üretim tesisi ise, hammadde ihtiyacının karşılanmasını ve üretimden sonra ürünlerin fabrika çıkışlarının yapılmasını sağlamak,
- İnşaatın tamamlanmasından sonra kullanıma hazır olan tesisin işletme personelinin seçimi ve işe alımları ile bu kişilerin eğitimleri için gerekli girişimleri yapmak, (sözleşme ile müteahhit tarafından yapılacağı taahhüt edilmemişse)
- Tesisin anahtarının iş sahibine teslimi ile hizmete hazır olan tesisin işletmesini yapmak, iş sahibinin diğer ve en önemli borçlarından biridir (Boon/Goffin, 1987).

yazılı gerekçe ile kabulü doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle”, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkeme önceki kararda direnmiştir. Buna göre HGK, 15. HD’ nin kararı yönünde mahkemenin direnme kararının yerinde olmadığı gerekçesiyle, direnme kararının bozulması yönünde bir sonuca varmıştır (<<http://www.kazanci.com>> son erişim tarihi 20.03.2009).

BÖLÜM III

ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

3.1 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

3.1.1 İfa Nedeniyle Sona Erme

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin sona erme sebeplerinden ilki, tarafların borçlarının sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesidir. İfa sözleşmeyi sona erdiren normal bir sebeptir. Müteahhit, kendisine düşen inşa eseri edimini zamanında ve sözleşmeye uygun olarak teslim ettiği, iş sahibi de bu inşa eserini ayıpsız olarak teslim aldığını belirtip müteahhidin ücretini ödediği zaman taraflar borçlarını ifa etmiş, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi de ifa nedeniyle sona ermiş olur (Eren, 2001).

3.1.2 İfa İmkansızlığı (Eserin Yok Olması) Nedeniyle Sona Erme

BK m. 368’de yapılan şeyin telefi düzenlenmiştir. Bu maddede bir yandan sözleşmenin sona ermesi düzenlenirken, diğer yandan da hasarın geçişi düzenlenmiştir.

İfa imkansızlığı, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut ise, sözleşme konu, yani içerik itibarıyla daha başlangıçta mümkün olmadığından, BK m. 20/I uyarınca bătıldır. Hukuken sonuç doğurmayan böyle bir sözleşmenin feshi de söz konusu olamaz. Bu sebeple, ifa imkansızlığına ilişkin açıklamalarımız, sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen olaylar nedeniyle ifanın mümkün olmadığı hallerle sınırlı olacaktır. Bu duruma, “sonraki ifa imkansızlığı” denmektedir (Kostakoğlu, 2008).

BK m. 368/I hükmü şu şekildedir: *“Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise, iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez”*.

İnşa eserinin ifasının sonradan imkansızlaşması ya umulmayan bir olaya veya iş sahibinin ya da müteahhidin bir fiiline dayanabilir (Eren, 2001). İmkansızlık, genelde

parça borcu, sınırlı cins borcu ve şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerde söz konusu olur (Altaş, 2002). Konuyu, umulmayan bir olaydan kaynaklanan ya da iş sahibi veya müteahhidin bir fiiline dayanan ifa imkansızlığı şeklinde bir ayrıma tabi tutarak incelemek yerinde olacaktır.

3.1.2.1 İnşa Eserinin İfasının Umulmayan Bir Olay Nedeniyle İmkansızlaşması

BK m. 368/I'den anlaşıldığı üzere, eserin tesliminden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olması halinde, iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmüş olmadıkça, müteahhit ne çalışması ne de yaptığı giderler için karşılık isteyebilir.

Bu şekilde bir ifa imkansızlığının gerçekleşebilmesi için aşağıdaki şartlara ihtiyaç vardır. Bunlar (Eren, 2001: 97):

- İnşa eseri teslim edilmemiş olmalıdır; çünkü, eser teslim edildikten sonra yok olursa, hasar(risk) bu andan itibaren iş sahibine geçtiği için, hasardan iş sahibi sorumlu olur.
- İnşa eseri tamamen veya kısmen yok olmalıdır; çünkü, tamamen veya kısmen yok olan bir eserin bitirilip iş sahibine teslim edilmesi mümkün değildir.
- İnşa eseri, umulmayan bir olay sonunda yok(telef) olmalıdır. İnşa eserinin yok olmasına neden olmakla birlikte, iş sahibi ve müteahhide yükletilemeyen her olay umulmayan olaydır. İş sahibinin iflası sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmez.
- İş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmemiş olmamalıdır. Çünkü, inşa eserinin yok olma riski yani hasar, alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibine aittir.

Eserin teslimden önce yok olma riski müteahhide aittir, yani hasar müteahhidin sorumluluğundadır. Bu sebeple, müteahhit eserin telef olması halinde iş sahibinden hiçbir talepte bulunamaz. Bu taleplere örnek olarak, müteahhidin işin bedelini ve yaptığı giderlerin ödenmesini istemesi mümkün değildir. Buna karşın, iş sahibi işin icrası sırasında müteahhide bazı ödemelerde bulduysa, BK m. 117/II' ye göre bunların iadesini talep edebilir (Eren, 2001).

BK m. 368/II' ye göre ise, inşa eserinin teslimden önce umulmayan bir olay sonunda yok olması halinde, yok olan malzemenin hasarı da onu vermiş olan tarafa aittir. Bu hüküm malzemenin iş sahibi tarafından verildiği hallerde sonuç doğurur; çünkü,

teslimden önceki hasardan dolayı zaten müteahhit sorumludur. Müteahhit malzemeyi bizzat sağlamışsa, genel hüküm uygulanacağı için BK m. 368'in ikinci fıkrası değil, birinci fıkrası uygulanır (Eren, 2001).

3.1.2.2 İnşa Eserinin İfasının İş Sahibinin Bir Fiili veya Şahsında Ortaya Çıkan Umulmayan Bir Olay Nedeniyle İmkansız Hale Gelmesi

BK m. 368/III' e göre, eserin iş sahibi tarafından teslim edilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıbından ya da iş sahibi tarafından verilen yanlış talimat dolayısıyla yok olması halinde, müteahhit, tehlikeler hakkında iş sahibinin dikkatini zamanında çekmişse, yapılan çalışmanın ücretini ve ücrete dahil olmayan giderlerin karşılığını talep edebileceği, ayrıca iş sahibinin kusuru varsa tazminat da isteyebilir.

Müteahhidin bu durumda yapmış olduğu masrafları isteyebilmesi için bazı şartlar gerekir. Bunlar(Eren, 2001: 98-99):

- İnşa eseri yok olmalıdır.
- İnşa eserinin yok olması, iş sahibinin bir fiilinden ileri gelmelidir. Bu durum iş sahibinin ya da mümessilinin inşa eserinin imali hakkında verdiği yanlış bir talimat veya sağladığı malzeme ya da arsadaki bir ayıp olabilir.
- Müteahhit kusurlu olmamalıdır. Müteahhit, özen gösterme ve iş sahibini aydınlatma borcunu yerine getirmiş olmalıdır.

Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde müteahhit, iş sahibinden yaptığı işin bedelini, yani ücretini, bu bedel dışındaki diğer giderlerini ve iş sahibinin kusurunun varlığı halinde bunu ispat ederse, uğradığı zararın(yoksun kalınan kârın) tazminini isteyebilir (Eren, 2001).

BK m. 370'de düzenlendiği üzere, iş sahibinin şahsında ortaya çıkan umulmayan bir olay da eserin ifasını imkansızlaştırabilir. Bu umulmayan olay maddi bir olay olabileceği gibi, hukukî bir olay da olabilir. Örnek olarak, iş sahibinin sağlamayı taahhüt ettiği özel bir malzemenin artık üretimden kalkması ya da anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde iş sahibinin teslim etmeyi borçlandığı arsanın kamulaştırılması veya söz konusu arsa üzerine inşaat yasağı konulması gibi hukukî nitelikteki umulmayan olaylar gösterilebilir (Eren, 2001). Bu gibi hallerde, müteahhit yapılan eserin(çalışmanın) bedelini ve bu bedele girmeyen giderlerini isteyebilir. İş sahibi, eserin yapılmasının

imkansızlaşmasında kusurlu ise, müteahhit bu giderlere ek olarak tazminat da isteyebilir (BK m. 370/I ve II).

3.1.2.3 İnşa Eserinin İfasının Müteahhidin Şahsında Ortaya Çıkan Umulmayan Bir Olay Nedeniyle İmkansız Hale Gelmesi

Müteahhidin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olağanüstü olaylar nedeniyle inşa eserinin ifası, yani meydana getirilmesi imkansız olabilir. Bunlar BK m. 371'de müteahhidin ölmesi ya da inşaatı tamamlamada acze düşmesi halleri olarak belirtilmiştir.

BK m. 371'in birinci fıkrasına göre, müteahhit ölür veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama ehliyetini kaybederse, müteahhidin kişisel yetenekleri dikkate alınarak kurulmuş olan inşaat sözleşmesi de sona erer⁶⁶. Burada müteahhidin borçlandığı edimin sözleşmenin yapılmasından sonra şahsında ortaya çıkan umulmayan bir olay nedeniyle imkansız hale gelmesi söz konusudur. Bu maddede, müteahhit yönünden subjektif imkansızlık ile objektif imkansızlık bir tutulmuştur (Eren, 2001).

BK m. 371'in uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır (Eren, 2001):

- Sözleşme müteahhidin kişisel beceri ve nitelikleri göz önünde tutularak yapılmış olmalıdır.
- Müteahhit ölmüş⁶⁷ ya da acze düşmüş olmalıdır. Müteahhidin gerçek kişi olduğu durumlarda öldüğünden bahsedilebilir. Müteahhit tüzel kişi ise tasfiye edilmiş ya da sona ermiş olmalıdır. Müteahhidin acze düşmesi ise, inşaatı objektif nedenlerle maddi olarak bitirme imkansızlığı içinde olmasıdır. Ancak müteahhidin iflası ifa imkansızlığına neden olmaz.
- Müteahhit kusursuz olmalıdır.

⁶⁶ Yargıtay 15. HD'nin 22.04.1993 T., 1993/1866 esas 1993/1907 karar sayılı kararında, mahkemece davalılardan müteahhidin ölümü üzerine, BK m. 371 uyarınca, akdin sona erdiğine ilişkin kararın yerinde olmadığına hüküm verilmiştir. Zira söz konusu olayda inşaat sözleşmesi, müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmamıştır. Olay, yalnız bir inşaat yapımından ibarettir. İnşaat devam ederken müteahhidin ölümü üzerine, müteahhidin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapmaları mümkün olduğundan, olayda BK m. 371 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, yerel mahkeme kararı bozulmuştur (www.kazanci.com son erişim tarihi 20.03.2010).

⁶⁷ Müteahhidin ölümü dışında kalan haller nedeniyle de inşaatın ifası imkansızlaşabilir. Bu sebeple müteahhidin inşaatı bizzat yapması imkansızlaşabileceği gibi, şahsî yönetimi altında ifası da imkansızlaşabilir. Örneğin müteahhidin hastalık veya sakatlığı gibi durumlarda kendisi tarafından şahsen yapılacak inşa eserleri yönünden imkansızlık söz konusu olabilir. Buna ek olarak iş organizasyonu imkanının kaybı da müteahhidin bizzat yönetimi altında yürütülecek işlerde imkansızlığa yol açabilir (Eren, 2001: 101).

Bu şartlar gerçekleştiğinde inşaat sözleşmesi BK m. 371/I' e göre kendiliğinden sona erer. Sözleşmenin sona ermesi ile müteahhit inşa eseri borcundan kurtulur ve iş sahibinin bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin etmek zorunda kalmaz. İş sahibinin de eseri teslim almadığı için ücret ödeme borcu doğmaz. Ancak, inşaatın bir kısmı tamamlanmış ve müteahhit veya mirasçıları da bunu iş sahibine sunmuşlarsa, bu kısım kullanılmaya uygun ise, iş sahibi inşaatı kabul etmeye ve bu kısmın bedelini sözleşmeye göre ödemeye mecburdur(BK m. 371/II). Buna karşın, müteahhidin ifa imkansızlığı nedeniyle iş sahibinin müteahhitten BK m. 371'e göre tazminat istemesi mümkün değilse, ifa imkansızlığı müteahhidin temerrüdü sırasında veya kusurlu davranışlarıyla meydana gelmişse, iş sahibi BK m. 102 ve 96'ya göre tazminat davası açmakta serbesttir ve müspet zararını isteyebilir (Eren, 2001).

3.1.3 İş Sahibinin Tazminat Ödeyerek Sözleşmeyi Feshetmesi (BK m. 369)

3.1.3.1. Genel Olarak

Kanun koyucu BK m. 369 ile istisna sözleşmesinde dolayısıyla da anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde iş sahibine, haklı bir sebep olmaksızın tek başına sözleşmeyi feshetme yetkisi tanımıştır. Ancak, bu durum iş sahibine keyfi bir fesih hakkı verirken, müteahhidin de bu yüzden uğradığı zararın tazmini gerekir(Kostakoğlu, 2008)

BK m. 369'a göre, *“Yapılan şey bitmeden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyasını baligan mabelâğ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir.”*

Bu maddedeki fesih hakkı diğer sözleşmeden dönme hükümlerinden iki açıdan farklıdır. Birincisi, madde ile geçmişe değil ileriye etkili bir sona erme düzenlenmektedir. Yapılan kısmın bedelinin verilmesinden bu sonuç çıkmaktadır. İkincisi ise, müteahhidin borca aykırı hiçbir davranışı olmasa bile, iş sahibine keyfi olarak kullanacağı bir sona erdirme sebebi tanınmıştır (Öz, 2007). Tazminat ödeme borcu ise, bu hakkın kullanılmasının koşulu değil, sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bu hakkın kullanılması bakımından bunun bir sözleşmeden dönme değil fesih olarak adlandırılması daha doğrudur; çünkü maddede açıkça “yapılmış olan kısmın bedelinin verilmesi” nden söz edildiğinden, bu işlemle sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kalktığı kabul edilir. Bu hükümler, kural olarak ani edimli olan istisna sözleşmelerine özel bir düzenleme

getirmiş ve sanki sürekli bir borç ilişkisi gibi ileriye etkili feshin sonuçlarına benzer sonuç doğuran bir sona erdirme şekli düzenlemiştir (Öz, 1989).

Bu hükmün getirilme sebebi, eser sözleşmesinde müteahhidin eseri meydana getirmesinin kendisi için bir borç olup bir hak olmaması ve bu bakımdan iş sahibinin dilediği zaman bu faaliyetin yürütülmesinden vazgeçebilmesi ve sözleşme özgürlüğü ilkesi ile açıklanabilir. Aksi görüşte olan Öz'e göre ise; sözleşme özgürlüğü ilkesi hiçbir zaman kurulmuş olan bir sözleşmenin tek taraflı olarak bozulması halleri ile ilgili bir ilke değildir. Yazara göre hükmün getirilme amacı, istisna sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisine yasa koyucunun büyük önem vermesinden ve özellikle iş sahibinin her ne sebeple olursa olsun artık güvenmediği bir müteahhitle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman sona erdirebilmesinin gerekli olduğu inancına dayanmaktadır (Öz, 1989). Ancak, maddeden de anlaşıldığı gibi bu hak yalnız iş sahibine tanınmıştır, müteahhidin böyle bir hakkı yoktur (Eren, 2001).

BK m. 369 ile ilgili doktrinde tartışma konusu olan bir diğer husus da, maddenin niteliği ile ilgilidir. Bir görüşe göre madde emredici bir hukuk kuralıdır ve taraflar aksini kararlaştıramaz. Buna karşın, diğer bir görüşe göre, bu hüküm düzenleyici bir hüküm olup, taraflar aksini sözleşme ile kararlaştırabilirler (Eren, 2001). Biz bu sonuncu görüşe katılıyoruz. Bu sebeple, tarafların bu konuda önceden yaptıkları anlaşmalar geçerlidir (Eren, 2001; Uygur, 1994).

3.1.3.2 Feshin Şartları

Borçlar Kanunu'nun 369. maddesiyle iş sahibine tanınan bu fesih hakkı keyfi bir fesih olarak nitelendirilse de belli şartlara tabidir. Bu şartlar şunlardır:

3.1.3.2.1 İnşa Eseri Henüz Tamamlanmamış Olmalıdır

BK m. 369'a göre iş sahibinin fesih hakkını kullanması inşa eserinin henüz tamamlanmamış olması şartına bağlanmıştır. BK m. 369/I'de "yapılan şey bitmezden evvel" deyiimiyle inşa eserinin tamamlanmasından sonra iş sahibinin fesih hakkının sona ereceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, maddenin içeriğinden "sürelî fesih hakkı" olduğu anlaşılmaktadır. Maddede belirtilen "eserin bitmesinden evvel"den maksat, sözleşme konusu inşa eserinin tam olarak ayıpsız bir şekilde tamamlanarak müteahhidin borcunun yerine getirilmiş olmasıdır. Ancak, eserin bitmiş kabul edilebilmesi için teslim edilmiş olması ya da teslim alınması şart değildir (Eren, 2001). İş sahibi henüz müteahhidin çalışmalara başladığı bir anda veya hazırlık faaliyetleri esnasında bu hakkını kullanabilir.

İş sahibi işin ne kadar geri bir aşamasında bu hakkını kullanırsa, kendisi için o kadar iyi olur (Öz, 1989). Müteahhit işe hiç başlamadan da iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir. Bu takdirde müteahhidin tazminat talebi yalnızca mahrum kaldığı kârla sınırlıdır (Tandoğan, 1987).

3.1.3.2.2 İş Sahibi Feshi Müteahhide Bildirmelidir

İş sahibinin müteahhide ileticeği fesih beyanı tek taraflı bir irade beyanıdır. Fesih irade beyanı müteahhidin egemenlik alanına ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur (Kostakoğlu, 2008) ve böylece inşaat sözleşmesi kendiliğinden sonra erer. Fesih niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hak olup, kullanılması herhangi bir şarta bağlı değildir. Bu beyan şekle tabi olmadığı gibi, açık veya kapalı(zımnî) bir irade beyanı da olabilir (Eren, 2001: 93)

İş sahibi sözleşmeyi feshederken tazminat teklifinde bulunmak zorunda değildir (Eren, 2001). Ancak, bu sorun doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; iş sahibinin fesih bildiriminde bulunurken tazminat teklif etmesi ve BK m. 369'a dayandığını bildirmesi gerekir. Fesih bildirimi bu şekilde yapılmamışsa, müteahhit iş sahibinin fesih bildirimini kabul etmeyip, bildirimi geçersiz kılabilirdir. Görülüyor ki, bu görüş iş sahibinin tazminat ödemesini fesih hakkını kullanması için bir ön koşul olarak görmektedir ve tazminat teklifini içermeyen fesih bildirimi karşısında müteahhide, isterse bu feshi etkisiz kılma, isterse de geçerli kabul edip derhal tazminat isteme hakkı tanımaktadır (Öz, 1989).

Bir başka görüşe göre ise, fesih bildiriminde açıkça belirtilmemişse, müteahhidin iş sahibine sözleşmeyi feshederken neye dayandığını sorması gerekir. Bu görüşe göre fesih bildiriminin müteahhit tarafından çekince konulmadan kabul edilmesi, müteahhidin tazminat talebinden vazgeçtiği anlamına gelmez. Böyle bir durum sadece feshin BK m.369'a göre yapıldığının ispatının müteahhide yüklenmesi sonucunu doğurur(Tandoğan, 1987; Öz, 1989).

Bize göre de, tazminat teklifi içermeyen ve neye dayanıldığı belirtilmeyen bir bildirimle de BK m. 369'a göre fesih hakkı kullanılabilir. Bu takdirde, müteahhit feshi etkisiz kılamaz ve iş sahibinden açıklama bekleyerek, böyle bir açıklama yapılmadığı için de feshin sonuç doğurmasını engelleyemez. Çünkü, fesih yenilik doğuran bir haktır ve geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Zaten fesih sırasında iş sahibinin, müteahhidin tazmin edilecek zararını tam olarak bilmesi de mümkün değildir. Bu yüzden belirli bir tazminat tutarı teklif etmesi iş sahibinden beklenemez. Katıldığımız bu görüş,

tazminat ödenmesini BK m.369'daki fesih hakkının koşulu değil, sonucu olarak görmektedir (Öz, 1989).

Yargıtay da kararlarında olayların akışından, kusur izafe edilmeden ve sebep gösterilmeden yapılan feshin BK m.369'a dayandırıldığı anlaşılıyorsa, bunun yeterli olacağı görüşündedir (Kostakoğlu, 2008). Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında⁶⁸; iş sahibinin sözleşme tarihinden 24 gün geçtikten sonra henüz müteahhit işe başlamadan önce sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshetmesi üzerine, BK m. 369 gereğince müteahhidin tüm zarar ve ziyanının yanında mahrum kaldığı kârın da ödenmesi gerektiği görüşüne varmıştır.

3.1.3.3 İş Sahibinin Sözleşmeyi Feshinin Hüküm ve Sonuçları

3.1.3.3.1 Sözleşmenin İleriye Etkili Olarak Sona Ermesi

İş sahibinin fesih iradesini müteahhide bildirmesi ile sözleşme derhal sona erer. Burada, sözleşme geçmişe değil, geleceğe etkili olarak sona ermektedir. Bu sebeple, burada “sözleşmeden dönme” değil, sözleşmenin “feshi” söz konusudur (Eren, 2001).

Fesih ile inşa eseri meydana getirme ve bunu teslim etme borcu sona erer. Müteahhidin iş sahibinden inşaatın bedelini(ücretini) isteme hakkı yerine müteahhidin tazminat alacağı geçer (Eren, 2001; Tandoğan, 1987).

3.1.3.3.2 Sözleşmenin İfa Edilen Kısımının Bedelinin Verilmesi

Fesih, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdireceğinden, iş sahibi, fesih beyanının müteahhide ulaşmasına kadar eserin yapılmış olan kısmının bedelini ödemek zorundadır. Yapılmış olan kısımdan ise, müteahhidin o ana kadar yaptığı bütün edimler anlaşılmalıdır ve böylece müteahhidin yaptığı hazırlık çalışmaları ve sağlayıp teslim ettiği malzeme masrafları da ödenecek kısmi bedelin hesaplanmasında göz önünde tutulmalıdır(Uygur, 1994; Tandoğan, 1987). Ayrıca iş sahibi, müteahhide sözleşmenin ifası için harcadığı tüm işçilik masraflarını da ödemek zorundadır. Malzeme iş sahibi tarafında sağlanmışsa, müteahhit artan kısmı iş sahibine iade etmekle yükümlüdür (Eren, 2001).

Fesih bildirimine kadar eserin bazı kısımları yapılmış ise bu durumda BK m. 369'a başvurulmaktadır. Buna göre, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi üzerine ortadaki eser olmayan yapılmış şey sanki kısmi bir ifa gibi kabul edilmektedir (Öz, 1989). Böylece, iş

⁶⁸ Yargıtay 15. HD.'nin 4.12. 1984 T. 1984/1368-3736 esas ve karar sayılı kararı (Kostakoğlu, 2008: 745).

sahibi bu kısmî ifanın sözleşme bedeline oranını tespit ettirip müteahhide ödenmek durumundadır. Bu ödeme karşılığında iş sahibi de müteahhidin yapmış olduğu kısmın kendisine teslim edilmesini isteyebilmektedir (Eren, 2001; Öz, 1989).

3.1.3.3.3 Müteahhidin Tüm Zararının Tazmini

Keyfi olarak istisna sözleşmesini fesheden iş sahibinin, müteahhide zararının tamamını karşılayacak bir tazminat ödemesi gerekir. Burada tazmini istenecek olan zarar, müteahhidin ifaya olan çıkar kaybı, yani “müspet zarar”dır (Eren, 2001: 94; Öz, 1989: 147). Böylece müteahhit inşa eserini meydana getirip teslim etse idi hangi ekonomik durumda bulunacak idi ise, iş sahibinden o duruma getirilmesini ister(Eren, 2001: 94).

İş sahibinin müteahhide ödeyeceği müspet zararın içine hem fiilî zarar hem de yoksun kalınan kâr girer. Buradaki yoksun kalınan kârdan kasıt, müteahhidin feshedilen sözleşmeden elde edeceği kârdır(Eren, 2001).

İş sahibinin tazminat borcu yasadan doğan bir borç olduğu için burada tazminatın istenmesi için iş sahibinin kusurlu olması da aranmaz (Öz, 1989). Söz konusu durumda iş sahibinin sebep sorumluluğu vardır, bu yüzden iş sahibi kusursuz olsa da zararı tazmin etmekle yükümlüdür (Eren, 2001).

Ödenecek tazminatın üst sınırını, müteahhit inşa eseri meydana getirme borcu sözleşme feshedilmeyip de aynen yerine getirmiş olsaydı hangi bedeli elde edecek idiyse, o bedel belirler (Eren, 2001). Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi bakımından bu bedel, sözleşmede önceden götürü ücret olarak belirlenmiş bedeldir. İş sahibi, bu bedelden daha fazlasını ödemeye zorlanamaz.

Müteahhidin zararının hesaplanmasına dair doktrinde iki yöntem mevcuttur. Bunlar “müspet hesaplama yöntemi(toplama yöntemi)” ile “menfi hesaplama(çıkarma=düşürme=kesinti) yöntemi” dir(Aral, 2003; Eren, 2001; Kostakoğlu, 2008):

- Müspet(Toplama) yöntemde; müteahhit tarafından, fesih anına kadar yapılan masraflar ile işin tamamlanması halinde elde edilecek gayri sâfi(brüt) kârın(buna vergi, harç gibi masraflar girmez) toplamı iş sahibi tarafından müteahhide ödenmelidir. Bu kâr, sözleşme, tarifeler, müteahhidin defterleri ve diğer emarelere göre tespit edilir.

- Menfi(Kesinti) yöntemde; iş sahibi müteahhide işin tamamlanmasından dolayı yaptığı tasarruflarla (örneğin, personel,enerji giderleri ile), başka bir işten elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği kârın, sözleşmede kararlaştırılan götürü ücretten düşülmesinden sonra bulunacak meblağı ödemek zorundadır. Müteahhidin sözleşmenin feshi nedeniyle tasarruf ettiği işçilik, enerji ve malzeme giderleri ile fesihden sonra yapmış olduğu başka bir işten elde ettiği veya elde etmeyi kusurlu olarak ihmal ettiği kâr, feshedilen sözleşmeden elde edilecek kârdan düşürülür.

Bu hesaplama yöntemlerine baktığımızda, kesinti yönteminde(menfi yöntemde) hizmet sözleşmesine ilişkin BK m. 325 hükmünün uygulandığı görülmektedir. Buna karşılık, BK m.369'un toplama yöntemi(müspet yöntem) göz önünde tutularak kaleme alındığı ileri sürülmektedir (Tandoğan, 1987). Aslında bu iki yöntem arasında ispat ve hesap kolaylığı dışında pek bir fark yoktur ve müteahhide tazminat talep ederken iki yöntemden hangisi işine geliyorsa onu seçebilme imkanı verilmektedir (Öz, 1989). Ancak, doktrinde son zamanlarda, müspet yöntemin(toplama yönteminin) savunulduğu görülmektedir (Eren, 2001). Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları⁶⁹ ise kesinti yönteminin kullanılmasını öngörmektedir.

İş sahibinin başka bir sebeple müteahhitten tazminat alacağı varsa, takas bildiriminde bulunarak bunu BK m. 369 uyarınca ödeyeceği tazminattan düşebilme imkanı da vardır (Öz, 1989).

3.1.4 İş Sahibinin Müteahhidin İşe Zamanında Başlamaması Veya İş Geciktirmesi Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

Borçlar Kanunu'nda bazı hallerde iş sahibine sözleşme konusu inşa eserini teslim almadan önce sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Bunlardan biri de müteahhidin işe zamanında başlamaması, inşaata ilişkin faaliyetlerini yavaş yürütmesi veya erteleme ile işin belirlenen vadede yetiştirilemeyeceğinin iş sahibince anlaşılması durumlarıdır. Bu hallerde iş sahibi, müteahhide sözleşme ile tanınan sürenin dolmasını ve temerrüde düşmesini beklemeden sözleşmeden dönebilir. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde genellikle işe başlama tarihi ile işin teslim edileceği tarih belirlidir. Dolayısıyla bu süreler

⁶⁹ Yargıtay 15. HD'nin 30.09.1991 T., 1991/1058-4448 esas ve karar sayılı kararı ile Yargıtay 15. HD.'nin 20.04.2006 T., 2005/6316 esas ve 2006/2366 karar sayılı kararı bu görüş doğrultusundadır (Kostakoğlu, 2008: 745-753).

aykırı davranıldığında iş sahibi BK m. 358/I' e göre sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin bu hakkı ve bunun kapsamı “Müteahhidin Borçları” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

3.1.5 İş Sahibinin İnşa Eserinin Ayıplı Olması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun sonucu olarak, müteahhidin meydana getirdiği inşa eseri iş sahibi tarafından kullanılmayacak veya kabule zorlanamayacak şekilde ayıplar içeriyorsa, kanun, iş sahibine inşaatı kabulden kaçına hakkı ile sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır. Buna göre, BK m. 360/I uyarınca iş sahibi tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını nasıl kullanacağına ilişkin bilgiler ayrıntılı olarak “Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu” başlığı altında verildiğinden oraya yollama yapmakla yetiniyoruz.

3.1.6 Temerrüt Nedeniyle Sözleşmeden Dönme

Müteahhidin inşa eserini teslim borcunu yerine getirmediği hallerde, borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Bu durumda, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmeyen müteahhidin, BK. m101-105 ile 106-108 hükümleri uyarınca sorumlu olur. Müteahhidin eseri teslim borcunun kapsamı ve buna aykırı davranmasının sonuçları “Müteahhidin Borçları” başlığı altında ayrıntılı olarak incelendiği için burada tekrar edilmeyecektir.

3.1.7 Götürü Ücretli Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin Sonradan Ortaya Çıkan Olağanüstü Olaylar Nedeniyle Hakim Tarafından Feshi

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin en önemli özelliği, sabit/götürü ücret esasına göre yapılan bir sözleşme olmasıdır. Bu tür sözleşmelerde, müteahhidin daha sonra ücret artırımını talep etmesi mümkün değildir. Ancak, önceden tahmin olunamayan veya iki tarafça kabul edilmiş şartlara göre tahmini imkansız olan olağanüstü olaylar inşa eserinin tamamlanmasına engel olur veya aşırı derecede zorlaştırır ise BK m. 365/II'ye göre hakime sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Bu konuya ilişkin görüşler, “İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu” kısmında yukarıda ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

3.2 ANAHTAR TESLİMİ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

3.2.1 Genel Olarak

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi hazırlanırken, taraflar genellikle sözleşmenin uygulanmasından ve yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kayıtları sözleşme metninde belirtirler. Bu kayıtlar, anlaşmazlıklarda yetkili olacak mahkemelere ve sözleşmenin tabi olacağı hukuka ilişkin hükümlerdir. Ancak, uygulamada bu tür düzenlemelere rağmen daha sonra ortaya çıkan durumlar nedeniyle de taraflar arasında uyuşmazlık çıkması muhtemeldir.

Taraflar sözleşmede uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde çözülmesi konusunda anlaşabilirler. O takdirde uyuşmazlık, devlet mahkemelerinde açılacak bir dava ile çözülmeye çalışılır. Ancak, tarafların sözleşmelerindeki bu tür bir yetki anlaşması, kamu düzeni ve kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamalıdır. Diğer yandan, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi özelliği itibarıyla uzun süre ve süreçte bitirilen, geniş ve kapsamlı sözleşmelerden olması nedeniyle sözleşmenin herhangi bir safhasında uyuşmazlık çıkması da kuvvetle muhtemeldir. Bu tür projelerde hem müteahhit hem de iş sahibi işlerin hızlı bir şekilde bitirilmesini hedefler. Bu yüzden uyuşmazlıkların da en hızlı şekilde çözüme kavuşturulması gerekir. Uygulamada özellikle uluslararası nitelikteki büyük projeler taraflarca ticari sır olarak saklanmak istenmektedir. Taraflar bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların kamuya açık olmayan bir yargılama ile çözülmesini tercih ederler. Bu sebeple, devlet mahkemelerindeki olağan yargılamadan başka alternatif çözümlere yönelebilmektedirler. Taraflar böyle durumlarda, uyuşmazlık çıktığında öncelikle bir hakem heyetine başvurumaktadırlar (Ergin, 2003).

3.2.2 Uyuşmazlıkların Devlet Mahkemelerinde Çözülmesi

Genellikle sözleşmenin kendisi ya da uygulanması nedeniyle ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların tâbi olacağı hukuk ve uyuşmazlığın çözüm şekli sözleşmede açıkça düzenlenir. Sözleşmede böyle bir düzenleme yapılmış ve devlet mahkemeleri yetkili gösterilmişse, taraflar kararlaştırdıkları şekle uygun olarak devlet mahkemelerine

başvururlar. Tarafların, böyle bir yetki sözleşmesi yaparken kamu düzeni ve kanunun emredici hükümlerini göz önünde bulundurmaları gerekir. Aksi halde, taraflar sözleşmeyi Türkiye’de akdetmişlerse, uyuşmazlıklar Türk Hukuku’na ve özellikle de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) görev ve yetki kurallarına göre çözümlenecektir. Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için taraflarca sözleşmede tahkim şartının bulunmaması veya ayrıca bir tahkim sözleşmesi yapılmamış olması gerekir (Ergin, 2003).

Buna karşılık, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde hangi hukukun uygulanacağı ve Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümleri uyarınca belirlenir (MÖHUK m. 1)

Tarafların sözleşmede uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri belirlerken yetki sözleşmesi yapabileceklerini belirtmişlerdir. HUMK m. 8 ve MÖHUK m. 47 hükümlerinde öngörülen yetki anlaşmaları hukuken geçerlidir. Taraflar böyle bir yetki anlaşması yapmamışlarsa, HUMK m.9’a göre işin niteliğine bağlı olarak genel kural, davalının ikametgâhı yeri mahkemesinin yetkili olmasıdır. Söz konusu anahtar teslimi inşaat sözleşmesi yabancılık unsuru içeriyorsa MÖHUK m. 24⁷⁰ hükmüne göre, “irade özerkliği” ilkesi uyarınca tarafların kararlaştırdıkları hukuk uygulanır. Ancak, taraflar hangi hukukun uygulanacağını karara bağlamamışlarsa, ifa yeri kuralının uygulanacağı kanun hükmüdür. Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin, niteliği gereği ifa yerinin birden fazla olması kaçınılmaz olabilir. O takdirde uygulanacak hukuk, işin ağırlığını teşkil eden edimin gerçekleştirileceği yer hukukudur (Ergin, 2003). MÖHUK madde 25 ile, taşınmazlara

70 MÖHUK madde 24- Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk:

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.

ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğu hükme bağlanmıştır.

3.2.3 Alternatif Çözüm Yolları

Günümüzde, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümü çok zaman almakta ve ticari hayatın gereklerini yerine getirmek zorlaşmaktadır. Zira, uzun dava süreçleri nedeniyle projeler çoğu zaman beklemeye alınmakta ve hem nakit hem de vakit kaybı olmaktadır. Üstelik taraflar için ticarî sır niteliği taşıyan bazı projeler de uzun dava süreci nedeniyle sır niteliğini kaybetmektedir. İşte bütün bu sebeplerle uluslararası ticaret hukukunda sıkça uygulanan “Alternatif Çözüm Yolları(Alternative Dispute Resolution)” uyuşmazlık çözümünde tercih edilmektedir. Alternatif çözüm yolları; ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, devlet mahkemelerine alternatif olarak tarafların öncelikle müzakere, arabuluculuk, dostane çözüm, mini yargılama, mahkeme temelli arabuluculuk, bağlayıcı olmayan tahkim ya da hakem bilirkişi gibi alternatif yöntemlerle uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalarıdır (Özbek, 2004; Koldaş, 2008).

Ticari hayatta sıkça tercih edilen yöntemlerden olan uzlaşma ve arabuluculuk, ihtilafli tarafların, tarafsız üçüncü kişinin, yani arabulucunun(ya da uzlaştırıcının) yardım sözünü aldıkları ve bu arabulucunun tarafların uyuşmazlıkta anlaşmaya vardıkları bir çözüme ulaşmalarında yardımcı olduğu bir usuldür. Üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen AÇY usullerinden en çok kullanılanı ve AÇY usullerinin temel çözüm türü arabuluculuktur. Arabulucunun tarafları bağlayacak herhangi bir karar alma yetkisi yoktur; ama tarafların söz konusu uyuşmazlıkta kabul ettikleri bir teklifte anlaşmaya varmalarını sağlayan belli usuller, teknikler ve beceriler kullanır (Özbek, 2004). Nitekim, eğer arabulucu uyuşmazlığın esası hakkında bir görüş bildirdi ise, bu durum bağlayıcı olmayan bir tavsiye niteliğindedir ve arabulucu hiçbir şekilde bu görüşünü taraflara empoze etmek yetkisine sahip değildir. Zaten arabulucunun yetkisi taraflarca verilmiş bir yetkidir, taraflardan biri bu yetki ve gücü geri alırsa, arabuluculuk da sona erer (Brown/Marriot, 1999).

Alternatif çözüm yollarından biri ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması halinde sorun yoktur; ancak, taraflar hala bir çözüme kavuşamadıklarında uyuşmazlığı mahkemeye taşımakta serbesttirler (Brown/Marriot, 1999). Çünkü, daha önceden de belirttiğimiz gibi,

aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, müzakere veya arabuluculuk ile varılan karar tarafları bağlayıcı nitelikte değildir (Özbek, 2004). Bu tür yöntemlerin avantajı tarafların uyuşmazlıklarını maksimum düzeyde gizlilik ile çözüme kavuşturmaları (bu sebeple bazen tarafların gizlilik anlaşmaları yaptıkları görülür), zamandan ve dava masrafları gibi paradan tasarruf etmeleri ile uyuşmazlık konusu üzerinde kendi tekliflerini birbirlerine ileterek çözüm sürecinde aktif hareket ettikleri dostça yöntemlerdir (Brown/Marriot, 1999; Özbek, 2004). AÇY yöntemleri, tahkim ve davadan farklı olarak tarafların sadece kazanmayı hedeflemesini değil, onların menfaatlerini gözetmelerini ve kendileri için en uygun çözümü üretmelerini sağlamakta ve böylece kazanan tarafı ortadan kaldırarak aslında iki tarafın da kazanımları olduğunu göstermektedir. İşte bu nedenle, mahkeme ve tahkim, “kazan-kaybet” modeli yöntemler olmasına rağmen, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları “kazan-kazan” modeli olarak adlandırılmaktadır (Akıncı, 1996; Brown/Marriot, 1999; Meadow, 1983-1984). Ancak bu tür yöntemlerle de çözülemeyen uyuşmazlıkların daha sonra taraflarca mahkemeye taşınması da mümkündür.

FIDIC kurallarının 1987 yılındaki baskısında inşaat sözleşmelerinin, uyuşmazlık çözümü üç aşamada gerçekleşmekte idi. Birinci aşamada, uyuşmazlık 12 hafta içerisinde mühendise bildirilir ve karar vermesi istenirdi. İkinci aşamada, taraflardan biri mühendisin uyuşmazlık hakkında verdiği kararı kabul etmezse, mühendisin kararından itibaren 70 gün içinde ilgili uyuşmazlık hakkında tahkime gidilmesini talep ediyordu. Böyle bir talep olmazsa, mühendisin verdiği karar taraflar üzerinde bağlayıcı ve kesin etkiye sahipti⁷¹. Buna karşılık, tahkim talebi yapılmışsa, bu talebinin yapılmasından itibaren 70 gün içinde öncelikle⁷² dostane çözüm⁷³(amicable resolution) yolunun denemesi gerekiyordu. Son aşama olan üçüncü aşamada ise, uyuşmazlık dostane çözüm yolu ile çözülmezse artık tahkim prosedürü işletilmeye başlanıyordu. Ancak, tahkim ya da dostane çözüm prosedürleri başlatılsa dahi müteahhit işin ifasına devam etmekteydi (Akıncı, 1996).

⁷¹ Mühendisin tasarla-yap tarzı inşaat sözleşmelerindeki son durumu tam anlamıyla tarafsız ve bağımsız olması yönündedir. Bu sebeple, mühendis burada bir uzlaştırıcı, arabulucu gibi hareket etmekte ve uyuşmazlığın çözümü hakkında karar vermekte ve taraflar isterse onlar için bu karar bağlayıcı olmaktadır. Ancak FIDIC Gri Kitap’ ta sözleşmede aksi öngörülmedikçe, müşavir-mühendis kavramı tamamen çıkarılmıştır.

⁷² 1987 tarihli FIDIC m. 67.2 hükmünde düzenlenmiştir ve bu hüküm ön koşul olarak dostane çözümü öngörmektedir (Akıncı, 1996).

⁷³ Dostane çözüm yolları ile hangi çözüm yoluna başvurulacağı açıkça anlatılmamıştır. Ancak, uzlaşma, arabuluculuk veya müzakere gibi yöntemler dostane çözüm olarak kabul edilmelidir. Taraflar, dostane çözüm yolu olarak uzlaşma metodunu seçerlerse aksi kararlaştırılmadıkça, FIDIC m. 67.3 hükmüne göre Milletlerarası Ticaret Odasının (MTO/ ICC) Uzlaşma ve Tahkim Kuralları’na başvurulacaktır (Akıncı, 1996). Bunun yanında başkaca uzlaştırma kuralları da mevcuttur. Taraflar sözleşmelerinde isterlerse UNCITRAL ya da ICSID tarafından hazırlanmış uzlaşma kurallarına da başvurabilirler (Akıncı, 1996).

1999 yılı öncesindeki FIDIC düzenlemelerinde, mühendis, tahkim aşamasından önce taraflar arasındaki çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında görüş bildirmekteydi. Ancak, mühendisin tarafsızlığı konusundaki eleştiriler üzerine, 1999 yılından sonra mühendis artık iş sahibi adına hareket etmektedir(Akıncı, 2003)

FIDIC kurallarının 1999 yılında çıkarılan baskısında (FIDIC Gri Kitap'ta madde 20.2 ve 5 hükmü⁷⁴) inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yeni bir sistemle bu uyuşmazlıkları giderme görevi “Uyuşmazlıkları Çözüm Kurulu’ na (Dispute Resolution Board) verilmiştir. Ancak, mühendisin görevleri saklı kalmaktadır (Kodakoğlu, 2007). Söz konusu kurul, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları, sözleşmenin imzalandığı andan itibaren takip edecek ve bilebilecek, uyuşmazlıkların çıkmamasına, çıkarsa uzlaşma yolu ile çözümlenmesine yardımcı olacak, uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve belgeleri tespit ederek, hakemlerin uyuşmazlık hakkına daha hızlı ve kolay bilgi edinmesini sağlayacak bir kuruldur (Akıncı, 2003:). Hiç kuşkusuz anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde mühendis atanmasına ilişkin hüküm varsa bu durumdan söz edilir (Kodakoğlu, 2007; Koldaş, 2008).

Uyuşmazlık çözüm kurulu, görev yapan yeni bir kurul olup, taraflardan ve mühendisten bağımsız hareket edebilen bir veya üç kişiden oluşmaktadır. Bu kurulun ücreti de iş sahibi ve müteahhit tarafından ortaklaşa ödenmektedir. Tarafların Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’na başvurmasından itibaren 84 gün içinde, kurul uyuşmazlık hakkında gerekçeli olarak karar verir (Akıncı, 2003; Koldaş, 2008). Bu karar bağlayıcı değildir ve bu karara karşı tahkime başvurulabilir. Ancak, öncelikle Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun kararına karşı olan taraf, kararın taraflara tebliğinden itibaren 28 gün içinde karara itiraz etmelidir. Aksi takdirde, karar kesin bir nitelik kazanır, tarafları bağlar ve artık tahkime başvurulamaz. (Kodakoğlu, 2007; Koldaş, 2008)

Uyuşmazlıklara ilişkin alternatif çözüm yollarından biri de tahkimdir. Ancak, tahkim niteliği itibariyle AÇY yolları dışında değerlendirilmektedir (Özbek 2004). Tahkim, anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde en çok başvurulan yöntemdir. Bu sebeple, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

⁷⁴ FIDIC Gri Kitap madde 20.5 Dostça çözüm: “Yukarıda madde 20.4’e göre(Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından verilen karar nedeniyle) tatminsizlik ihbarı yapıldığında, her bir taraf tahkim süreci başlamadan önce uyuşmazlığı dostça çözmeyi dener. Ancak, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça ve dostça çözüm için herhangi bir girişimde bulunulmadıkça, tatminsizlik ihbarı yapıldığı günden sonra elli altıncı gün veya sonrasında tahkim başlatılabilir”.

3.2.4 Tahkim

3.2.4.1 Genel Olarak Tahkim Ve Faydaları

Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda, bir sözleşmenin tarafları arasında doğmuş ya da doğabilecek bir hukukî uyuşmazlığın çözümünün, yine tarafların serbestçe belirleyebildikleri ve yetkilendirdikleri, “*hakem*” olarak adlandırılan kişilerce karara bağlanmasıdır (Kodakoğlu, 2007 : 47)

Tahkim inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda çok sık başvurulanan bir yol olmakla birlikte, bu sıklık sözleşmenin yerel veya milletlerarası olması açısından farklılık göstermektedir. Halen, yerli sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda devlet yargısı tercih edilirken, iç tahkime başvuruların sayısı azdır. Ancak, milletlerarası inşaat sözleşmeleri söz konusu olduğunda, milletlerarası ticari tahkime çok sık başvurulduğu görülmektedir (Akıncı, 1996). Öyle ki, ABD’de özel kişiler arasındaki ihtilafların %70’inden fazlasında taraflar hakemlere başvurmaktadır (Dayınlarlı, 2004: 7).

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinde tahkimin genellikle tercih edilmesinin nedeni, devlet yargısıyla karşılaştırıldığında ticarî hayatta sunduğu kolaylıklar ve sağladığı yararlarıdır. Ticarî tahkim öncelikle, hakem kararının tenfizi açısından taraflara avantaj sağlamaktadır. Çünkü, milletlerarası sözleşmeler, hakem kararlarının tenfizini, mahkeme kararlarının tenfizinden daha kolay hale getirmektedir (Akıncı, 2003). Türkiye’nin de taraf olduğu 10 Haziran 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” bu sözleşmelerin en eski örneklerinden biridir. Diğer yandan, milletlerarası ticari tahkim, tarafsız bir çözüm yoludur, bu nedenle de inşaat sözleşmelerinde daha çok tercih edilmektedir. Çünkü, hiçbir taraf uyuşmazlığın diğer tarafın milli mahkemelerinde çözülmesini istememektedir. Bu durum gizliliğin korunması açısından da önemlidir. Ayrıca tahkim, devlet yargısına nazaran taraflara esneklik ve serbesti sağlayan bir yargılama usulü olduğundan, taraflar tahkimde uygulanacak hukuku, yargılamanın dilini, yargılamanın yapılacağı yeri ve hakemleri kendileri belirleyebilmektedir. Son olarak ise, inşaat sözleşmelerinin teknik konular içermesi dolayısıyla, taraflar bu tür teknik uyuşmazlıkların, konusunda uzman kişilerce(hakemlerce) çözülmesini istemektedir ki, bu da onların tahkimi tercih etmelerindeki bir diğer nedendir. Bu suretle taraflar, hem zamandan tasarruf edebilecek,

hem de zaman kaybının yol açacağı masrafları önleyebileceklerdir (Akıncı, 1996; Kalpsüz, 2001; Ildır, 2003)

Tahkim prosedürü sonunda uyuşmazlık, hakemlerce maddi anlamda hükme bağlanmaktadır (Kodakoğlu, 2007; Ildır, 2003).

3.2.4.2 Tahkimin Türleri

Tahkim pek çok şekilde ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunlardan en çok üç ayrım göze çarpmaktadır.

3.2.4.2.1 İhtiyarî Tahkim- Zorunlu Tahkim

Tarafların milli hukuklarında tahkim kanun ile düzenleniyor ise, tahkim yoluna başvurmak ihtiyarî niteliktedir. Türk hukukunda da HUMK m. 516 hükmü ile tahkim yolunu seçmenin ihtiyarî olduğu belirtilmiştir. Madde hükmü şu şekildedir: *“İki taraf aralarındaki nizam hal için hakem tayin edebilirler”*. Yargıtay 15. HD'nin 10 Ekim 2002 tarih ve 2000/2760 esas ve 2002/4528 karar sayılı kararında ihtiyarî tahkimin tanımı şu şekilde yapılmıştır. *“...Düzenlenmesi 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. maddeleri arasında yapılan ihtiyarî tahkim ise, genel bir anlatımla tarafların kanunun yasaklamadığı konularda ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözmeleri için ihtilâfi seçecekleri özel kişilere(hakemlere) götürmeleri işlemidir”* (Dayınlarlı, 2004: 16).

Zorunlu tahkim ise, taraflar arasında çıkan veya çıkacak olan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesinin zorunlu tutulmasıdır. Türk hukukunda bazı özel kanunlarla tahkime başvurulması zorunlu tutulmuştur.

3.2.4.2.2 Kurumsal(Organize) Tahkim- Ad-Hoc Tahkim

Milletlerarası uygulamada tahkimin kurumsal (müesseseleşmiş) tahkim ya da kurumsal olmayan “ad-hoc tahkim” olarak iki şekilde uygulandığı görülür.

Kurumsal tahkim, taraf iradelerini düzenlemeyen hususların, daha önceden belli bir kurum tarafından tespit ve tayin edilen kurallara göre yönetilmesini ifade eder(Kalpsüz, 2001; Kodakoğlu, 2007). Bu kurumlarca belirli sekreteryaya işlemleri, özellikle hakemlerin seçimi, hakemlerin istifası ya da reddi gibi önemli konular kurallara bağlanmaktadır. Ayrıca, bu tahkim kurumuna hakem ücretinin yanında bir miktar idarî ücret de ödenmektedir (Kodakoğlu, 2007) Kurumsal tahkime en iyi örnek Milletlerarası Ticaret Odası'nın Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri'ne göre yürütülen tahkimdir. Bundan başka

Londra Uluslar arası Tahkim Mahkemesi(LCIA), Amerikan Tahkim Birliği(AAA) ile çeşitli ülkelerin ticaret odaları milletlerarası kurumsal tahkimin örneklerini oluşturmaktadır.

İç hukukumuzda kurumsal tahkim uygulamalarına TOBB ile İstanbul ve İzmir Ticaret Odaları tarafından verilen tahkim hizmetlerinde rastlanmaktadır(Kodakoğlu, 2007).

Ad-hoc tahkim ise, her uyuşmazlık için taraflarca seçilen hakem veya hakemlerce, o uyuşmazlığa mahsus olmak üzere kararlaştırılan usul ve esaslar çerçevesinde uyuşmazlığın çözülmesidir (Ergin, 2003). Ad-hoc tahkimde tahkimi idare eden daimi bir kurum yoktur. Ancak, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu gibi bazı organizasyonların Tahkim Hükümleri (UNCITRAL) gibi önceden tespit edilen bazı kuralların, ad-hoc tahkimde uygulanması mümkündür. Bu durum tahkimi ad-hoc tahkim olmaktan çıkarmaz. Ad- hoc tahkimin özelliği taraflara tahkimi organize etmekte daha büyük bir serbesti vermesidir. Bu sebeple taraf iradelerine daha uygun düşmektedir (Kalpsüz, 2001).

Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklarda daha çok kurumsal(organize) tahkime başvurulduğu görülmektedir. Özellikle milletlerarası nitelik taşıyan anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde, kredi veren kurumlarca, örneğin Dünya Bankası gibi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini öngören hükümler konulmakta (Kalpsüz, 2001) ve kanımızca tahkime başvurulmasını bir nebze zorunlu kılmaktadır. Diğer yandan FIDIC Gri Kitap m. 20.6⁷⁵ ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun (DAB) kararlarına karşı tahkime başvurulmak suretiyle uyuşmazlıklar çözümlenmektedir (Akıncı, 2003).

3.2.4.2.3 İki Taraflı Tahkim- Çok Taraflı Tahkim

⁷⁵ FIDIC Gri kitap madde 20.6 Tahkim:

Taraflarca dostane çözüm yoluyla giderilememiş, kesinleşmemiş ve taraflar üzerinde bağlayıcı olmamış bir Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararına ilişkin bir uyuşmazlık varsa bu uyuşmazlık nihaî olarak tahkime götürülebilir. Taraflar aksi kararlaştırılmadıkça;

- a) Uyuşmazlık nihaî olarak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca çözüme kavuşturulacaktır,
- b) Uyuşmazlık bu kurallar uyarınca üç hakem tarafından çözülecektir,
- c) Uyuşmazlık iletişim için alt madde 1.4 hükmünde tanımlanan lisan(dil) uyarınca yürütülecektir.

...
Tahkim, işlerin tamamlanmasından önce ya da sonra başlayabilir. İşlerin devamı sırasında bununla ilgili yapılan bir tahkim nedeniyle, tarafların yükümlülükleri ya da Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görevleri değiştirilemez (FIDIC EPC/Turnkey, 1999: 55-56).

Tahkim anlaşması, bir hukukî ilişkinin iki tarafını oluşturan kişiler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünün sağlanmasını amaçlar. Ancak, tahkim anlaşmasının bir tarafında birden fazla kişinin olması onu iki taraflı olmaktan çıkarmaz (Kalpsüz, 2001).

Buna karşılık, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi gibi büyük bayındırlık ve sanayi tesisleri kurulmasını hedefleyen projelerde asıl müteahhidin birden fazla alt- müteahhidin yardımına başvurduğu görülmektedir. Bu durumda da genellikle uyuşmazlığın çıkması kaçınılmazdır. Bu tür projelerde, projeye katkı sağlayan bütün ilgililer arasındaki uyuşmazlığın tek bir tahkim ile çözümlenmesine ise, çok taraflı tahkim adı verilmektedir (Kalpsüz, 2001; Ergin, 2003).

Çok taraflı tahkimin hak kaybına yol açmayacak şekilde uygulanması için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, bir ihtilaf çıkması halinde sözleşmedeki bütün ilgililerin bunun aynı hakem tarafından çözülmesinde anlaşmalarıdır. İkinci olarak da, hakemler, ihtilafın çözülmesinde tarafların her birine yargılama usulünde eşit hak tanınmalıdır. 1982 tarihli Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Rehberi'nde(Guide on Multi-Party Arbitration Under the Rules of the ICC Court of Arbitration, Paris 1982) Oda'ya yapılacak çok taraflı tahkim talebi ile tahkim usulü ve şartları belirtilmiştir. Türk Hukuku açısından ise, tahkim prosedürünün Türk Usul Hukuku ve kamu düzeni esaslarına uygun olması gerekir (Kalpsüz, 2001; Ergin, 2003).

3.2.4.2.4 Milli(İç) Tahkim- Milletlerarası Tahkim

Tahkimi yerli veya yabancı olarak ayırırken nelerin dikkate alınacağına ilişkin pek çok görüş vardır. Bu görüşlerden, tahkim yoluyla halledilecek ihtilafın doğduğu maddi hukuk ilişkisinin unsurlarının değil, aynı zamanda tahkim usulünün tabi kılındığı hukukun münhasıran bir ülke veya onun hukuk düzeni ile irtibat halinde olup olmaması önemlidir. Bunun için de tarafların ve hakemlerin tâbiyeti, ikametgahlarının veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer, sözleşmenin ifa edileceği yer, tahkim yeri ve onun yanında ihtilafa uygulanacak hukuk ve tahkimde yetkili olan kazaî otorite de göz önünde tutulur (Kalpsüz, 2001).

Ülkeler tahkime ilişkin, mevzuatlarında ayrı bir düzenleme yapabildikleri gibi ülkemizde olduğu üzere, usul hukuku kanunlarında da tahkimle ilgili hükümleri düzenleyebilirler. HUMK m.516-536 hükümleri iç tahkime ilişkin hükümlerdir. İç tahkimde, hakem kararlarının icra kabiliyeti mevcut değildir. Davayı kaybeden tarafın 15

gün içinde karara karşı temyiz yoluna başvurması gerekir, yoksa hakem kararı kesinleşir. Ancak, taraf 15 gün içinde temyize başvurur ve Yargıtay da kararı onarsa, karar kesinleşir ve icra kabiliyeti doğar (Dayınlarlı, 2004; Dayınlarlı, 2001 a).

Daha önceden de belirtildiği gibi, tarafların tahkime başvurabilmesi için ya taraflar arasındaki esas sözleşmede HUMK m.516 uyarınca bir tahkim şartının bulunması ya da tarafların ihtilaf doğduktan sonra tahkime gitmeyi kararlaştırmaları durumunda bir tahkim sözleşmesi “tahkimname” yapılması gerekir(HUMK m.530) (Dayınlarlı, 2004). HUMK m. 517 gereğince tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının yazılı olması gerekmektedir. Bu durum geçerlilik şartı olarak hükme bağlanmıştır; ancak taraflar adî yazılı şeklin oluşumu, dava dilekçesi ve cevap layihasının sunulmuş süreleri, delillerin ikamesini, duruşmanın icrası ve uygulanacak hukuk kurallarını da belirtebilirler. Bu şekilde hazırlanmış bir tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanması gerekir (Dayınlarlı, 2004; Dayınlarlı, 2001 a).

Taraflar özellikle inşaat sözleşmelerinde, tahkim şartında aralarındaki uyuşmazlığın giderilmesi için tahkime gitmeden önce “mühendis”e başvurulması gerektiğine dair kayıt koyabilirler. Bu tür kayıtların özellikle Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşlarca kredi sağlanan sözleşmelerde yer aldığı görülmektedir (Dayınlarlı, 2004). FIDIC’in buna ilişkin düzenlemeleri aşağıda incelenecektir

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi yazılı şekilde akdedilmezse geçersizdir. Ancak, bunu asıl sözleşmenin geçerliliğinden ayırmak gerekir. BK m. 20/II uyarınca, sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının butlanı sözleşmeyi tamamen batıl kılmayıp, sadece o maddeyi geçersiz kılar. Bu hükme göre müteahhit ile iş sahibi arasında akdedilmiş olan anahtar teslimi inşaat sözleşmesindeki bir tahkim şartı geçeriz olduğunda anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin tamamı değil, sadece tahkim şartı geçersiz olacaktır. Tahkim şartı, asıl sözleşmenin içinde yer almasına rağmen asıl sözleşmenin fer’i değildir, bağımsız bir anlaşmadır. Asıl sözleşmede yer almış olsa da konusu ve fonksiyonu açısından ayrı değerlendirilmelidir. Anglosakson Hukuku’nda bu durum “severability and separability of arbitration clause” olarak ifade edilmektedir (Dayınlarlı, 2004; Ergin, 2003).

HUMK m. 529’da düzenlenen tahkim süresi 6 aydır. Bu süre hakem heyetinin teşekkülünden sonra usule ilişkin kuralların tespit edildiği ilk toplantı tarihinden itibaren başlar ve hakemler bu süre içinde karar vermek zorundadır. Tahkim süresi geçtikten sonra

verildiği iddia edilen karar, Yargıtay tarafından bozulduğu takdirde, tahkim şartı hükümsüz kalır ve uyuşmazlık bir daha tahkime konu olamaz (HUMK m. 529).

Bir başka önemli nokta ise, tahkim şartında hakemlerin taraflarca seçileceğinin belirtilmesidir. Eğer taraflar bu durumu belirtmemişlerse, hakem ya da hakem kurulu mahkeme tarafından seçilir (HUMK m. 534/5).

HUMK m. 518'e göre tahkime başvurabilmek için, tarafların tahkime konu olan ihtilafın üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip olmaları gerekir. Örneğin, boşanma davaları, iflas davaları gibi davalarda tahkime başvurulamaz. Buna karşın, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinden çıkan uyuşmazlıklarda tarafların serbest iradeleri ile uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmeyi kararlaştırmaları mümkündür; çünkü bu tür uyuşmazlıkların çözümü kamu düzenini ilgilendirmediği gibi, yasalarla özel olarak mahkemelerin görevli kılındığı konulardan da değildir (Akıncı, 1996; Ergin, 2003).

Belirtmek gerekir ki, tahkimin tarafları da sözleşmenin taraflarıdır. Ancak, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin özelliği gereği bazen taraflardan birinin, genellikle müteahhidin, joint-venture=ortak girişim ya da konsorsiyum şeklinde oluştuğu görülmektedir. Bu durumda, tahkim sözleşmesinin iş ortaklığını bağlaması için, her bir ortağın tahkim sözleşmesini imzalaması gerekir (Dayınlarlı, 2004).

Milletlerarası tahkimden söz edebilmek için, tahkim yolu ile halledilecek ihtilafın doğduğu asıl borç ilişkisinin yabancı bir unsur içermesi veya tahkim prosedürünün yabancı bir hukuk düzeni ile ilgili olması gerekir (Dayınlarlı, 2004; Kalpsüz, 2001). Milletlerarası tahkim ile belirtilen "ad hoc" veya "kurumsal=örgütsel" tahkimdir (Dayınlarlı, 2008).

Fransız Medeni Usul Kanunu milletlerarası tahkimi tanımlarken, milletlerarası ticaretin çıkarlarına hizmet eden tahkimden söz etmektedir. Buna göre tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlığın doğduğu asıl borç ilişkisi milletlerarası ticareti ilgilendiriyorsa, ondan doğan uyuşmazlığın çözümü de milletlerarası tahkime götürülmelidir (Kalpsüz, 2001).

Diğer yandan, Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Divanı tarafından çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıkların da milletlerarası karakterde oluşu, uyuşmazlığın niteliğinden hareket edilerek belirlenmekte ve eğer bu uyuşmazlık milletlerarası unsurlar taşıyan ticari ilişkilerden, iş ilişkilerinden veya gelişme ya da yatırım amaçlı sözleşmelerden doğmuşsa milletlerarası tahkimden söz edilir (Kalpsüz, 2001). Yine bazı milletlerarası sözleşmelerde milletlerarası ticari tahkim esas alınmaktadır.

Buna örnek olarak 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinde bu sözleşmenin :

- “Milletlerarası ticari ilişkilerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların halli için akdolunan tahkim anlaşmasına,
- Bu anlaşmanın yapıldığı sırada taraflarını teşkil eden gerçek veya tüzel kişilerin mutad meskenleri veya muamele merkezlerinin farklı âkid devletlerde bulunması şartı ile

uygulanacağı belirtilmiştir” . Bu anlamda ticari ilişkiden maksat, milletlerarası ticari satışlar, anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin konusu oluşturan yabancı ülkelerde baraj, köprü, elektrifikasyon, metro ya da tünel inşaatı gibi önemli işlerin icrası için akdolunan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere göre tahkimin milletlerarası tahkim özelliğini kazanması için bir diğer şart da sözleşmenin taraflarının ikametgahları veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunmalarıdır (Kalpsüz, 2001).

Milletlerarası tahkimde en çok başvurulan usul kuralları Milletlerarası Ticaret Odası(International Chamber of Commerce-ICC) tahkim kurallarıdır. Fakat ihtilafı MTO'nun kendisi değil, Milletlerarası Tahkim Divanı'na yapılan başvuru sonucu bu kurallara göre seçilen bir veya üç hakemden oluşan “tahkim mahkemesi” çözer (Dayınlarlı, 2008). Bunun yanı sıra Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Hazırladığı ve 1976'dan beri uygulanmakta olan UNCITRAL Tahkim Kuralları ile 1980'den bu yana uygulanan UNCITRAL Uzlaşma Kurallarına sıkça başvurulmaktadır. 1985 yılında yürürlüğe giren ve 36 maddeden oluşan UNCITRAL Model Kanun ile 2002 yılında beri yürürlükte olan 14 maddelik Milletlerarası Model Kanuna dair Uzlaşma Kuralları da taraflarca başvurulan kurallardır (Dayınlarlı, 2008; Dayınlarlı, 2010). UNCITRAL Tahkim Kuralları iki önemli prensibe dayanır. Birincisi, Tahkim Kuralları bağlayıcı değildir, ikincisi ise taraflar sözleşmelerine koyacakları maddelerle tahkim şartı veya tahkim şartnamesini oluşturabilirler. UNCITRAL Uzlaşma Kuralları ise UNCITRAL Tahkim Kuralları ile kıyaslandığında, daha esnek ve daha az bağlayıcıdır (Dayınlarlı, 2010).

Bu tür organizasyonlarca belirlenen tahkim yargılaması sonucunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi de önem arz etmektedir (Dayınlarlı, 2010).

ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes) Tahkimi ise, inşaat sözleşmesinde taraflardan birinin ICSID Anlaşmasına taraf bir devlet, diğer tarafın

ise ICSID Anlaşmasına taraf olan diğ er bir devletin özel kuruluğu veya Şirketi olması gibi durumlarda ICSID tahkimine başvurulabilir. Türkiye 2 Nisan 1989 tarihinden itibaren ICSID Anlaşması'na taraf olan ülkelerden biridir. Bunların dışında, birçok ülkede, başta Amerika(American Arbitration Association) ve İngiltere(London Court Of Arbitration) olmak üzere farklı tahkim merkezleri kurulmuŐtur ve 2007 yılı itibariyle bunların sayısı 45 olarak belirlenmiştir(Dayınlarlı, 2008: 219-220).

Son olarak ülkemiz de tahkimle ilgili bu geliŐmeleri yakından takip etmiş 1 Ocak 1988 tarihli İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 176-200 maddeleri arasındaki tahkim hükümleri ile UNCITRAL Model Kanunu'ndan yararlanılarak oluşturulan milletlerarası tahkim kuralları, 1 Ocak 2002 tarihinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile y r rl ge girmiŐtir. Buna göre, Türkiye'de ve yabancı ülkelerde uygulanacak milletlerarası tahkim kuralları arasında bu kanundaki hükümler de uygulanacaktır (Dayınlarlı, 2004).

SONUÇ

Aşağıda tez konumuzu oluşturan anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin incelenmesi sonunda vardığımız sonuçlar açıklanacaktır.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi tam anlamıyla olmasa bile, “Müteahhidin götürü bir ücret karşılığında, iş sahibine karşı bir taşınmaz yapı ya da tesisin çalışmaya ve kullanmaya elverişli olarak inşa edilip deneme testlerinin yapıldığı ve gerekirse personel eğitiminin dahi müteahhit tarafından sağlandığı, iki taraflı tam borç yükleyen bir sözleşme” olarak tanımlanabilir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. Sözleşme ilişkisi tek bir sözleşme ile müteahhit ve iş sahibi arasında kurulmaktadır. Ancak, uygulamada sözleşmenin özelliği gereği, müteahhit tarafın joint-venture veya konsorsiyum şeklinde oluştuğu görülmektedir; çünkü farklı uzmanlık alanları ve müteahhide yüklenen kapsamlı sorumluluklar gereğince sözleşmeden doğan risklerin paylaşılması gerekir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi kanımızca isimsiz, karma bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir; çünkü, müteahhidin eserin tasarımından inşa edilip teslimine kadar olan borçları eser sözleşmesinden doğan borçlardır. Bunlara ek olarak, inşa eserinin tesliminden sonra ilave bazı borçları bulunmaktadır. Bunlar; deneme testlerinin yapılması ile, tesisin işletilmesi için gerekli personel temini ve bu personelin eğitiminin sağlanmasıdır. Hatta, tesisin çalışmaya başlamasından sonra ürün elde edilmesinin de garanti edildiği ürün teslimi sözleşmelerde, müteahhidin sözleşmeye uygun kalitede ürün temin etmesi de söz konusudur. Buna karşılık, iş sahibi ise götürü olarak belirlenmiş bir ücret ödemeyi borçlanmaktadır. Sözleşmenin bu görünümü ile karma sözleşmelerden kombine(bileşik) tipli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde ücretin götürü(sabit) ücret olarak kararlaştırılması hem iş sahibi hem de Dünya Bankası gibi kredi veren kurumların yararına olmaktadır. Çünkü, bu inşaatların çoğu devlet garantilidir ve iş sahibi inşaat süresince doğabilecek ek maliyetlerden sorumlu olmamaktadır. İş sahibinin sabit bir sözleşme bedeli talep etmesi, sözleşmenin tasarımından inşaatın teslimine kadar sözleşmeye müdahalesinin mümkün olduğunca az olmasında kaynaklanmaktadır. Zira, projenin yürütülmesindeki kontrolün müteahhide ait olması nedeniyle iş sahibi fiyat artışından çekinmektedir. Ancak,

sözleşme bedelinin müteahhidin sözleşme ile taşıdığı sorumluluk ve risklerle orantılı olması göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple, müteahhidin inşaat aşamasında sorunlarla karşılaşmamak için henüz ihale aşamasında iken, hem proje hem de inşaat alanı ile ilgili incelemelerini çok dikkatli yapması gerekir ki uygun bir ihale teklifi yapabilsin.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri ile ilgili tip sözleşmelerden biri olan “FIDIC Gri Kitap”ta bulunan hükümler, olağanüstü hallerde bile müteahhidin sözleşme bedelinde değişiklik talep edememesi açısından eleştirilmektedir. Çünkü, Gri Kitap ile FIDIC’in diğer tasarla-yap tarzı sözleşme formlarından daha fazla sorumluluk müteahhide bırakılmaktadır. Buna karşılık, Gri Kitap ile getirilen sözleşme bedelinin “ara(geçici)” ödemeler şeklinde yapılmasına ilişkin düzenleme hem müteahhit yönünden avantajlıdır; hem de müteahhit ile iş sahibi arasındaki doğrudan ilişki açısından uygun düşmektedir.

Uygulamadan doğan bir sakınca ise, müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluklarının tam olarak belirtilememesi hallerinde, onun tek taraflı sorumluluğu nedeniyle, yapılan işlerin iş sahibinin amacına uygun olmadığı(fitness for purpose) ileri sürülmektedir. Dolayısıyla müteahhit, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi tehdit veya tehlikesi ile karşı karşıya gelmektedir. Bu da müteahhitleri iş sahibinin kapris ve vicdanına bırakmak demektir. Müteahhidin öngörmesi mümkün olmayan veya kendi kusurundan kaynaklanmayan olaylar nedeniyle sözleşmedeki bedel üzerinden yapılan kesintileri önlemesi için tüm risklere karşı sigorta yaptırması gerekir. Hatta ülkemizde, kamu inşaatlarında kanun hükümleri gereğince zorunlu tutulan bu tür sigortaların yaygınlaşmasını temenni etmekteyiz.

Uluslararası standart sözleşme formlarından FIDIC Gri Kitap’ta iki taraflı bir sözleşme ilişkisi kurulması amaçlandığı için devreden çıkarılan müşavir-mühendisin yerine atanması ihtiyarî olan iş sahibinin temsilcisi kavramı getirilmiştir. Bu durum sözleşmenin yapılış amacına uygun olsa da müşavir-mühendisin rolü inşaat sözleşmelerinde oldukça önemlidir. Özellikle anahtar teslimi inşaat sözleşmesinde, müteahhit tek başına sözleşmenin tasarımı ve inşası için gerekli organizasyonu sağlamakta büyük güçlük çekmektedir. Hatta bu uygulamadan dolayı, müşavir-mühendis-mimarlar müteahhitlik şirketi şeklinde biraraya gelmektedirler. Buna karşılık, sözleşmede götürü ücret esasının benimsenmesi, müteahhidin maliyetleri düşürüp kârını arttırmak için özensiz bir proje üstlenmesi gibi ihtimaller, iş sahibinin müteahhidi gözlem altında tutmasını gerektirmektedir. Oysa, iş sahibinin sözleşmeye müdahalesi olmadığı gibi, konusunun

uzmanı olan bir müşavir-mühendisin de olmayışı iş sahibi açısından risk oluşturmaktadır. Ancak, taraflar her zaman sözleşme ile iş sahibinin bir temsilci ya da müşavir-mühendis tayin edeceğini belirleyebilirler.

Müşavir-mühendisin hem inşaatın yapımı sırasında hem de sonrasında çıkan uyuşmazlık çözümündeki rolü de anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde değişmiştir. Yeni FIDIC düzenlemesi ile kaldırılan müşavir-mühendisin yerine taraflardan bağımsız bir “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu” nun getirilmesi bazı yönleri ile uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Buna göre, inşaatın her aşamasında bilgi ve kontrol sahibi olan müşavir-mühendisin uyuşmazlığın hangi konuda veya inşaatın hangi aşamasında olduğuna dair görüşü önem taşır. Buna karşılık, “uyuşmazlık çözüm kurulu” nun her zaman projenin en başından itibaren teşkil etmiş olmasını sağlamak mümkün olmayabilir. Tarafların, anlaşmazlığa düştükleri anda böyle bir kurula başvurmaları halinde, kurulun uyuşmazlık konusunu değerlendirmesi de zorlaşacaktır. Bütün bu nedenlerle, kanımızca müşavir-mühendisin anahtar teslimi inşaat sözleşmelerindeki rolü göz ardı edilmemelidir.

Bunun dışında, özellikle sözleşme ile performans garantisi taahhüt edildiğinde, taraflar iş sahibine sunulan garantinin miktarını ve şeklini belirgin olarak kararlaştırmalıdır. Ayrıca performans testlerinin de inşaatın iş sahibine tesliminden önce mi, sonra mı yapılacağına sözleşmede belirtilmesi gerekir. Eğer taahhüt edilen performans sağlanamadı ve bu da müteahhidin kusurundan kaynaklanıyor ise, müteahhidin hangi süre zarfında sorumlu olduğunun da açıkça belirtilmesi gerekir.

Tarafların anahtar teslimi inşaat sözleşmesini tercih ederken proje kapsamında nelerin sözleşmeye uygun olup olmadığını daha en başından kararlaştırmaları ve ona göre anahtar teslimi inşaat türünü seçmeleri daha uygun düşer. Bunu yaparken de inşaatın yapılacağı ülke kurallarını dikkate almaları gerekir.

Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinin belirtilen risklerine rağmen tesis, su kanalları, köprü, termik santral, fabrika inşası gibi büyük kapsamlı ve karmaşık inşaatları konu alan bu sözleşmelerin her aşamasında uzman hukukçu ve mühendis işbirliği ile küçük kilit noktalara dikkat edildiği takdirde, hem uyuşmazlıkların en aza indirilmesi mümkün olacak, hem de sözleşmenin daha yaygın olarak ifası sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, H. 2008. Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep(Force Majeure) Kavramı ve Hukuki Sonuçları. **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, sayı 45-46, s. 7-21.
- Akıncı, Z. 1996. **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**. İzmir.
- Akıncı, Z. 2003. “FIDIC Standart Sözleşmelerinde Uyuşmazlık Çözüm Kurulu”, **Turgut Kaplısüz’e Armağan**, s. 969-982. Ankara.
- Akyazı, A. 2010. Kamu İhale Kanunu’na Göre Yapım İşlerinde Belli İstekliler Arasında İhale Usulü ve Puanlama, **İnsan(İnşaat Sanayii), İNTES yayınları**, s.76-77. Ankara.
- Altaş, H. 2002. **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**. Ankara.
- Altaş, H. 2006. **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı**, Fikret Eren’e Armağan, s. 98-109. Ankara.
- Aral, F. 2003. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara.
- Aydemir, E. 2009. **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**. Ankara.
- Bankacılık Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001. **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer)**. Ankara.
- Baygın, C. 1999. **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**. İstanbul.
- Brown, Henry/Marriot, Arthur 1999. **ADR Principles and Practice**. London.
- Boon, J. A./ Goffin, R. 1987. **Les Contrats “Clés en Main”** 2. Édition. Masson.
- Dayınlarlı, K. 1998. **İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi**. Ankara.
- Dayınlarlı, K. 2001. “Eser Sözleşmesinden Doğan İhtilafların Çözümünde İç Tahkim”, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer)**, s. 381-435. Ankara. (a)
- Dayınlarlı, K. 2001. **İsviçre’de Hukuk Davalarına İlişkin Federal Mahkeme İctihatları**. Ankara. (b)

- Dayınlarlı, K. 2004. **HUMK’da Düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim**. Ankara.
- Dayınlarlı, K. 2007. **Joint Venture Sözleşmesi**. Ankara.
- Dayınlarlı, K. 2008. **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**. Ankara.
- Dayınlarlı, K. 2010. **International Arbitration**. Ankara.
- Duman, H. İ. 2008. **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku**. İstanbul.
- Eren, F. 2008. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara. (a)
- Eren, F. 2008. “İsimsiz Sözleşmelere İlişki Bazı Sorunlar”, Turgut Akıntürk’e Armağan, s. 85-111. Ankara. (b)
- Eren, F. 2001. “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri(I)”, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 45-58. Ankara.
- Eren, F. 2001. “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları(II)”, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 59-86. Ankara.
- Eren, F. 2001. “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi(III)”, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 87-103. Ankara.
- Ergezen, M. 2007. **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**. Ankara.
- Ergin, D. A. 2003. **Borçlar Kanununa Göre Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Erman, H. 1979. **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller(365/2)**. İstanbul.
- Ersoy, Y. 2001. “Eser Sözleşmesinin Hazırlanmasında ve Uygulanmasında Mühendis-Hukukçu İlişkileri”, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 13-44. Ankara.
- European International Contractors (EIC) 2003. **EIC Contractor’s Guide to the FIDIC EPC/Turnkey Contract**.
<<http://www.eiccontractors.de/seiten/bookshop/description..php?id=4>>
- Ferriell, Jefferey/ Navin, Micheal 2004. **Understanding Contracts**. New York.
- FIDIC 1999. **Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects**. Geneva.
- FIDIC 1999. **Conditions of Contract for Plant and Design-Built Projects**. Geneva.

- FIDIC 1995. **Conditions of Contract for Desing-Build and Turnkey**. Geneva.
- Garner, B. A. 1999. **Black's Law Dictionary**, 7th Edition, West Publishing Company.
- Güvenç, C. 2006. **Uluslar arası İhalelerde Örnek Alınan FIDIC Şartnamelerinin ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi**, yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Ankara.
- Hosie, J. 2007. **Turnkey Contracting Under The FIDIC Silver Book**, p. 1-12.
<<http://www.mayerbrown.com/publications/index.asp?ipg=74%7C88&page=2&archive=>>
- Huse, Joseph A. 2002. **Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts**. Sweet and Maxwell, London.
- Huse, Joseph. A/ Hoyle, Jonathan Kay 1999. FIDIC Desing-Build, Turnkey and EPC Contracts, **International Construction Law Rewiew**, s. 27-37
<http://www1.fidic.org/resources/contracts/icla_v16/huse.html>.
- Ildır, G. 2003. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**. Ankara.
- İnal, T. 2008. "FIDIC Şartnamesi Kapsamındaki Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, sayı 49-50, s.161-188. (Metinde İnşaat Sözleşmesi olarak anılmaktadır) (a).
- İnal, T. 2008. "Uluslararası Mimarlık-Mühendislik Standart Sözleşmelerinin, Meslek Birliklerine Özgü Uluslararası Nitelikte Hukuk Yaratması, Özellikleri, Yarar ve Sakıncaları", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, sayı 51-52, s. 218-249. (Metinde Mimarlık-Mühendislik Sözleşmesi olarak anılmaktadır)(b).
- İnal, T. 2009. "Anahtar Teslim, Ürün Teslim ve Yap-İşlet-Devret Modeli Standart Sözleşmeler", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, sayı 53-53, s. 197-228.
- İnşaat Terimleri Sözlüğü**. <<http://www.serki.com>>.
- Kalpşüz, T. 2001. "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları", **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 337-379. Ankara.
- Kaplan, İ. 2001. "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 105-171. Ankara.
- Karahasan, M. R. 1997. **İnşaat İmar İhale Hukuku**, İstanbul.

- Karataş, İ. 2004. **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara.
- Karayalçın, Y. 2001. FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 287-308. Ankara.
- Kastley,Amy/Post, Waire Deborah/ Ota, Nancy 2006. **Contracting Law**, Caroline Academic Press, USA.
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**, <<http://www.kazanci.com>>.
- Kodakoğlu, M. 2007. **FIDIC Standart Kurallarına Göre Hazırlanan Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Koldaş, B. 2008. **FIDIC Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Kostakoğlu, C. 2008. **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 6.Baskı. İstanbul.
- Kural, C./Kılıçbay, E./İzmir, H. 1988. **İnşaat Hukuku**, 16. Baskı.
- Meadow, C. M. 1983-1984. Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving, **UCLA Law Review**, p. 754-842.
- Öz, T. 2007. **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**. İstanbul.
- Öz, M. T. 1989. **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**. İstanbul.
- Özbek, M. 2004. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**. Ankara.
- Özyörük, S. 1988. **İnşaat Sözleşmesinin Yapısı, Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**. Ankara.
- Seliçi, Ö. 1978. **İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu**. İstanbul.
- Şenocak, Z. 2002. **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**. Ankara.
- Tandoğan, H. 1987. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara.
- Türegün, N. 2007. **FIDIC Açısında İnşaat Sözleşmeleri Ders Notları**. Ankara.
- Türegün, N. 2001. FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, **İnşaat Sözleşmeleri(Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, s. 253-285. Ankara.
- Uçar, A. 2003. **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**. Ankara.

Uygur, T. 1998. **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku**, Cilt 1-2. Ankara.

Uygur, T. 1994. **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri**, C. 6.
Ankara.

Yalçınduran, T. 2000. **Alt İstisna(Taşeronluk) Sözleşmeleri**. Ankara.

Yavuz, C. 2008. **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**. İstanbul.